



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

LA TUTELA TESTAMENTARIA

T E S I S

QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

David Galicia Escobar



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

LA TUTELA TESTAMENTARIA

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

NOCIONES GENERALES SOBRE LA TUTELA

	Pág.
1.- Conceptos de tutela	1
2.- Objeto y Características	4
3.- Quienes están sujetos a tutela	10
4.- Clases de tutela que contempla el Código Civil:	13
a) Tutela testamentaria	14
b) Tutela legítima	14
c) Tutela dativa	18

CAPITULO SEGUNDO

NOCIONES GENERALES SOBRE EL TESTAMENTO

1.- Concepto de testamento	22
2.- Objeto y Características	24
3.- Capacidad para testar, análisis del artículo 1306 frac. I en relación con el artículo 470	32
4.- De la forma de los testamentos:	35
a) Ordinario: Público abierto, público cerrado y ológrafo.	35
b) Especial: Privado, militar, marítimo y --- hecho en país extranjero.	35

CAPITULO TERCERO

LA TUTELA TESTAMENTARIA EN EL DERECHO ROMANO Y SU EVOLUCION EN MEXICO

	Pág.
1.- Derecho Romano	37
a) Reglas que contemplaba	37
b) Funcionamiento	39
c) Del tutor	42
2.- Evolución de México	51
a) Código Civil de 1870	52
b) Código Civil de 1884	55
c) Ley de Relaciones Familiares	56
d) Fuentes de la tutela testamentaria en la Legislación Mexicana	58

CAPITULO CUARTO

LA TUTELA TESTAMENTARIA EN LA LEGISLACION VIGENTE

1.- Concepto	65
2.- Casos que contempla el artículo 470	67
a) ¿Se refiere sólo a los hijos de matrimonio por la referencia que hace el artículo 470 al artículo 414?	68
b) ¿Pueden designar tutor testamentario los abuelos?	71
c) ¿Los padres aunque sean menores pueden de- signar tutor testamentario?	71
3.- Los otros tres casos restantes en que procede la tutela testamentaria	75
4.- Doctrina	84
5.- Jurisprudencia	101

CAPITULO QUINTO

DESEMPEÑO DE LA TUTELA

	Pág.
1.- Obligación del tutor testamentario de desempeñar la tutela (artículo 452 y 453)	106
2.- Sanción establecida en los artículos 1331 y 1332 en concordancia con los artículos 516 y 517 al tutor que rechace el cargo o sea removido de él.	108
3.- Obligación de otorgar garantía excepción que contemplen los artículos 520 frac. 1. y 521	110
4.- Obligación de hacer inventario (artículo 537 --- fracción III y 548)	115
5.- Obligación de rendir cuenta (artículos 590 y 600)	117
6.- De la entrega de los bienes	120
7.- Del curador testamentario	123
8.- Tutor testamentario del ausente	127
9.- Extinción de la tutela	128

CONCLUSIONES

129

BIBLIOGRAFIA

I N T R O D U C C I O N

Quisieramos en primer lugar se nos disculpen los errores y omisiones involuntarios que se hayan cometido en el transcurso del presente estudio, asimismo, proponemos se tome en cuenta lo que se haya aportado de interés, pues el mismo resulta ser un campo verdaderamente árido y por consecuencia complejo.

El desarrollo del presente trabajo que hemos titulado por autorización expresa de la H. Dirección del Seminario de Derecho Civil, "LA TUTELA TESTAMENTARIA", requisito indispensable exigido por nuestra Facultad para la obtención del título de Licenciado en Derecho, fué con el propósito de aportar algunas consideraciones que en nuestro muy particular punto de vista, no son contempladas por nuestro Código Civil vigente,

Siendo los incapaces las personas que más protección requieren por parte de nuestra ley (Código Civil), hemos tratado de estudiar en la medida de nuestras posibilidades este tema que para nosotros resulta sumamente interesante, pues creemos que en el tutor está la base fundamental para la protección del incapáz, es decir, el tutor vendría a ser el encargado de velar por la persona y bienes del incapá

citado (Artículo 537 del Código Civil vigente). Es así como principiamos nuestro estudio con algunas nociones de la tutela en general así como del testamento, transcribiendo algunos conceptos que de los mismos se han dado, el objeto que persiguen, características, clases y formas, etc., puesto que están íntimamente ligados con la tutela testamentaria.

Posteriormente dividimos el tema central (La tutela Testamentaria) en tres partes; en la primera vemos sus orígenes en el antiguo derecho romano, pues es ahí en donde nace jurídicamente esta tutela, y el funcionamiento que tuvo en esa época, después la evolución que tuvo en México a través de los Códigos de 1870 y 1884, así como en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y las fuentes de esta tutela en nuestra legislación vigente. En segundo lugar se analizó a la tutela testamentaria conforme a la legislación vigente, y es ahí en donde hemos tenido la oportunidad de comprobar desafortunadamente entre otras cosas, que la facultad de designar tutor testamentario, solamente sería procedente cuando se trate de hijos de matrimonio y que tampoco se señala en los cuatro casos en que es procedente la tutela testamentaria que se pueda nombrar un curador testamentario, Finalmente se analiza el desempeño de la tutela, referente más que nada a las obligaciones que tiene el tutor respecto de la --

persona y bienes del incapáz, vimos la función del curador -
testamentario y finalmente la extinción de la tutela.

Damos por terminado nuestro trabajo con algunas --
conclusiones, mismas que por supuesto no pretendemos sean --
consideradas como verdaderas, ya que es nuestro muy particu-
lar punto de vista en base al profundo estudio que tuvimos -
que realizar además de lo experimentado en la práctica para_
llegar a la conclusión del presente trabajo.

Esperamos haber cumplido con nuestro objetivo que_
el mismo resulta ser el requisito exigido para la realiza---
ción de nuestra meta.

C A P I T U L O

P R I M E R O

NOCIONES GENERALES SOBRE LA TUTELA.

- 1.- CONCEPTO DE TUTELA.
- 2.- OBJETO Y CARACTERÍSTICAS.
- 3.- QUIENES ESTÁN SUJETOS A TUTELA.
- 4.- CLASES DE TUTELA QUE CONTEMPLA EL CODIGO CIVIL.
 - a) Tutela testamentaria.
 - b) Tutela legítima.
 - c) Tutela dativa.

NOCIONES GENERALES SOBRE LA TUTELA.

1.- CONCEPTO DE TUTELA.

La concepción de la tutela tiene su origen en el antiguo Derecho Romano. En un principio, se estima a la institución "como el poder jurídico sobre los menores que no han llegado a la pubertad y no se encuentran sometidos a la patria potestad, y las mujeres en general que no se hallan bajo aquélla potestad, ni la de la manus marital". Priva en este orden un sentido de protección al régimen familiar y en beneficio de los agnados. (1)

Tal concepción, bajo la república se modifica en cuanto a que se convierte en un deber público por parte del tutor, y se lo regula en favor del pupilo; el primero no obra ya como titular o dueño y señor de un derecho. Asimismo, va desapareciendo aquélla sujeción de la mujer, que por su calidad de tal y siempre que no se hallaba sometida a otro régimen, le era atinente el de la tutela.

Es así que en el Derecho clásico se entiende que el tutor tiene la obligación de cuidar la persona del inca-

(1) Enciclopedia jurídica Omeba.- Tomo XXVI - Editorial Bibliográfica Omeba. Buenos Aires P. 478.

páz, limitándose sus derechos sobre estos últimos. En relación a los bienes se considera que solo poseen un poder de administración sobre los mismos. (2)

En el Derecho moderno se han propuesto diversos -- conceptos entre los que a nuestro parecer sobresalen los que a continuación transcribiremos:

Para el maestro Ignacio Galindo Garfias la tutela " es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados ". Es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio. (3)

Rafael de Pina dice al respecto que la tutela es " una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir -

(2) Enciclopedia jurídica Omeba, opus cit. P. 478.

(3) Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil primer curso, -- parte general, personas-familia. Editorial Porrúa, S.A. Méx. 1976 P. 677.

en fin, su actividad jurídica. Es por lo tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia. (4)

En otra forma Joaquín Escriche define a la tutela como, " la autoridad que se confiere a una persona primariamente para la educación, crianza y defensa del huérfano menor de 14 años y de la huérfana menor de 12, y accesoriamen- te para la administración y gobierno de sus bienes ". (5)

Rafael de Pina Vara establece que la tutela es una " institución jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona o bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos ". (6)

Por otra parte el diccionario nos define a la palabra tutela diciendo que es, " la autoridad que, en defecto -

(4) Rafael de Pina, Elementos de Derecho Civil Mexicano, in- troducción, personas, familia. Editorial Porrúa, S.A. - México 1980 P. 383.

(5) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Paris Francia P. 1852.

(6) Rafael de Pina Vara, Diccionario de Derecho, novena edi- ción, Editorial Porrúa, S.A. México 1980, P. 458.

de la paterna o materna, se confiere a alguien para cuidar - de la persona y de los bienes de aquél que, por minoría de - edad o por otra causa, no goza de su total capacidad civil".

(7)

En consecuencia, integrando el concepto de tutela se entiende que, " es la autoridad conferida a personas jurídicamente capaces para la guarda, protección, representación y asistencia de los menores de edad o incapacitados que no estando sujetos a la patria potestad son incapaces para gobernarse por sí mismos ".

2.- OBJETO Y CARACTERISTICAS.

El fin fundamental de la tutela es la protección del incapáz. Es la tutela una manera de dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano. (8)

(7) Diccionario Enciclopédico Básico, Editorial Alfredo Ortells Valencia España 1979, P. s/n.

(8) Ignacio Galindo Garfias Ob. Cit. P. 677

Es una institución subsidiaria de la patria potestad, diferenciándose de ésta fundamentalmente, como lo apuntó Clemente de Diego en que la patria potestad deriva del vínculo natural del afecto de los padres hacia sus hijos, en tanto que la tutela ha sido creada y se organiza, exclusivamente sobre la base del derecho positivo. La tutela por esa razón, tiene límites legales mas estrechos que la patria potestad, ya que inspira menos confianza al legislador, y esto en tanto en lo que se refiere a su contenido personal, como patrimonial. La tutela persigue el cuidado de la persona y del patrimonio. (9)

Abundando un poco más Arturo Valencia Zea dice que en general, la institución de la tutela tiene por finalidad dar asistencia y representación a todos los menores de edad o incapacitados que carecen de padres que cumplan para con ellos las obligaciones de cuidado personal y las emanadas de la patria potestad. Los incapaces por lo general encuentran protección en la familia legítima o en la natural, y excepcionalmente en la familia adoptiva; mas si no logran encontrar protección en una de esas formas de familia, enton--

(9) Idem P. 678

ces se hace necesario colocarlos bajo tutela o curatela, y así estas instituciones en el fondo vienen a cumplir la función que se asigna a la familia. (10)

Nuestro Código Civil vigente en su artículo 449 nos dice cual es el objeto de la tutela el cual establece; "el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapáz en los casos especiales que señale la ley".

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

Habiendose mencionado el objeto fundamental de la tutela, vamos ahora a referirnos a sus caracteres o particularidades.

(10) Arturo Valencia Zea. Derecho Civil, Tomo V; Derecho de Familia, Editorial Temis Bogota 1962, P. 417.

El maestro Antonio de Ibarrola dice que la tutela es un poder protector, cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley que la establece para suplir la incapacidad ya de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general. El ejercicio de este poder, es un verdadero mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone. De Diego afirma que no es un cargo público porque su misión es puramente privada: auxiliar al incapáz, defenderle en su persona y bienes. Pero sí está de acuerdo con lo que dice nuestro Artículo 452 en que el cargo si es de orden público o de interés general, como todas las leyes* que se refieren al estado de las personas y protección de los incapaces; y por esto, ni disposiciones particulares, ni el poder judicial, pueden modificar las leyes de la tutela, el nombramiento del tutor, el ejercicio de sus deberes, garantías, etc. Todo ello constituye un orden principal de derecho por encima de las voluntades. De aquí se deduce que: en cuanto oficio civil o mandato de la ley, es obligatorio. (11)

Las principales características de la tutela son las siguientes:

(11) Antonio de Ibarrola, Derecho de Familia, segunda edición Editorial Porrúa, S.A., México 1981, P. 447.

a) Naturaleza pública del oficio, y así lo establece el Artículo 452 del Código Civil en su primera parte al decir que la tutela es un cargo de interés público.

b) Obligatoriedad de la función, establecida por el Artículo 452 que dice, la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima. Y el que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado. (Artículo 453 del Código Civil).

Pero hay excusas para el desempeño de la tutela como lo establece el artículo 511 del Código Civil al hacer mención de las personas que pueden excusarse de ser tutores y así enumera a las siguientes: los empleados y funcionarios públicos; los militares en servicio activo; los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; los que fueran tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; los que por mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela; los que tengan 60 años cumplidos; los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría y por último menciona a los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no esten en aptitud de -

desempeñar convenientemente la tutela.

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

d) Indivisibilidad y unidad del poder tutelar, ya, que éste es atribuido a una sola persona, y no puede fraccionarse entre varios tutelares, por lo cual una persona sólo puede tener un tutor. (12)

Concluye Fernando Fueyo Laneri al mencionar otros caracteres de la tutela que son los siguientes:

A) Es una institución jurídica, porque está constituida por un conjunto de normas establecidas, armónicamente enlazadas, que persiguen la finalidad de la asistencia regular a los incapaces jurídicamente. Es jurídica la institución porque nace en el campo del derecho, vive dentro de la

(12) Antonio de Ibarrola, Ob. Cit. P. 447.

ley y se matiza en el ramaje maspreciado del ordenamiento -
jurídico.

B) Es social, porque afecta a sujetos que integran
el grupo humano, buscando la manera de llenar vacíos que en
alguno de sus aspectos se observa.

C) Es moral, en razón de las soluciones que da a -
ciertos problemas de conciencia, en muchos casos de carácter
grave y;

D) Es, finalmente, una institución con algo de eco-
nómico porque gracias a ella se ordenan expresiones del trá-
fico, cuidándose de todo un patrimonio, que es cédula de la
economía del Estado. (13)

3.- QUIENES ESTAN SUJETOS A TUTELA.

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 23
de nuestro Código Civil, "la menor edad, el estado de inter-
dicción y las demás incapacidades establecidas por la ley --
son restricciones a la personalidad jurídica; pero los inca-
paces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones.

(13) Fernando Fueyo Laneri, Derecho Civil Tomo VI, Derecho -
de Familia Vol. III, Santiago de Chile 1959, P. 614.

por medio de sus representantes".

Como la tutela es una restricción impuesta a la libertad de los individuos, no puede sujetarse a una persona a ella, sin que conste de una manera evidente la necesidad de privarlo del ejercicio de sus derechos civiles, y del gobierno de su persona.

Por este motivo, no puede diferirse ninguna tutela, sin que previamente se declare en juicio el estado de interdicción de la persona que va a quedar sujeta a ella.

La interdicción puede definirse diciendo que el estado de una persona que, careciendo de las aptitudes para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, ha sido declarada incapáz por sentencia judicial, y sometida, en consecuencia, a la guarda y autoridad de un tutor que la representa legalmente en los actos de su vida civil.

Siendo el objeto de la tutela, como hemos visto, - la guarda de la persona y bienes de los incapaces no sujetos a la patria potestad, debemos apuntar primero quienes son incapaces y después quienes de estos están excluidos de la patria potestad, para determinar que personas se encuentran su

jetos a aquella.

La incapacidad, de acuerdo con nuestra ley, puede ser de dos clases: natural y legal o solamente la segunda. - Artículo 450.- tienen incapacidad natural y legal:

- I.- Los menores de edad;
- II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, -- aun cuando tengan intervalos lúcidos.
- III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;
- IV.- Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas - enervantes.

Los que sufren incapacidad legal, son los menores de edad no emancipados, y los emancipados para realizar los actos que el propio Código Civil determina.

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

Y establece el artículo 643:

El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;
- II.- De un tutor para negocios judiciales.

De conformidad con esas disposiciones, estarán sujetos a la tutela las personas mencionadas, siempre que sobre ellas no haya quién ejerza la patria potestad o que ésta se hubiere extinguido, o que quién deba ejercerla se halle impedido para desempeñar esa función.

Habrá lugar a la designación de tutor, cuando se trate de menores de edad no sujetos a patria potestad o de mayores de edad declarados en estado de interdicción. (14)

4.- CLASES DE TUTELA QUE CONTEMPLA EL CODIGO CIVIL.

De conformidad con lo establecido por el artículo_

(14) Ignacio Galindo Garfias Ob. Cit. P. 695 y 696

461 de nuestro Código Civil vigente, la tutela puede ser de tres clases: testamentaria, legítima o dativa.

a) Tutela testamentaria.- Reglamentada por los Artículos 470 a 481 del Código Civil vigente. Como esta tutela es motivo del presente trabajo, la cual se empezará a desarrollar más adelante, pasaremos a analizar en forma somera las otras dos clases de tutela.

b) Tutela legítima.- Es la que se confiere por la ley directamente a determinadas personas, cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario, o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. (15)

Así lo establece nuestro Código Civil en su Artículo 482, el cual dispone: Ha lugar a tutela legítima:

- I.- Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario.
- II.- Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

(15) Rafael de Pina Vara, Ob. Cit. P. 458

Así la ley llama al ejercicio de la tutela, a determinadas personas para que puedan representar al incapáz.

Respecto al llamamiento que hace la ley, se pueden considerar dos clases de tutela; la tutela de los menores y la tutela de los mayores que han sido declarados incapacitados.

Por lo que se refiere a los menores de edad, la ley llama a desempeñarla según lo señala el Artículo 483 del Código Civil:

I.- A los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas;

II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive,

Y prosigue el Artículo 484 estableciendo que si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez eligirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección, a su vez el Artículo 485 establece que la falta temporal del tutor legítimo se

suplirá en los términos establecidos en dos artículos anteriores.

Respecto de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia el Artículo 492 establece: La ley coloca los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quién tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores; y complementa el Artículo 493 diciendo que los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desaparecerá la tutela de éstos con arreglo de las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento.

En relación a la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de drogas enervantes, la ley establece un orden en el llamamiento para tutores de dichas personas:

- 1.- El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido. (Artículo 486 del Código Civil).
- 2.- Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos, y cuando haya dos o más

hijos será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez eligirá - al que le parezca más apto. (Artículos 487 y 488 del Código Civil).

3.- Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros o viudos, cuando éstos tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejercerá el cargo, a falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente; el abuelo paterno, el materno, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del Artículo 483; observándose, en su caso, lo que dispone el Artículo 484. (Artículo 489 y 490 del Código Civil).

4.- Finalmente el tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro as-

endiente a quién la ley llame al ejercicio -
de aquél derecho. (16).

..... c) Tutela dativa.- La tutela dativa según lo esta
blece el Artículo 495 del Código Civil vigente tiene lugar:

I. Cuando no hay tutor testamentario ni persona a
quién, conforme a la ley, corresponda la tute-
la legítima;

II. Cuando el tutor testamentario esté impedido --
temporalmente de ejercer su cargo y no hay nin-
gún pariente de los designados en el Artículo_
483.

Las notas que caracterizan la tutela dativa son --
las siguientes:

a) Que es subsidiaria de la testamentaria y de -
la legítima;

b) Que el tutor dativo es designado por el menor
si ha cumplido dieciséis años, confirmandose_

esta designación por el juez de lo familiar, - si el menor no ha cumplido esa edad. (Artícu los 496 y 497 del Código Civil), y

- c) Que puede recaer en cualquier persona en el - caso del inciso anterior, y solo en alguno de los que figuren en la lista formada cada año_ por el Consejo Local de Tutelas, en el segun- do (Artículos 496 y 197 del Código Civil) (17).

El Artículo 499 del Código Civil dispone que: siem pre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor_ de edad emancipado.

La tutela dativa, se discierne aunque no tengan - bienes los pupilos. En ese caso, tiene por objeto el cuida- do y la representación de la persona del menor en actos y q- contratos; para que el pupilo reciba la educación que corres- ponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será designado a petición del Consejo Local de Tutelas, del_ Ministerio Público, del mismo menor o de oficio por el Juez_

(17) Ignacio Galindo Garfias, Ob. Cit. P. 699

de lo Familiar (Artículo 500 del Código Civil). Tienen -- obligación de desempeñar ese cargo, las personas que enumera el Artículo 501 del propio Código o sea: la autoridad admi-- nistrativa del domicilio del menor, los miembros de las jun-- tas de beneficencia pública o privada que reciban sueldo -- del Erario y los directores de establecimientos de benefi--- ciencia pública (18).

(18) Idem. P. 699.

C A P I T U L O

S E G U N D O

NOCIONES GENERALES SOBRE EL TESTAMENTO.

- 1.- CONCEPTO DE TESTAMENTO.
- 2.- OBJETO Y CARACTERISTICAS.
- 3.- CAPACIDAD PARA TESTAR, ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1306 FRACCIÓN I EN RELACION CON EL ARTÍCULO 470.
- 4.- DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS:
 - A) ORDINARIO: Público abierto, público cerrado y ológrafo.
 - B) ESPECIAL: Privado, militar, marítimo y hecho en país extranjero.

NOCIONES GENERALES SOBRE EL TESTAMENTO.

1.- CONCEPTO DE TESTAMENTO.

Dada la importancia que para nosotros siempre ha tenido el antiguo Derecho Romano; empezaremos con el concepto que de testamento dieron en esa época los jurisconsultos romanos:

La definición de Ulpiano es la siguiente: el testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte.

Para Modestino, el testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad de aquéllo que deseamos se haga después de nuestra muerte. (19)

En la época moderna también se han propuesto diversos conceptos y a nuestro juicio sobresalen los siguientes:

Para el maestro Ernesto Gutiérrez y González el testamento, " es el acto jurídico unilateral, personalísimo,

(19) Agustín Bravo González - Sara Bialostosky, compendio de Derecho Romano, Editorial Pax-México, P. 85

revocable, libre y formal, por medio del cual una persona física capaz, dispone de sus bienes y derechos, y declara o -- cumple deberes para después de su muerte ". (20)

Otros conceptos de testamento nos lo dá Rafael de Pina Vara diciendo que el testamento es, " un acto jurídico unilateral, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable, mediante el cual quién lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo -- aquéllo que, sin tener carácter patrimonial, pueda ordenar, de acuerdo con la ley ". (21)

Por su parte para el maestro Rafael Rojina Villegas el testamento es, " un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte de sus herederos o legatarios, o decla

(20) Ernesto Gutiérrez y González - El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad y derecho sucesorio, Edit. Cajica, S.A. Puebla, Pue. 1980, P. 560

(21) Rafael de Pina Vara - Diccionario de Derecho novena Edi. Editorial Porrúa, S.A. México 1980, P. 447

ra y cumple deberes para después de la misma ". (22)

A su vez el diccionario nos define la palabra testamento diciendo: " declaración que de su última voluntad hace una persona, disponiendo de bienes y de asuntos para después de su muerte. Documento donde consta en forma legal la voluntad del testador ". (23)

Por último nuestro Código Civil Vigente, en su Artículo 1295, define al testamento 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 ".

2.- OBJETO Y CARACTERISTICAS.

El objeto de los testamentos puede consistir en la institución de herederos y legatarios o en la declaración y cumplimiento de ciertos deberes o ejecución de determinados actos jurídicos. Por consiguiente, el testamento tiene un objeto variado, diverso, no es menester que se reuna estos dis

(22) Rafael Rojina Villegas - Derecho Civil Mexicano Tomo IV sucesiones edi. Porrúa, S.A. México 1976, P. 289

(23) Diccionario Enciclopédico Básico. Valencia España 1979, P. S/N Edi. Alfredo Ortells.

tintos aspectos del objeto en el testamento, basta con que exista uno de ellos para que haya testamento, es decir, el testamento existe por la simple institución de herederos o legatarios o bien puede faltar ésta, si el testador ejecutó otros actos jurídicos, como reconocimiento de hijos designación de tutor, finalmente puede existir el testamento para reconocimiento de ciertos deberes a efecto de que se ejecuten después de su muerte. (Artículos 367, 470, 471, 479, -- 1295, 1600, 1681, Código Civil del D.F.)

Normalmente se supone que todo testamento tiene disposición de bienes y, por consiguiente, institución de herederos o legatarios; tomando en cuenta que esa es la situación de un testamento regular, el Legislador reglamenta este elemento a través de su manifestación principal, pero admite la posibilidad de que el objeto en el testamento puede ser diverso y que exista a pesar de que no haya institución de herederos o legatario; el Artículo 1378 de nuestro Código Civil vigente establece: " El testamento otorgado legalmente será válido, aunque no contenga institución de heredero y aunque el nombrado no acepte la herencia o sea incapáz de heredar ".

De manera que puede no existir institución de heredero o el nombrado ser incapáz o bien puede renunciar a la herencia. En estos tres casos existe, no obstante testamento, el Artículo 1379 del Código Civil al efecto dice: " En los tres casos señalados en el Artículo anterior, se cumplirán las demás disposiciones testamentarias que estuvieran hechas conforme a las leyes ". (24)

Para hablar sobre las características del testamento nos hemos basado en el libro del maestro Ernesto Gutiérrez y González titulado " El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio " (25), puesto que a nuestro parecer es el más completo en este aspecto.

Así el maestro Gutiérrez y González menciona a las siguientes características o elementos de los testamentos:

1. Acto jurídico.
2. Unilateral.
3. Personalísimo.

(24) Rafael Rojina Villegas Ob. Cit. P. 301-302.

(25) Gutiérrez y González, Ob. Cit. P.563.

4. Revocable.
5. Libre.
6. Formal.
7. Hecho por persona física capaz.
8. Disposición de bienes y derecho.
9. Declaración o cumplimiento de deberes.
10. Para después de la muerte de su autor.

1.- Acto Jurídico.— El acto jurídico es una manifestación de voluntad hecha para producir efectos de derecho que su autor desea, y que se producen porque el derecho sanciona esa manifestación de voluntad,

Pues bien, el testamento cae precisamente dentro de esta idea, ya que se trata de un acto que realiza una persona, y en el momento de exteriorizar su voluntad, manifiesta su deseo de que sus bienes pasen a poder de tal o cual -- persona, después de su muerte, y esos efectos se generan en su oportunidad porque el derecho sanciona esa manifestación de voluntad.

2.- Unilateral.— Los actos jurídicos unilaterales son aquéllos en donde la manifestación de la voluntad hecha para producir los efectos de derecho que su autor desea, no precisa

del concurso o ayuda de otra voluntad basta que ellos se produzcan con su sola y exclusiva voluntad. (26)

Pues bien, este es el caso del testamento, pues el autor de ese acto no precisa de otra voluntad para determinar quien o quienes lo habrán de suceder en sus bienes, después de su muerte.

3.- Personalísimo.- Significa que este acto jurídico unilateral solo puede ser confeccionado con sus elementos esenciales por el testador, y nunca por otra persona diferente. El testador tiene la facultad de determinar inclusive, sin decir las razones que lo guían, herederos a personas totalmente ajenas o diferentes a las que lo podrían heredar por sucesión legítima. (27)

Queda a su personalísimo criterio el determinar -- quien o quienes se habrán de quedar con sus bienes una vez -- que él fallezca.

4.- Revocable.- La revocación de un testamento es un acto ju

(26) Idem. P. 565

(27) Idem. P. 566

rídico que por medio del cual se priva de sus efectos para -
el futuro, el acto jurídico anterior consistente en haber -
otorgado un testamento, plenamente válido por razones de --
oportunidad catalogadas subjetivamente por su autor. (28)

5.- Libre.- El testamento debe ser otorgado por una persona -
que se encuentre en plena libertad de expresar su voluntad.-
Si su voluntad se encuentra viciada, podrá, ya el testador,-
y a sus herederos legítimos en su oportunidad, pedir la nul*u*-
dad del testamento. Así lo establece el Artículo 1344 del -
Código Civil: " el testador es libre para establecer condi--
ciones al disponer de sus bienes ". (29)

6.- Formal.- Atento a lo que disponen los Artículos 1519 y -
1491 los cuales establecen: " las formalidades se practica--
rán acto contínuo y el notario dará fé de haberse llenado to-
das." y " el testamento es nulo cuando se otorga en contra--
vención a las formas prescritas por la ley ". (30)

(28) Idem. p. 569

(29) Idem. p. 571

(30) Idem. p. 573

7.- Hecho por persona física capaz.- Así como se vió que toda persona es capaz para heredar, aquí en materia de testamentos se puede dar el principio, y decir que toda persona física es capaz de testar, menos aquella a la cual la ley se lo prohíba. Y en efecto, el Artículo 1305 dispone: " pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíba expresamente el ejercicio de ese derecho ". (31)

El Artículo 1306 determina qué personas son incapaces para testar y establece que están incapacitados para testar:

- I.- Los menores que no han cumplido 16 años de edad, ya sean hombres o mujeres;
- II.- Los que habitualmente o accidentalmente no disfrutaban de su cabal juicio.

8.- Disposición de bienes y derechos.- El testador sólo puede disponer de bienes y derechos propios. No obstante, el Artículo 1432 dispone: " el legado de cosa ajena, si el testador sabía que lo era, es válido y el heredero está obligado a adquirirla para entregarla al legatario o dar a éste su precio." Y agrega el Artículo 1433 la prueba de que el tes-

(31) Idem. P. 575

tador sabía que la cosa era ajena, corresponde al legatario. Y concluye el Artículo 1434; si el testador ignoraba que la cosa legada era ajena, es nulo el legado.

9.- Declaración o cumplimiento de deberes. El deber jurídico es la necesidad de observar voluntariamente una conducta, -- conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya en favor de la colectividad, ya de persona determinada.

En esta característica, no se hace referencia a -- los bienes patrimoniales, sino que se refiere precisamente -- al género de deber jurídico. Así tenemos que el testador, -- en su testamento reconoce a un hijo, y no está disponiendo -- de bienes o derechos.

10.- El Testamento surte efectos para después de la muerte -- de su autor. -- Es por ello que se permite testar a los meno-- res de 18 años y desde los 16, puesto que ningún daño les -- causará esta disposición, toda vez que está sujeta a que -- ellos mueran o no.

De igual manera a ello obedece también que el Artf 1291 determine que el heredero o legatario no pueden --

enajenar su parte en la herencia sino después de la muerte - de aquél a quien hereda. (32)

3.- CAPACIDAD PARA TESTAR, ANALISIS DEL ARTICULO 1306 FRAC--
CION I EN RELACION CON EL ARTICULO 470.

La existencia de una voluntad inteligente y libre, dueña de sí y segura de lo que está haciendo, es necesaria - para todos los actos jurídicos; pero en los casos de testa-- mentos y donaciones la ley es particularmente exigente: po-- drán ser atacados desde luego los actos de una persona falle cida, y aún cuando jamás se haya solicitado su interdicción, y el acto aparezca completamente razonable; el querellante - deberá probar que existía insanidad en el momento en que se realizó, u otra causa de incapacidad.

La capacidad para testar no significa ciertamente.. ni la libertad para hacer entrar en el contenido del testa-- mento toda disposición imaginable que tendrá su corresponden cia con la libertad contractual, ni el derecho de declarar - la última voluntad en cualquier forma arbitraria.

En la actualidad la mayoría de los códigos vincula

(32) Idem. P. 582

la efectividad de las últimas voluntades a la observancia de ciertas formas que ciertamente se encuentra hoy naturalmente simplificadas.

La capacidad para hacer testamento ha variado según los tiempos: (33)

a) En Roma, se necesitaba la cualidad de pater familia y estar en su sano juicio. El filius familias podía únicamente disponer por testamento de sus peculios castrense y cuasicastrense, para cuyos bienes se les concedía total autonomía. Las limitaciones testamentarias puestas a la mujer sui iuris la cual sólo podía testar bajo la autoritas de su tutor, desaparecieron al ser derogada la tutela mulierem entre nosotros no existe ya capacidad limitada de testar.

b) Después se consideró al testamento como acto privado y se estableció una regla análoga a la que contiene el Artículo 1305; pueden testar aquéllos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho; gozan de la capacidad, como dicen las leyes de partida; todas aquéllas a quienes no es defendido (testar) por las leyes de este --

(33) Ibarrola Antonio De. Ob. Cit., P. 480,

nuestro libro.

Según la ley vigente las prohibiciones para hacer testamento respondan a tres razones:

1. Siendo el testamento un acto de voluntad, no pueden realizarlo quienes no la tengan plena, o quienes no la tengan en grado suficiente. Artículo 1306 fracción II. Están incapacitados para testar: " Los que habitual o accidentalmente no disfruten de su cabal juicio ".

2. Siendo el testamento un acto emanado a la personalidad, la ley exige determinada edad para el acto. Artículo 1306 fracción I, Están incapacitados para testar: Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, sean hombres o mujeres.

3. El tiempo en que ha de tener la capacidad, - nuestra ley, de acuerdo con el derecho moderno, fija un sólo momento; en el Artículo 1312. "Para juzgar de la capacidad - del testador se atendera especialmente el estado en que se - halle al hacer el testamento". (34)

(34) Idem. P. 481

Respecto al análisis del Artículo 1306 fracción I, en relación con el Artículo 470, no debe revestir mayor problema ya que el Artículo 1306 en su fracción I, nos habla de la incapacidad para testar de los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, y el Artículo 470 habla de que -- puede nombrar tutor en su testamento el menor que ejerza la patria potestad conforme a lo dispuesto por el Artículo 414_ con inclusión del hijo póstumo. Esto quiere decir que puede hacer testamento aún cuando tenga minoría de edad es decir - que no haya cumplido los dieciocho años, lo cual no implica_ que no pueda hacer testamento, conforme a lo establecido por el Artículo 1306 fracción I que solo hace referencia a los - menores que no han cumplido dieciséis años de edad.

4.- DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS.

- A. ORDINARIO: 1) Público abierto; 2) Público cerrado; 3) Ológrafo.
- B. ESPECIAL: 1) Privado; 2) Militar; 3) Marítimo; 4) Hecho en país extranjero.

C A P I T U L O

T E R C E R O

LA TUTELA TESTAMENTARIA EN EL DERECHO
ROMANO Y SU EVOLUCION EN MEXICO.

1.- DERECHO ROMANO.

- a) Reglas que contemplaba.
- b) Funcionamiento.
- c) Del Tutor.

2.- EVOLUCIÓN EN MÉXICO.

- a) Código Civil de 1870.
- b) Código Civil de 19884.
- c) Ley de Relaciones Familiares.
- d) Fuentes de la tutela testamentaria
en la Legislación Mexicana.

LA TUTELA TESTAMENTARIA EN EL DERECHO
ROMANO Y SU EVOLUCION EN MEXICO.

1.- DERECHO ROMANO.

Como es en el antiguo Derecho Romano en donde tiene su origen la tutela testamentaria, trataremos de hacer un breve análisis con respecto a la aplicación que tuvo durante esa época.

a) Reglas que contemplaba.- La Ley de las XII tablas, permitía al jefe de la familia escoger un heredero, le concedía también derecho para designar por testamento el tutor de su hijo. Es la tutela testamentaria la más importante; supera a todas las otras, que sólo en su defecto se practican.

El derecho de nombrar un tutor testamentario era - en su origen atributo de la potestad paterna, pues solo podía hacer uso de ello el padre de familia, para los impúberos, que, a su muerte, se hacían sui juris.

Pero en la época clásica se tenía también en cuenta la cualidad de ascendiente a los sentimientos de afecto - del testador. Para ésto se dieron las siguientes soluciones o reglas;

I.- Habiendo nombrado un padre un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debió ser confirmado por el Magistrado, sin información alguna.

II.- Siendo la madre, la confirmación solo tiene lugar después de una información sobre la honradéz y habilidad del tutor.

III.- Si es el patrono del impúbere, y aún un extraño, el Magistrado debe confirmar también el nombramiento, pero después de la información, y unicamente si el impúbere, no teniendo más fortuna, ha sido instituído heredero por el testador.

El jefe de familia sólo puede nombrar tutores testamentarios a los que por derecho puede elegir como herederos, por eso están excluídos los peregrinos y los dedicticios, y aún se pueden añadir los latinos junianos, en virtud de una incapacidad dictada por la Ley Junia.

En cuanto al nombramiento de un esclavo sólo tiene efecto haciéndose manumitido ciudadano.

El tutor debe ser designado por su nombre y en una

forma imperativa. Según opinión proculeyana, el nombramiento puede hacerse antes de la institución del heredero, prevaleciendo esta opinión sobre el formalismo de los sabinianos.

Podía suspenderse o limitarse por un término o por una condición, lo cual no podía efectuarse en las demás tutelas. Y, finalmente está permitido al jefe de familia designar en su testamento uno o varios tutores. La pluralidad de los tutores era muy frecuente entre los romanos, pues el pupilo encontraba protección y garantías más completas, (35)

b) Funcionamiento.- De las relaciones que creaba la gestión tutelar podían derivar situaciones que, desde antiguo, fueron contempladas por el Derecho Romano al consagrar los medios necesarios para que el pupilo pudiera responsabilizar al tutor ante todo por su deficiente administración y para que éste pudiera resarcirse de los gastos efectuados.

La ley de las XII tablas otorgó al impuber dos acciones ejercitables durante la tutela, la *accusatio tutoris* y la *actio rationibus distrahendi*.

(35) Eugene Petit.- Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, México, D.F. 1963, P. 126-127.

La *accusatio tutoris*, creada para la tutela testamentaria y extendida luego a las demás, era una acción infamante, de carácter popular que cualquiera menos el pupilo podía ejercitar en defensa del mismo, y que tenía como sanción la remoción del tutor.

Esta acción era acordada contra el tutor sospechoso (*supectus*) es decir, el que hubiera obrado con dolo o fraude malversando los bienes del pupilo o hubiere asumido una actitud que hiciera temer un perjuicio para los intereses del incapáz, como si se negara a comenzar su función o efectuara enajenaciones prohibidas. El ejercicio de ésta acción daba lugar a la formación de una querrela y, desde el momento de la *accusatio*, el tutor quedaba suspendido en sus funciones hasta tanto su situación fuera dilucidada, siendo remplazado por otro provisional designado por el Magistrado.

Si por cualquier causa la tutela cesaba antes de la finalización del juicio, la acción se extinguía de pleno derecho.

La *actio rationibus distrahendi*, que nació para la tutela legítima y luego se hizo aplicable a la testamentaria y a la dativa, fué de carácter penal y se acordó al pupilo -

dos por su inacción o por su deficiente gestión en el ejercicio de sus funciones, e inversamente se acordaba al tutor para obtener del pupilo o sus herederos el reembolso de los gastos que hubiere efectuado con motivo de su actuación. La actio tutelae era calificada de directa cuando era el pupilo quien hacía valer sus derechos y de contraria en caso de ser interpuesta por el tutor.

Por extensión, la actio tutelae podía intentarse subsidiariamente contra ciertas personas que por distintas circunstancias estaban vinculados a la designación del tutor. Así, se ejercía contra quienes hubieran propuesto su nombre (nominadores), o hubieran dado al Magistrado seguridades sobre sus cualidades personales (affirmatores); contra los fiadores o sponsors que hayan caucionado la gestión del tutor y aún contra los Magistrados que hubieran sido negligentes en exigir las correspondientes cauciones. (36)

c) Del Tutor.- Las funciones del tutor se resumen en la auctoritatis interpositio y en la negotiorum ges--

(36) Luis Alberto Peña Guzmán y Luis Rodolfo Argüello.- Derecho Romano Segunda Edición, Tipográfica editora Argentina Buenos Aires 1966, P. 538 - 539.

tio. (37)

El tutor se ocupaba de la fortuna del pupilo y no de su guarda ni de su educación. El pretor era el que designaba, en presencia de los parientes más cercanos del impúber, a la persona destinada a educarlo. Este nombramiento podían hacerlo la madre, el abuelo o cualquiera otra persona cuyos méritos y aficiones fuesen una garantía para el menor. El tutor vela únicamente por los intereses pecuniarios del pupilo, la regla: tutor personae non rei vel causare dator, no quiere decir que tenga cuidado de la persona del pupilo; significa que el tutor está dado no para un bien o un negocio especial, sino para completar la personalidad jurídica del impúber y administrar el conjunto de su patrimonio.

El tutor antes de entrar en funciones, debía realizar:

I. Un inventario de los bienes del pupilo. Si no lo hacía, se le consideraba culpable de fraude y tenía que indemnizar a aquél del perjuicio que le hubiere causado,

(37) Ventura Silva Sabino, Derecho Romano, curso de Derecho Privado, Editorial Porrúa, S.A., México 1980, P. 113.

indemnización que se fija por juramento del incapáz;

II. Algunos suministran la *satisfatio*; promesa - por estipulación, de conservar intacto el patrimonio del pupilo, y presentar fiadores solventes que tomen el mismo compromiso. La promesa se hacía al pupilo; solo la prestaban - los tutores legítimos y los dativos nombrados por los Magistrados locales sin información alguna, porque inspiraban menos confianza;

III. Justiniano, mediante la novela 72, dictó cierto número de medidas destinadas a proteger los intereses del pupilo cuando era acreedor o deudor del tutor. Este, antes de tomar el cargo, debe declararlo al Magistrado y su declaración le hace excluir de la tutela. Si no ha dicho nada, - siendo acreedor, queda desposeído de su crédito; si es deudor, no podía prevalerse de ningún pago hecho en el curso de la tutela. (38)

La función tutelar, en relación al patrimonio del pupilo, operaba de dos maneras:

(38) Ventura Silva Sabino. Ob.Cit. P. 114.

1.- Auctoritatis interpositio.- Era la asistencia_ y cooperación del tutor a un acto jurídico realizado por el_ pupilo. La intervención del tutor, prestando su auctoritatis, venía a servir como complemento a la deficiente capacidad de obrar del pupilo. Por supuesto ello sucedía cuando el pupilo tenía desarrolladas sus facultades en un grado necesario_ para expresar los términos requeridos en el acto jurídico -- respectivo. De modo que el tutor, se cree que en su origen_ debía dar auctoritatis en términos consagrados y contestando a una interrogación. Esta solemnidad desaparece en la época clásica. (39)

La auctoritatis no es un consentimiento ordinario, pues está sometida a los principios siguientes:

a.- No se da ni por mensajero ni por carta. El tu tor debe de estar presente en el momento del acto.

b.- No lleva ni término ni condición, pues el tu-- tor completa o no con su presencia la personalidad jurídica_ del pupilo.

(39) Idem. P. 114

c.- Es voluntaria, el tutor no puede ser contradicho por el Magistrado, pues es juez de lo que crea bueno o malo para el pupilo. (40)

Ahora bien, el acto por el cual el tutor otorgaba su auctoritas era siempre un acto ejecutado por el pupilo, ya que es en la persona de éste donde se realizan las consecuencias del acto y es él quien se hace propietario, acreedor o deudor. El tutor queda extraño a los resultados de la operación.

2.- *Negotiorum Gestio*.- En la infancia del pupilo, el tutor realiza los actos jurídicos mediante la *negotiorum gestio*. En la *Gestio*, el tutor administra y los actos los lleva a cabo sin la colaboración del pupilo; es decir, los realizaba en nombre propio. En estas condiciones, era en la persona del tutor en la que el acto producía efectos. (41)

Era él quien resultaba acreedor, deudor o propietario con la salvedad de que, después hacía pasar el beneficio

(40) Ventura Silva Sabino Ob. Cit, P, 115

(41) Idem. P, 115

o la carga del acto al patrimonio del pupilo. Esto es consecuencia de la regla romana de que él mandatario no representaba al mandante como sucede ahora. Se trataba, pues, de la intervención gestora que los comentaristas llaman representación impropia, mediana o indirecta. El tutor debía por tanto, rendir cuentas al final de la tutela, puesto que administraba los negocios del pupilo como si fueran propios.

Sin embargo, para ciertos negocios se admitió que el tutor llegara a ser un verdadero representante del pupilo; en las acciones de la ley se estimó que el tutor y, a través de ella; de la propiedad, y en el derecho postclásico, incluso la aceptación de la herencia.

En materia de obligaciones se aceptó, en la época clásica, la posibilidad de que las acciones correspondientes al tutor o contra él se ejercitaran, con el carácter de útiles, por el pupilo o contra éste.

Ahora bien, el tutor usaba la gestio negotiorum o la auctoritas interpositio, según que el incapáz fuera un infans, el que aún no puede hablar por su corta edad o persona menor de siete años; o bien que el pupilo pasare de los sie-

te años, hasta llegar a la pubertad, o sea, a los doce años para las mujeres y catorce para los varones.

En el caso de la auctoritas interpositio, es interesante destacar que el tutor solo intervenía excepcionalmente, pues el pupilo, dada su edad que ya le permite juicio propio, actuaba personalmente, en forma independiente, y el acto producía sus efectos directamente en su patrimonio.

Así pues, el pupilo podía realizar todos los negocios jurídicos que mejoraran su condición, sin el auctoritas interpositio, vervigracia; volverse acreedor, propietario o recibir la remisión de una deuda; pero en cambio, requería auctoritatis interpositio para hacerse deudor, para hacer una remisión de deuda, para transferir la propiedad de su casa, constituir un derecho real sobre sus bienes o recibir un pago que trajera como consecuencia la extinción del crédito.

(42)

El tutor disfrutaba de amplios poderes y, administrando, puede hacer lo mismo que un propietario, aunque solo en interés del pupilo. Los poderes, sin embargo, admiten li

(42) Ventura Silva Sabino, Ob. Cit. P. 116

mitaciones. Hay algunos actos que están prohibidos, tanto al tutor solo, como el pupilo asistido del tutor y son los siguientes:

1. No podía hacer con los bienes del pupilo donación alguna, ni aún a título de dote, para una hermana del impuber. Las reglas de costumbre, en proporción a la fortuna del pupilo, son lo único autorizado. (43)

2. No podía enajenar los fondos de tierra destinados al cultivo, bien en los pueblos o en las inmediaciones de las ciudades, ya que constituían el elemento más sólido de la fortuna, por oposición a las casas y a los muebles expuestos a deteriorarse. (44)

3. El tutor no podía hacer uso personal del capital que administra del pupilo; debía depositarlo, generalmente en algún templo de manera provisional, hasta que lo empleara en algo ventajoso, como adquirir inmuebles o colocándolo con intereses. (45)

(43) Idem. P. 116

(44) Ventura Silva Sabino, Ob. Cit. P. 117

(45) Idem. P. 117

Fin de la tutela.- La tutela terminaba por causas que podían venir del pupilo, ex causa parte pupilli, o bien del tutor, ex parte tutoris. (46)

En el primer caso, la tutela concluía definitivamente; en el segundo caso, sólo existía conclusión de funciones del tutor; en efecto, si eran varios, la tutela pasaba a los demás, de lo contrario, había que nombrar nuevo tutor.

I.- La tutela cesa ex parte pupilli;

a) Por la llegada de la pubertad, aunque en el derecho antiguo la mujer estaba en tutela perpetua, por razón de sexo;

b) Por la muerte del pupilo;

c) Por su capitis deminutio máxima, mediana o mínima.

II.- La tutela cesa ex parte tutoris:

(46) Idem. P. 117

- a) Por muerte del tutor;
- b) Por su capitis deminutio máxima y media, en todos los casos; por la mínima tratándose de su tutor legítimo;
- c) Por la llegada de un término o de una -- condición limitando las funciones del tutor;
- d) Por virtud de una excusa presentada en - el curso de la tutela o por destitución. (47)

2.- EVOLUCIÓN EN MÉXICO.

Como México estuvo varios siglos bajo el dominio - español, era lógico que al lograr su independenciam, la ruptu - ra con España no fuese del todo absoluta, pues aún carecía - de un ordenamiento jurídico que reglamentara las disposicio - nes en materia de familia, por tal motivo continuó vigente - por algún tiempo el derecho positivo español, hasta que se - promulgó el primer Código Civil Mexicano en el año de 1870.

(47) Ventura Silva Sabino, Ob. Cit., P. 118

a). Código Civil de 1870: - Este Código fue promulgado por Don Benito Juárez el 13 de Diciembre de 1870 y puesto en vigor en Marzo de 1871, derogando toda la Legislación que existía anteriormente sobre las materias en él reguladas.

Reglamentaba a la tutela testamentaria del Artículo 526 al Artículo 544 y conceptuaba a esta tutela de la siguiente manera:

" Los que ejercen patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento; a aquéllos sobre quienes la ejercen, con inclusión del desheredado y del póstumo ". (Artículo 526)

Estipulaba el nombramiento del tutor para la administración de bienes de la siguiente forma:

Es el que en su testamento deja bienes, sea por herencia, sea por legado, a un incapáz que no está en su patria potestad, ni en la de otro, puede nombrarle tutor solo para la administración de los bienes que le deja, en igual caso se encuentra el menor no emancipado que carezca de herederos forzosos, y por último pueden también nombrarse tutor

testamentario a los hijos espúricos para la administración de los bienes a que conforme a ley tengan derecho. (Artículos 527, 528 y 529).

El nombramiento de tutor testamentario, hecho por el padre o por la madre, excluye de la patria potestad a los ascendientes en quienes hubiera de recaer ese derecho en defecto del padre o de la madre, el padre no puede excluir de la patria potestad a la madre, pero si el ascendiente en quien debe recaer la patria potestad, es de segundo o ulterior grado y a la muerte del testador está impedido de ejercer aquélla, cesando el impedimento, cesa la tutela y el ascendiente entra al ejercicio de la patria potestad, a no ser que el testador haya declarado expresamente, que la tutela continúa aún después de que haya cesado el impedimento y por último el nombramiento de tutor hecho por cualquiera otro ascendiente, excluye de la patria potestad al cónyuge del testador y a los demás ascendientes que debieran ejercerla, sean de línea y grado que fueren. (Artículos 530, 531, 532, 533)

Siendo varios los menores, podrá nombrárseles un tutor común, o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos; en el primer caso si los intereses de al-

guno o de alguno de los menores fueren opuestos a los de los otros, el tutor lo pondrá en conocimiento del Juez; quien -- nombrará un tutor especial para la defensa de los intereses_ de los menores, mientras se decide el punto de oposición. -- (Artículos 534 y 535)

Respecto al hijo sujeto a interdicción por incapaci_ dad intelectual, el padre o la madre podrán nombrarle tutor_ testamentario cuando alguno de ellos haya fallecido o no pue_ dan legalmente ejercer la tutela, pero si la interdicción -- proviene de prodigalidad, solo el padre podrá nombrar tutor_ al pródigo, aunque viva la madre. (Artículos 536, 537 y 538)

En ningún otro caso hay lugar a la tutela testamen_ taria del incapacitado, tampoco habrá lugar a la tutela tes_ tamentaria del hijo mayor de dieciocho años y menor de vein_ tiuno, que esté legalmente emancipado. (Artículos 539 y --- 540).

Para el caso que se nombren varios tutores, desem_ peñará la tutela el primer nombrado; a quién sustituirán los demás por el orden de su nombramiento en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción, pero lo dispuesto anterior-- mente no regirá cuando el testador haya establecido el orden

en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela. (Artículos 541 y 542)

Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes; a no ser que el Juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores; en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas. (Artículo 543)

Finalmente, si por nombramiento condicional el tutor o cualquier otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el Juez proveerá del tutor interino al menor, prefiriendo al pariente que deba ser llamado conforme al Artículo 546, el cual dispone que la tutela legítima corresponde a los hermanos varones prefiriéndose a los que sean por ambas líneas y por falta o incapacidad de los hermanos; a los tíos, hermanas del padre o de la madre.

b) Código Civil de 1884.- El Código Civil de 1884, fué promulgado el 31 de Marzo de 1884, entrando en vigor el 1º de Junio del mismo año.

Con respecto a la reglamentación que de la tutela testamentaria hacia este Código, cabe advertir que el concepto que señalaba sobre esta tutela era el mismo que reglamentaba el Código de 1870, con las dos únicas diferencias; primera que en el Código de 1884 ya no se puede nombrar tutor para el desheredado como lo permitía el Código de 1870, y finalmente, en el Código de 1884 tampoco se podía nombrar tutor testamentario al pródigo como lo hacía el de 1870.

Salvo estas diferencias, en todo lo demás tanto el Código de 1870 como el de 1884, reglamentaban lo mismo y sólo fueron cambiados los números de los Artículos, por ejemplo, la legislación anterior reglamentaba a la tutela testamentaria de los Artículos 526 a 544 y este Código la reglamentaba del Artículo 428 al 444.

Por lo expuesto anteriormente, considero que no es conveniente repetir lo que hemos visto sobre tutela testamentaria en el Código Civil de 1870.

c) Ley de Relaciones Familiares.- Expedida por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, Venustiano Carranza. el día 9 de abril de 1917, publicada en el " Diario Oficial " -

de los días 14 de dicho mes, al 11 de mayo, fecha en que entró en vigor.

En lo que concierne a la reglamentación sobre tutela testamentaria, la Ley sobre Relaciones Familiares contemplaba algunas pequeñas diferencias con respecto a lo establecido por los dos Códigos anteriores, por ejemplo, esta ley establece que es el último ascendiente en ejercicio de la patria potestad quien tiene el derecho para nombrar tutor testamentario, en cambio en los Códigos de 1870 y 1884 solamente hablaban de los que ejercen patria potestad, por lo tanto, este nombramiento excluye de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados, pero si el ascendiente excluido de la patria potestad estuviere incapacitado para ejercer la o se encontrare ausente, la tutela subsistirá aún cuando cese el impedimento, a menos que el ascendiente que hizo el nombramiento de tutor haya expresado que éste solo duraría el tiempo que subsistiere la incapacidad o impedimento del ascendiente excluido.

Tampoco esta ley permitía el nombramiento de tutor para el desheredado, como lo permitía el Código de 1870, finalmente, tampoco permite el nombramiento de tutor testamentario para los hijos espúricos en el caso de administración

de bienes que se les deje, como lo permitían los dos Códigos citados anteriormente.

En todo lo demás, tanto esta ley como los Códigos de 1870 y 1884, reglamentaban lo mismo referente a la tutela testamentaria.

d) Fuentes de la tutela testamentaria en la Legislación Mexicana.- En relación a este tema, nos hemos -- basado en la obra de Rodolfo Batiza titulada " Las Fuentes - del Código Civil de 1928, (48) puesto que a nuestro parecer es el que más a fondo analiza las semejanzas existentes entre nuestra Legislación y las que a continuación veremos.

Con respecto a las fuentes o antecedentes de la tutela testamentaria que contempla actualmente nuestro Código Civil, éste copió o hizo una recopilación de las Legislaciones, que le procedieron, y así tenemos como sus fuentes o antecedentes a la Ley de Relaciones Familiares, Código Civil de 1884, Código Civil de 1870, Proyecto Sierra, Proyecto García Goyena, Código Civil del Imperio, Código Civil Portugués

(48) Rodolfo Batiza Las Fuentes del Código Civil de 1928, -- Editorial Porrúa, S.A., México 1979, P. 326

y Código Civil Francés.

Como sabemos el Código Civil vigente, reglamenta a la tutela testamentaria de los Artículos 470 al 481, vemos como estos Artículos fueron recopilados de las Legislaciones mencionadas y así tenemos que el Artículo 470 tiene mucha semejanza con el Artículo 193 del Proyecto Sierra que dice; el padre aún siendo menor de dieciocho años, tiene derecho de nombrar en testamento tutor para sus hijos menores, con inclusión del desheredado y el póstumo, con el Artículo 305 del Código del Imperio, los que ejercen patria potestad, aunque sean menores tienen derecho de nombrar tutor, en su testamento a aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del desheredado y del póstumo; con el Artículo 177 del Proyecto García Goyena, el padre puede nombrar tutor en testamento a sus hijos menores, incluso el desheredado y el póstumo y finalmente del Artículo 397 del Código Civil Francés.

Artículo 471 con el Artículo 308 primera parte del Código Civil del Imperio, el nombramiento del tutor testamentario hecho por el padre o por la madre, excluye de la patria potestad a los ascendientes en quienes hubiera de recaer en defecto de padre y madre. El padre no puede excluir de la patria potestad a la madre.

Artículo 472, con el Artículo 195 última parte del Proyecto Sierra, aunque le sobreviva su consorte, siempre -- que éste no pueda entrar en el ejercicio de la patria potestad; pero cesando la incapacidad o impedimento, cesará también el tutor testamentario, con el Artículo 310 del Código Civil del Imperio, cuando se hiciere nombramiento de tutor -- sobreviviendo uno de los consortes u otro que tenga patria -- potestad, pero que esté impedido para ejercerla, cesando el impedimento cesará también el tutor, y se recobrará la patria potestad, y con el Artículo 179 última parte del Proyecto García Goyena, aunque le sobreviva su consorte, siempre -- que no pueda entrar en el ejercicio de la patria potestad; -- pero cesando la incapacidad o impedimento, cesará también el tutor testamentario,

Artículo 473 con el Artículo 306 del Código Civil del Imperio, el que no tiene patria potestad y deja por herencia bienes a un menor que no está sujeto a la patria potestad, puede nombrarle tutor para la administración de los bienes que le deja.

Artículo 474 con el Artículo 195 en su primera parte del Proyecto Sierra, el padre y en su caso la madre, puede nombrar un solo tutor para sus hijos menores o encargar --

la tutela de cada uno de éstos a personas diferentes; con el Artículo 309 en su primera parte del Código Civil del Imperio, el que tenga la facultad de nombrar tutor, podrá hacerlo nombrando uno común para todos los menores o para cual en particular, y en el Artículo 179 del Proyecto García Goyena, el padre y en su caso la madre, puede nombrar un tutor para todos sus hijos menores, o encargar la tutela de cada uno de éstos a personas diferentes.

Artículo 475 se copió del Artículo 193 del Código Civil Portugués y del Artículo 397 del Código Civil Francés.

Artículo 476 se copió de los Artículos 539 del Código de 1870, del 439 del Código de 1884 y del Artículo 328 de la Ley de Relaciones Familiares.

Artículo 477 con el Artículo 196 primera parte del Proyecto Sierra, si el padre o la madre nombrasen más de un tutor a un hijo suyo, con el fin de que los nombrados se sustituyan unos a otros en el caso de muerte, incapacidad, excusa, o separación de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado; con el Artículo 311 párrafo primero primera parte del Código Civil del Imperio, nombrando más de un tutor, con el fin de que los nombrados se sustituyan unos a

otros en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado; y en el Artículo 180 del Proyecto García Goyena, si el padre o la madre nombraren más de un tutor a un hijo suyo, con el fin de que los nombrados se sustituyan unos a otros, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado por el orden de su designación en el testamento.

Artículo 478, con el Artículo 196 en su segunda -- parte del Proyecto Sierra, salvo que el testador designe el lugar en que deban entrar a desempeñarla, con el Artículo -- 311 párrafo primero última parte del Código Civil del Imperio, salvo que el testador designe el lugar en que deban entrar a desempeñarla, y con el Artículo 180 del Proyecto García Goyena, a no ser que el testador determine el lugar en que deban entrar a desempeñarla.

Artículo 479, con el Artículo 312 primera parte -- del Código Civil del Imperio, cualquiera condición o limitación en la administración de la tutela, o prevención que hiciere el que nombra el tutor, debe observarse, a menos que el Juez, oyendo al Consejo de Familia, la estime dañosa al menor, en cuyo caso podrá suprimirla o alterarla.

Artículo 480, con el Artículo 312 en su última parte, si por un nombramiento condicional de tutor o por cualquier otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el Consejo de Familia, con aprobación del Juez, proveerá de tutor interino al menor.

Artículo 481, como este Artículo es nuevo no se sabe exactamente en qué Legislación se inspiró el Legislador para redactarlo.

C A P I T U L O

C U A R T O.

LA TUTELA TESTAMENTARIA EN LA LEGISLACION VIGENTE.

1.- CONCEPTO.

2.- CASOS QUE CONTEMPLA EL ARTICULO 470.

- a) ¿Se refiere sólo a los hijos de matrimonio por la referencia que hace el Artículo 470 al Artículo 414?
- b) ¿Pueden designar tutor testamentario los abuelos?
- c) ¿Los padres aunque sean menores pueden designar tutor testamentario?

3.- LOS OTROS TRES CASOS RESTANTES EN QUE PROCEDE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

4.- DOCTRINA.

5.- JURISPRUDENCIA.

LA TUTELA TESTAMENTARIA EN LA LEGISLACION VIGENTE.

1.- CONCEPTO;

En los pueblos primitivos no se conoció la tutela debido al régimen patriarcal y a la falta de personalidad -- del hijo sobre el que se ejercía por el padre o la familia -- un derecho de dominio. En el derecho Griego primitivo la tutela se estableció en beneficio de la familia, era legítima y familiar después se conoció la tutela testamentaria y la dativa.

Fué en el Derecho Romano en que se advirtió un desenvolvimiento de esta Institución y donde nació la tutela testamentaria.

En el antiguo Derecho Romano se definía a la tutela testamentaria de la siguiente manera:

"Llámesese tutela testamentaria a la discernida por el paterfamilias en un testamento para los hijos que estando en un patris potestate se convertían a la muerte de aquél en sui iuris". (49)

(49) Peña Guzmán Luis Alberto y Argüello Luis Rodolfo. Derecho Romano, segunda edición, tipográfica editora, Argentina, Buenos Aires, 1966, P. 528.

Esta forma de delación de la tutela fué consagrada expresamente en aquélla clásica norma de las XII tablas que expresaba que, " lo que el paterfamilias dispusiera por testamento sobre sus bienes o la tutela de los suyos, sea tenido como Ley ".

Para que la disposición del testador produjera plenos efectos requeríase que la tutela se hubiera conferido por un testamento válido otorgado por el pater y que la disposición de última voluntad diera tutor a un hijo sometido a su potestad. (50)

En la época moderna se ha conceptuado a la tutela testamentaria de la siguiente manera:

Para el maestro Rafael de Pina, la tutela testamentaria es, " la originada en la facultad, conferida al ascendiente que sobrevive, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quienes ejerza con inclusión de hijo póstumo. (51)

(50) Peña Guzmán Luis A. y Rodolfo Argüello. Ob. Cit. P. 528

(51) De Pina Rafael. Diccionario de Derecho, Editorial Porrúa, S.A., México 1965, P. 289.

Para la jurista Español Manuel González, la tutela testamentaria es, "aquella en que las personas que ocupan -- los cargos de la misma, tutor, protutor y vocales del consejo de familia hán venido en virtud de su designación en el testamento de aquéllos que tienen facultad para nombrarlos. (52)

Finalmente, el diccionario nos define a la tutela testamentaria de la siguiente manera: "La deferida por virtud de llamamiento hecho en el testamento de una persona facultada para ello". (53)

2.- CASOS QUE CONTEMPLA EL ARTICULO 470.

Antes de dar contestación a estas preguntas, transcribiremos íntegramente lo estipulado por este Artículo referente a la tutela testamentaria, puesto que de él surgieron las interrogantes que contestaremos a continuación.

ARTICULO 470. El ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, con--

(52) González Manuel, teoría de la tutela y formularios de su práctica editado en Talleres Editorial Lucha, España., - P. 37.

(53) Diccionario Durván de la Lengua Española, Durván, S.A. - de Ediciones Bilbao, P. 1247

forme a lo dispuesto en el Artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

- a) ¿Se refiere sólo a los hijos de matrimonio -- por la referencia que hace el Artículo 470 al Artículo 414?.

Con respecto a esta interrogante, consideramos que sí se refiere solamente a los hijos de matrimonio, puesto que, el Artículo 414 del Código Civil, hace alusión unicamente a la patria potestad de los hijos de matrimonio y al efecto este Artículo establece:

La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I.- Por el padre y la madre;
- II.- Por el abuelo y la abuela paternos;
- III.- Por el abuelo y la abuela maternos.

Para reafirmar lo anterior, el Artículo 418 faculta al Juez para designar a los abuelos que desempeñarán la patria potestad en efecto, dicho Artículo ordena que:

"A falta de padres, ejercerán la patria potestad - sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las -- fracciones II y III del Artículo 414, en el órden que determi^{ne} el Juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstan-- cias del caso".

Como se puede observar en lo estipulado por estos artículos, serán únicamente los ascendientes de un matrimonio, o los abuelos paternos o maternos quienes podrán nombrar tu-- tor en su testamento a aquéllos sobre quienes ejerzan la pa-- tria potestad. Sin embargo, hay quienes opinan que también - pueden desempeñar la patria potestad sobre sus nietos cuando_ pueda acreditarse al parentesco entre ellos.

Llegan a esta conclusión aplicando lógicamente las disposiciones citadas. Nosotros pensamos que esta opinión se encuentra ajustada a la equidad y a la opinión predominante - en la comisión redactora del Código Civil en órden a no ha-- cer distinción alguna entre hijos nacidos dentro y fuera del_ matrimonio. Pero debemos reconocer que la interpretación li-- teral o gramatical nos lleva a conclusiones contrarias.

Como decíamos anteriormente la comisión redactora_ del Código Civil no hace diferencia entre hijos legítimos y -

los nacidos fuera de matrimonio y al efecto exponen:

" Por lo que toca a los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quienes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución ".

Por el hecho de que el artículo 414 haya alusión a los hijos de matrimonio, no quiere decir que no tengan derecho a que se le nombre tutor a otros, pues el mismo Código Civil en sus artículos 419 y 481 establecen que:

La Patria Potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten y estas personas tendrán derecho de nombrar tutor testamentario para ese hijo

adoptivo.

- b) ¿Pueden designar tutor testamentario los abuelos?

El Artículo 414 y 418 establecen que la patria potestad sobre los hijos de matrimonio la ejercen en primer lugar los padres y a falta de éstos, los abuelos que designe el Juez de lo Familiar.

Si el Juez ha designado a los abuelos maternos para el desempeño de esa función y sólo queda uno de ellos, puede éste designar tutor testamentario al nieto no obstante la existencia de los abuelos paternos,

se requiere que quede sólo uno de los abuelos paternos o maternos según el caso,

En cada una de las parejas pues si ambos viven y muere uno de ellos, el otro entrará a ejercer la patria potestad.

- c) ¿Los padres aunque sean menores pueden designar tutor testamentario?

El Artículo 470 lo establece así en forma expresa: "El ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado - deben ejercer la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el Artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento, a aquéllos sobre quienes la -- ejerza, con inclusión del hijo póstumo".

Esta disposición debemos entenderla en concordancia con lo establecido en el Artículo 1306 que dispone que - "están incapacitados para testar los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres".

De modo que sólo los mayores de dieciséis años -- pueden otorgar testamento y consecuentemente, solo ellos podrán hacer la designación de tutor por este medio.

¿Puede un menor ejercer la patria potestad sobre - sus hijos?

La legislación civil establece que los padres ejercerán la patria potestad sobre sus hijos.

Si este menor de edad contrae matrimonio, queda tácitamente emancipado por disponerlo así el Artículo 641 y el Artículo 643 le da amplia capacidad jurídica, con las limitaciones que en ese mismo Artículo se indican.

El Artículo 451 vuelve a reiterar que el emancipado no tiene otra incapacidad que la señalada, de modo que no le impide la ley que ejerza la patria potestad sobre sus hijos, lo está autorizando para ello.

Nadie pondrá en duda que el menor emancipado en el ejercicio de la patria potestad, tendrá las más amplias facultades en las tres áreas que comprende esta figura jurídica: custodia, administración de los bienes y representación del hijo. (54)

Sin embargo es necesario considerar que para comparecer en juicio en sus negocios propios debe estar representado por un tutor. Pensamos que también necesitará de la asesoría de un tutor para comparecer en juicio en negocios que interesen al hijo. La frase que consigna el Artículo --

(54) Cruz Ponce Lisandro.- Apuntes de clases.

643 es genérica. Dice que necesitará de un tutor para negocios judiciales. O sea que la asesoría del tutor le será necesaria en todo caso.

No nos interesa la situación del menor que reconoce a un hijo habido fuera de matrimonio, porque como ya lo - dijimos el Artículo 470 solo contempla a los hijos de matrimonio por la referencia expresa que hace al Artículo 414.

Estos menores de acuerdo con lo establecido en los Artículos 415, 416 y 417 tendrán la patria potestad sobre -- los hijos que reconocieren pero como no quedan emancipados, - y permanecen sujetos a la patria potestad de sus padres du-- rante su incapacidad o a un tutor. No podrán representar al _ hijo, porque para representar a otra persona se requiere de plena capacidad jurídica.

Creemos que la legislación debiera considerar la - situación de estos menores y autorizarles también para que - puedan designar tutor testamentario a sus hijos en especial _ cuando solo uno de los progenitores hubiere reconocido al hi _ jo pues será mayor su interés por dejarlo bajo la tutela de _ una persona de su confianza. (55)

(55) Cruz Ponce, Lisandro. Apuntes de clases.

En conclusión, creemos que la referencia que hace el Artículo 470 al menor se refiere exclusivamente al menor emancipado.

La expresión "menor" que emplea el Artículo 470 no está considerada en el sentido corriente. Se refiere al menor emancipado. En muchas disposiciones del Código Civil al emancipado se le designa con la expresión genérica del "menor" como ocurre entre otros en los Artículos 173, 187, 209. En los Artículos 451, 499, 624 fracción II, 636 se les denomina "menores de edad emancipados". (56)

3.- LOS OTROS TRES CASOS RESTANTES EN QUE PROCEDE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

a) Designación de tutor testamentario a un incapáz no sujeto a tutela.- Dispone el Artículo 473: " El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapáz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje."

(56) Cruz Ponce, Lisandro. Ob.Cit.

Para que proceda la designación de tutor testamentario a este incapáz se requiere:

- A. Que no se encuentre bajo la patria potestad del testador.
- B. Ni bajo la patria potestad de otra persona.
- C. El beneficiario de la herencia o legado debe ser "incapáz".
- D. El tutor designado en el testamento se limitará a administrar los bienes que se le asignen al beneficiario;
- E. El testador puede ser mayor o menor de edad. - No obstante en este segundo caso, debe ser mayor de 16 años porque sólo los mayores de esta edad pueden otorgar testamento, según lo dispone el Artículo 1606.

Es necesario recordar que los menores no pueden otorgar testamento ológrafo porque el Artículo 1551 dispone que este testamento sólo puede ser otorgado por personas mayores de edad.

El legislador en este Artículo 473 se refiere en forma genérica a "un incapáz".

El Artículo 450 señala cuales son las personas a quienes la legislación mexicana considera incapaces. ¿Se refiere a cualquiera de ellos el Artículo 473 o sólo a los menores de edad?.

Cuando este artículo nos dice que el " incapáz " - no debe estar sujeto a patria potestad nos da la impresión que solo se refiere a los menores y ello lo reafirma el Artículo 474; sin embargo el legislador emplea esta expresión en forma equívoca en otros capítulos, como ocurre, por ejemplo en materia de adopción, donde contraponen la minoridad con las demás incapacidades que señala el Artículo 450. Dice el Artículo 390: "El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado aún cuando éste sea mayor de edad..." La fracción I del Artículo 390 y el párrafo final del mismo artículo vuelven a contraponer las expresiones " menores " e " incapacitados ". El Artículo 394 por su parte dice: "El menor o el incapacitado que hubiere sido adoptado..." (57)

(57) Cruz Ponce, Lisandro.- Apuntes de clases.

Debemos si reconocer que de la redacción del Artículo 474 "Si fueren varios los menores podrá nombrárseles - un tutor común o conferirse a persona diferente la tutela - de cada uno de ellos, observándose, en su caso, lo dispuesto en el Artículo 457", parece desprenderse que esta tutela solo puede conferirse a los menores. No obstante ello, puede válidamente opinarse que en la expresión " incapáz " que emplea el Artículo 473 se comprende a todos los incapacitados que contempla el Artículo 450 y es lógico que así sea, - pues el testador preocupado por la suerte de un enfermo mental mayor de edad, le deje en su testamento los medios necesarios para afrontar su infortunio y le designe a una persona de su confianza para que los administre.

El tutor designado en el testamento solo puede administrar los bienes del pupilo dice el Artículo 473.

¿Se trataría solo de un administrador de bienes?.- Es curiosa la redacción de este Artículo, pues el Legislador en el título de la "tutela", no contempla esta clase de tutores para la simple administración de bienes.

Sin embargo hay otras disposiciones del código en que se vuelve a insistir en estos tutores simples adminis--

tradores de bienes, como ocurre por ejemplo con el Artículo 160. El Artículo anterior prohíbe el matrimonio del tutor con la pupila y el 160 dispone que "si el matrimonio se celebrare en contravención a lo dispuesto en el Artículo anterior, el Juez nombrará inmediatamente un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa".

Curioso es el caso que consigna el Artículo 160 -- por las siguientes razones:

a) Porque la prohibición que contempla el Artículo 159 se refiere al matrimonio del tutor con la pupila menor de edad. No puede referirse a la pupila interdicta porque ese matrimonio sería nulo;

b) Porque al contraer matrimonio la menor de edad queda tácitamente emancipada y por lo tanto no puede designarse tutor. El Artículo 606 establece que desaparece la tutela cuando desaparece también la incapacidad del pupilo.

El tutor a que se refiere el Artículo 160 no podrá tener cabida, solo será un administrador de bienes. Existe

pues una impropiedad de lenguaje manifiesta en estos dos artículos: el 160 y el 473. (58)

Es del caso advertir que en la Legislación Civil Mexicana anterior al Código de 1928, se emplean conceptos muy semejantes como ya lo hemos hecho notar en su oportunidad en esta misma tesis.

b) Tutela testamentaria para el hijo interdicto. Dispone el Artículo 489 que "Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando estos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiendo ponerse de acuerdo respecto a quien de los dos ejercerá el cargo".

Se trata de la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, que contempla el Capítulo IV del Título Noveno del Libro Primero del Código Civil.

Cuando el hijo se ha salido de la patria potestad se encuentra en alguno de los casos señalados, en las fracciones II, III y IV del Artículo 450, es necesario nombrar--

(58) Cruz Ponce Lisandro, Apuntes de clases.

les un tutor. Es un caso de tutela legítima.

La designación del tutor recae preferentemente sobre sus padres porque éstos son "de derecho tutores de sus hijos" como lo dispone el Artículo 489.

El menor de edad no sujeto a patria potestad que sufra de alguna de estas enfermedades queda sujeta a la tutela de los menores por disponerlo así el Artículo 464. Al llegar a la mayoría de edad, debe declarársele en interdicción y designársele un nuevo tutor, nombramiento que recaerá en sus ascendientes si éstos se encuentran en condición de desempeñar el cargo.

Cuando ambos progenitores se encuentren en condiciones de desempeñar el cargo, deberán ponerse de acuerdo acerca del cual de ellos lo ejercerá. Así lo dispone el Artículo 489, no pueden desempeñar ambos la tutela porque el Artículo 455 dispone que ningún incapáz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor.

Ahora bien, el Artículo 475 dispone que "El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tute-

la.

Y agrega el párrafo segundo: "La madre, en su caso, podrá hacer el nombramiento de que trata este artículo".

Es este un caso más en que procede el nombramiento de un tutor testamentario. El padre tutor legítimo de su hijo mayor de edad que ha sido declarado en interdicción por incapacidad intelectual puede designarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o legalmente no puede ejercer el -- cargo.

De esta frase se deduce que si la madre puede ejercer la tutela legítima de su hijo, no puede el padre designarle al hijo tutor testamentario.

Las mismas facultades que al padre se otorgan a la madre cuando a ésta se le designó primeramente tutora del hijo declarado en interdicción por incapacidad intelectual.

c) Tutela testamentaria para el hijo adoptivo. - Es decir para el hijo nacido del parentesco civil y que solo existe entre el adoptante y el adoptado y ese hijo adoptivo_ tendrá los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo,

a su vez el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos, por lo tanto el adoptante tendrá derecho de nombrar tutor -- testamentario para ese hijo adoptivo, pues así lo establece el Artículo 481 que señala que:

" El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo, - aplicándose a esta tutela lo dispuesto en los artículos anteriores ".

4.- DOCTRINA.

Tomando en consideración que el tema de la tutela testamentaria es de mucha importancia y trascendencia dentro del derecho familiar, citaremos a continuación algunos de -- los países que en su muy particular punto de vista han tomado a esta Institución, iremos dando por lo tanto un esbozo - para ver sus pequeñas diferencias con respecto a la tutela - testamentaria contemplada por nuestro Código Civil vigente.

Así tenemos que las legislaciones modernas adoptan tres direcciones:

- 1a. La de aquéllos que consideran la tutela como institución familiar, el consejo de familia - es un organismo típico (España, Cuba, Francia, Portugal, etc.)

- 2a. Los que le dan el carácter de institución pública; ejerciendo las funciones tutelares, organismos judiciales ó administrativos (Italia, Argentina, Alemania, Inglaterra, etc.)

- 3a. El sistema mixto que ha sido adoptado en el Código Civil de México, Colombia, etc.

E S P A Ñ A .

La doctrina española es sustentada entre otros por Eloy Escobar De la Riba, Bustamante Rodríguez Arias y Demófilo De Buen.

Eloy Escobar De la Riba, dice que el Código Civil Español, ha ampliado notablemente la facultad de nombrar tutor testamentario; en cuanto la hace posible respecto de los incapacitados (y sin necesidad, cuando de ésto se trata, de que ni el tiempo de otorgarse el testamento que lo designa,-

ni el tiempo de morir el testador, exista declarada la incapacidad. (59)

Bustamante Rodríguez Árias, expresa que el Código Civil Español, exige terminantemente, si bien con redacción confusa que, "la persona a quién se nombre tutor ó protutor, no se halle sometida a la potestad de otra". Priva este precepto de validéz el nombramiento de tutor, hecho por el padre, o un extraño, cuando a la muerte del que lo hace, el menor queda sujeto a la patria potestad del padre, de la madre o de un adoptante, en razón de que el poder paterno rechaza en absoluto la existencia de la tutela.

El derecho que se otorga a los padres, para nombrar a sus hijos tutor y protutor, es un derecho absoluto y no limitado, en algunos casos no llega a tener efectividad sino hasta que las circunstancias previstas por el testador hagan necesario el cumplimiento de lo por él establecido, sin consideración al tiempo transcurrido, ni a las dificultades que durante el mismo hubieran impedido realizarlo.

(59) Eloy Escobar de la Riba. La tutela, revista de Derecho, privado. Ediciones Pegazo Madrid, Pág. 71.

Tocante a los hijos póstumos, hay que entender en principio, que no sea válida la designación de tutor hecha por el padre para los mismos, toda vez que cuando el hijo nazca, ejercerá la madre la patria potestad en cuanto se conserve viuda. (60)

Por su parte Demófilo de Buen, dice que en el Derecho Español el organismo tutelar está constituido por los siguientes órganos:

A. Tutor, representa el elemento activo correspondiéndole la iniciativa en la gestión tutelar y la representación del pupilo.

B. Protutor, tiene como función esencial y primaria la de vigilar, fiscalizar o intervenir la administración del tutor.

C. El consejo de familia, inspecciona el funcionamiento de la tutela, sustituye en ciertos casos al tutor, lo cual también le sucede al protutor.

(60) Bustamante Rodríguez Arias. La Tutela. Bosch Casa Editorial. Barcelona, Pág. 124-125

Demófilo de Buen dice que la tutela testamentaria es la que se defiere por testamento.

La Ley autoriza, en ciertos casos, para designar - por este medio alguno o a todos los elementos del organismo tutelar. El padre o la madre pueden designar en testamento tutor, protutor y consejo de familia para sus hijos. El que hubiera dejado herencia o legado de importancia podrá nombrar tutor y también podrá nombrar protutor.

La ley considera que nadie mejor que los padres conocen las necesidades de los menores o de los incapacitados, y saben las personas de las cuales puede esperarse una ayuda eficaz para los mismos. En ello está sin duda el fundamento de la tutela testamentaria, en su forma más genuina y de más importancia.

La ley considera también que la persona que ha dejado a otros herencia ó legado de importancia, ha revelado - por ella un gran interés y que debe por lo tanto elegir a una persona de su confianza para que administre esos bienes y cuide del incapacitado asesorado por los parientes que integran el consejo de familia.

El padre puede nombrar tutor y protutor, para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, ya naturales reconocidos, ó a alguno de los legítimos a quienes según el Artículo 139 está obligado a alimentar.

Igual facultad corresponde a la madre; pero si hubiere contraído segundas nupcias, el nombramiento que hiciera para los hijos de su primer matrimonio, no surtirá efectos sin la aprobación del consejo de familia.

En todo caso será preciso que la persona a quién se nombre tutor o protutor no se encuentre sometida a la potestad de otra. (Artículo 206)

También pueden nombrar tutor a los menores incapacitados el que les deje herencia o legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efectos hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia o legado. (Artículo 207)

El derecho que otorga el Artículo 206 a los padres es absoluto y no limitado, aunque en algunos casos pueda no llegar a tener efectividad hasta que las circunstancias previstas por el testador hagan necesario el cumplimiento de lo

establecido por él; y así en el caso de que, fallecido el padre, quedase el hijo sometido a la patria potestad de la madre, no tendrá efecto lo dispuesto por aquél en su testamento, pero si no pudiere ejercer la patria potestad, desaparecería todo obstáculo, para que la disposición del padre tuviera virtualidad y eficacia.

La facultad de nombrar tutor testamentario que concede el Artículo 207, a los extraños solo comprende el caso de que los menores no tengan padre o madre; pero no cuando los padres existen y los hijos menores están sometidos a la patria potestad, de la cual el testador extraño, no puede despojarlos.

Si por diferentes personas se hubiere nombrado tutor para un mismo menor se discernirá el cargo:

1. Al elegido por el padre o por la madre.
2. Al nombrado por el extraño que hubiese instituido heredero al menor o incapáz, si fuese de importancia la cuantía de la herencia.
3. Al que eligiere el que deja manda de importancia.

Si hubiere más de un tutor en cualquiera de los casos 2 y 3 de este Artículo, el consejo de familia declara - quién ha de ser preferido. (Artículo 209)

Si hallándose en ejercicio un tutor apareciere el nombrado por el padre, se le transferirá inmediatamente la tutela. Si el tutor que nuevamente apareciese fuera el nombrado por un extraño, comprendido en los números 2 y 3 del Artículo anterior, se limitará a administrar los bienes del que lo haya nombrado, mientras no vague la tutela en ejercicio. (Artículo 210) (61)

C U B A .

El principal autor cubano a nuestro parecer es E.- F. Camus, quién dice que el Código dicta diversas reglas --- aplicables a cada una de las clases de tutelas comenzando -- por la tutela testamentaria. El Código le concede ampliamente el derecho de nombrar tutor, protutor y consejo de familia, al padre y a la madre establece;

(61) Demófilo de Buen.- Derecho Civil Español Común.- Editorial Reus. Madrid 1922 I, Pág. 749, 750, 751 y 752.

Podrán nombrar tutor y protutor, tanto el padre - como la madre a sus hijos menores y a lo mayores incapacitados, incluyéndolo a los nacidos fuera de matrimonio; a quienes según la ley deberán prestarse alimentos.

En el caso de que el padre o la madre que nombró - tutor hubiese contraído segundas nupcias, el nombramiento hecho a los hijos de su primer matrimonio, no surtirá efecto - sin la aprobación del consejo de familia.

Este artículo, como se observa, comprende tanto al padre como a la madre, ya que no hay razón ninguna para limitarlo, como hace el Código, al caso en que la madre sea la - que contraiga nuevas nupcias.

En todo lo demás, la legislación cubana, reglamenta lo mismo que la legislación de España, es decir es una copia del Código Civil Español. (62)

(62) E. F. Camus. Código Civil Explicado.- Cultural, S.A. La Habana 1944 3. Vol. 1.- Pág. 250 a 252.

C O L O M B I A .

Arturo Valencia Zea, a nuestro parecer uno de los principales exponentes de la doctrina colombiana dice que la ley persigue que el tutor o curador testamentarios, sea escogido por los que ejercían la patria potestad sobre el menor para lo cual debe elegirse a los parientes próximos del pupilo.

En cumplimiento de esa intención de la ley, el padre legítimo puede nombrar tutor por testamento, no solo a los hijos nacidos, sino al que se haya todavía en el vientre materno, en el caso, de que nazca vivo. Del mismo modo tiene derecho a nombrar curador a los hijos púberes que no hayan obtenido habilitación de edad para administrar sus bienes, y a los adultos de cualquier edad que se hallen en estado de demencia, o a los sordomudos que no entiendan ni se den a entender por escrito. También puede nombrar curador testamentario para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer.

Empero, no tiene derecho de nombrar tutor o curador por testamento el padre a quién se le haya quitado el ejercicio de la patria potestad por decreto judicial, ó cuan

do por mala administración, haya sido privado judicialmente de la guarda del hijo.

A falta de padre legítimo, es decir, cuando la patria potestad la ejerce la madre, ésta podrá usar los derechos que se le conceden al padre legítimo, con tal que no esté divorciada por adulterio, o que por su mala conducta no haya sido privada del cuidado personal del hijo.

Sobre los hijos naturales ejercen el derecho que acabamos de mencionar, el padre o la madre naturales, y como en la actualidad el padre o la madre naturales ejercen la patria potestad sobre sus hijos naturales, es lógico que se les prive de ese derecho en los mismos casos en que se les niega al padre o a la madre legítimos, especialmente cuando se hayan vistos privados de la patria potestad por decreto judicial.

En síntesis, las personas enumeradas en los tres apartados anteriores son las únicas a quienes la ley les concede derecho para nombrar por testamento un tutor o curador generales al pupilo.

Para terminar lo relativo a las tutelas testamentarias diremos que ellas admiten condición suspensiva o resolutoria y también señalamiento de día cierto en que hán de -- principiar o expirar. (63)

A R G E N T I N A ,

El principal exponente de la doctrina argentina a nuestro parecer es José Arias, quien dice que la tutela testamentaria no siempre resulta del testamento, pues puede hacerse una designación válida, en escritura pública, y así lo establece la ley en su Artículo 383.

El padre, mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el último que muera de ambos, - puede nombrar por testamento, tutor a sus hijos que estén bajo su patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento.

Solo pueden designar tutores testamentarios los padres; no otros parientes.

(63) Arturo Valencia Zea. Derecho Civil, Tomo V, Derecho de Familia, Editorial Femus, Bogotá 1970. Pág. 507 a 509.

El padre no puede nombrarle tutor testamentario al hijo nacido de adulterio.

Los padres pueden nombrar tutor al hijo que deshereden y al póstumo, y que en éste último caso solo operaría en caso de nueva nupcialidad de la madre.

El nombramiento de tutor puede ser hecho por los padres, bajo cualquiera cláusula o condición prohibida.

La tutela debe desempeñarse por una sola persona, y es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de algunos de ellos.

La tutela dada por los padres debe ser confirmada por el Juez- si hubiese sido legalmente dada, y se discernirá el cargo al tutor nombrado.

Cuando se alega inhabilidad legal será necesario que el tutor demuestre, mediante prueba, su inexistencia(64).

(64) José Arias.- Derecho de Familia 2a. Edición, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires, Pág.

I T A L I A .

La doctrina italiana tiene a nuestro parecer a sus principales exponentes en Antonio Cicu y Mario Rotondi.

Antonio Cicu dice que la legislación obliga a denunciar al Juez Tutelar al que reciba la declaración de muerte de una persona que ha dejado hijos menores de edad, o la declaración de nacimiento de un hijo de padres desconocidos, y el notario, que procede a la publicación de un testamento que contenga la designación de un tutor o de un protutor, deben dar noticia de ello al Juez Tutelar dentro de los diez días.

El secretario dentro de los quince días, debe dar noticia al Juez Tutelar de la apertura de una tutela.

Asimismo, los parientes dentro del tercer grado, deben denunciar al Juez Tutelar de la apertura de la tutela dentro de los diez días contados desde que se ha tenido noticia de ella. La denuncia debe ser hecha también por la persona designada como tutor o protutor dentro de los diez días a contar de aquél en que ha tenido noticia de la designación.

Si a la muerte del marido la mujer se encuentra en cinta, el Tribunal a instancia de cualquiera que tenga interés en ello o del Ministerio Público, puede nombrar un curador para la protección del hijo por nacer y, si es necesario, para la administración de sus bienes.

Por lo que respecta a la prescripción de las acciones relativas a la tutela, la ley establece que las acciones del menor contra el tutor y las del tutor contra el menor relativas a la tutela, prescriben a los cinco años de haber -- cumplido la mayor edad o de la muerte del menor.

Si el tutor ha cesado en el cargo y ha presentado la cuenta antes de la mayor edad o de la muerte del menor, -- el término corre desde la fecha de la providencia que el -- Juez Tutelar pronuncia sobre dicha cuenta. (65)

Por su parte Mario Rotondi expresa que los órganos de la tutela son: El tutor, El protutor y el Juez Tutelar.

El Juez Tutelar inspecciona las tutelas y curate--

(65) Antonio Cicu.- El Derecho de Familia.- Ediar, S.A. Editores Buenos Aires.

las, y ejerce un conjunto de funciones que le confía la ley en interés de los menores (Artículo 344). Puede requerir la asistencia de los órganos de la administración pública y de las entidades cuyos fines correspondan a sus funciones.

El tutor es el órgano ejecutivo de la tutela. Tiene a su cargo el cuidado de la persona, la representación y la administración de los bienes (Artículo 357) de la persona (el pupilo) que se le haya confiado.

El menor debe al tutor respeto y obediencia, y no puede abandonar la casa o la institución que se le haya señalado sin el permiso del tutor (Artículo 358). En caso de mala conducta, el pupilo puede ser internado en una institución correccional por el Presidente del Tribunal al que se haya dirigido el tutor, después de haber sido oído aquél y también el protutor o algún pariente ó afín, y una vez obtenidos las informaciones oportunas.

El protutor será designado también por el Juez Tutelar, y a él son aplicables los principios establecidos para el tutor. No se nombra protutor en el caso de menores confiados a entidades de asistencia o a hospicios.

El tutor, antes de hacerse cargo de su oficio, -- presta juramento, ante el Juez Tutelar, de ejercerlo con fidelidad y diligencia (Artículo 349); y dentro de los diez -- días desde que se conoció legalmente el nombramiento, debe -- proceder al inventario, en la forma acostumbrada en el comercio o en la economía agraria, si en el patrimonio se comprende una hacienda (Artículo 365). Si el tutor tiene deudas o créditos frente al menor, debe declararlo exactamente antesde que se cierre el inventario.

El protutor, sustituirá al tutor cuando éste falte o haya abandonado el cargo, cuidando de la persona del menor representándolo en la realización de todos los actos urgentes o conservativos, y promoviendo el nombramiento de un nuevo tutor.

También el protutor, como el tutor, está obligadoa poner la diligencia de un buen padre de familia, y responde de los daños que por la violación de sus deberes derivenal menor (Artículo 382).

La extensión de la tutela se verifica al llegar el menor a lamayor edad, o por la muerte o su emancipación.

Independientemente de ello, la extinción del cargo de tutor y de protutor puede verificarse por muerte o por -- dispensa concedida por el Juez Tutelar cuando el ejercicio -- de la tutela sea extraordinariamente gravoso y exista otra -- persona capaz de sustituirle, y, finalmente, por remoción -- por el Juez Tutelar, cuando el tutor sea culpable de negli-- gencia, ó haya abusado de sus poderes, se haya mostrado como inepto, ó indigno, incluso por actos extraños a la tutela, -- ó se haya constituido en insolvencia.

El tutor saliente deberá entregar inmediatamente -- los bienes y presentar las cuentas definitivas de la adminis-- tración dentro de un término breve al Juez Tutelar. (66)

5.- JURISPRUDENCIA.

El vocablo jurisprudencia, tiene su origen en la -- antigua Roma en la cual fué utilizado por primera vez por -- los jurisconsultos romanos entre los que se cuenta a Ulpiano habiéndolo definido como jurisprudencia "El conocimiento de -- las cosas divinas y humanas y la ciencia de lo justo y de lo

(66) Rotondi Mario, Instituciones de Derecho Privado, Vol. I. Editorial Labor 1959. Pág. 320.

injusto". (67)

Posteriormente los clásicos la definen y entienden como "El hábito práctico de interpretar rectamente las leyes y aplicarlas oportunamente a las cosas que ocurren. (68)

También se le ha llamado jurisprudencia a los principios que en materia de derecho se siguen en cada país o en cada Tribunal; el hábito que se tiene de juzgar en tal o -- cual sentido una misma cuestión; y la serie de juicios o sentencias uniformes que forman uso o costumbre sobre un mismo punto de derecho. (69)

El maestro Ignacio Burgoa Orihuela, expresa que: -
"La jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derechos especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos se

(67) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, París, Francia, Librería de Rosa Bouret y Cía. 1852, Pág. 1131.

(68) Idem. Ob. Cit. 1131,

(69) Escriche Joaquín, Ob. Cit. P. 1131

mejantes que se presenten en la inteligencia de que dichas - consideraciones e interpretaciones son obligatorios para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la Ley. (70)

Con respecto a la jurisprudencia en materia de tutela testamentaria, una vez que se ha hecho una minuciosa -- búsqueda, solamente hemos encontrado una, referente al tutor que es nombrado cuando existen intereses opuestos al de los hijos y este tutor será nombrado por el Juez.

Y para reafirmar lo anteriormente dicho, transcribiremos a continuación la jurisprudencia sustentada por nuestro máximo Tribunal (Suprema Corte de Justicia de la Nación) respecto a este punto:

"TUTOR, EL NOMBRAMIENTO DE, EN RAZON DE CONCURRIR COMO HEREDERO PADRE E HIJOS MEMORES, NO COMPRENDE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES.- Si bien es cierto que el Juez de lo Familiar tiene facultad y obligación de dictar las providencias necesarias para asegurar los bienes de la herencia -

(70) Ignacio Burgoa, El Juicio de Amparo, México, Ed. Parma, S.A., 1980. Décima Quinta Edición, P. 813-831.

cuando hayan menores interesados, decretando las medidas que tiendan a protegerlos de conformidad en el Artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, - máxime cuando los intereses que se ventilan entre padre e hijos son opuestos y concurren a la intestamentaria como herederos, también es cierto que el nombramiento del tutor de los menores en cumplimiento del Artículo 440 del Código Civil, no debe comprender la guarda y custodia de los menores, la que le corresponde al padre en ejercicio de la patria potestad".

Amparo en revisión 663/81.- José Luis Jiménez y González.- 23 de septiembre de 1982.- Unanimidad de votos.- Ponente: Humberto Román Palacios.- Secretaria: Alma Yolanda Morales Corral.

Informe 1982.- Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del primer círculo número 18 Pág. 137 (71)

(71) S. Castro Zavaleta.- 65 años jurisprudencia mexicana -- 1917-1981, apéndice 10 1982, primera edición. Perse México 1983, P. 691

C A P Í T U L O
Q U I N T O

DESEMPEÑO DE LA TUTELA.

- 1.- OBLIGACIÓN DEL TUTOR TESTAMENTARIO DE DESEMPEÑAR LA TUTELA. (Artículo 452 y 453).
- 2.- SANCIÓN ESTABLECIDA EN LOS ARTÍCULOS 1331 Y 1332 EN CONCORDANCIA CON LOS ARTICULOS 516 Y 517 AL TUTOR QUE RECHACE EL CARGO O SEA REMOVIDO DE ÉL.
- 3.- OBLIGACIÓN DE OTORGAR GARANTÍA, EXCEPCIÓN QUE CONTEMPLAN LOS ARTÍCULOS 520 FRACCIÓN I Y 521.
- 4.- OBLIGACIÓN DE HACER INVENTARIO (Artículo 537 FRACCIÓN III Y 548).
- 5.- OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTA (Artículo 590 Y 600.
- 6.- DE LA ENTREGA DE LOS BIENES.
- 7.- DEL CURADOR TESTAMENTARIO.
- 8.- TUTOR TESTAMENTARIO DEL AUSENTE.
- 9.- EXTINCIÓN DE LA TUTELA.

DESEMPEÑO DE LA TUTELA.

1.- OBLIGACIÓN DEL TUTOR TESTAMENTARIO DE DESEMPEÑAR LA TUTELA. (Artículo 452 y 453).

La tutela constituye una función pública, y las facultades conferidas al tutor constituyen poderes familiares que deben, por lo tanto, ejercitarse, no en beneficio de su titular, sino a favor de los intereses del pupilo.

El desempeño del cargo tutelar es obligatorio, dado el fin a que es llamada la persona que deberá fungir como tutor y por ello la tutela es un cargo de interés público, - cargo que en principio es oblatatorio, pues las legislaciones extranjeras en su mayoría, admiten que el tutor no puede sin excusa válida renunciar él, y así lo establece nuestro Código Civil en su Artículo 452.

"La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima".

Pero así como existe la obligatoriedad de desempeñar la tutela, existen también personas que pueden eximirse de desempeñarlo, tal como lo establece el Artículo 511 del Código Civil.

Artículo 511.- Pueden excusarse de ser tutores:

- I. Los empleados y funcionarios públicos;
- II. Los militares en servicio activo;
- III. Los que tengan bajo su patria potestad tres ó más descendientes;
- IV. Los que fueren tan pobres, que no pueden atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- V. Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no pueden 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 está en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Las personas designadas tutores en los testamentos pueden desempeñar el cargo no obstante la prohibición que señala el Artículo 503, en su Fracción VIII, que dice:

"Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del Juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento".

No existiendo alguna causa legítima de las que acabamos de mencionar, la persona nombrada como tutor, tendrá la obligación de desempeñar la tutela, y si se rehusare será responsable de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado, y así lo establece nuestro ordenamiento civil en su Artículo 453.

"El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado".

2.- SANCIÓN ESTABLECIDA EN LOS ARTÍCULOS 1331 Y 1332 EN CONCORDANCIA CON LOS ARTÍCULOS 516 Y 517 AL TUTOR QUE RECHACE EL CARGO O SEA REMOVIDO DE ÉL.

Como vimos en el punto anterior, el tutor tiene la obligación de desempeñar la tutela puesto que si rechaza sin justa causa será responsable de los daños y perjuicios que resulten al incapacitado; pues bien, esta situación se repi-

te de igual manera en los testamentos para el caso de heredar al testador.

Con respecto a la renuncia o a la remoción por parte del tutor cuando haya sido nombrado por testamento y se rehusare a desempeñar la tutela sin existir justa causa, o bien, que haya sido separado de su ejercicio judicialmente por su mala conducta estará incapacitado para heredar, salvo el caso en que su excusa haya sido desechada por el Juez y haya servido el cargo, tal como lo ordenan los Artículos 1331 y 1332.

"Por renuncia o remoción de un cargo, son incapaces de heredar por testamento, los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas hayan rehusado, sin justa causa, el cargo, o por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio."

"Lo dispuesto en la primera parte del Artículo anterior, no comprende a los que, desechada por el Juez la excusa, hayan servido el cargo."

"El tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado

el testador por este concepto".

"El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo incapacitado. En igual pena incurrir la persona a quién corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada no se presenta al Juez manifestando su parentesco con el incapáz".

3.- OBLIGACIÓN DE OTORGAR GARANTÍA, EXCEPCION QUE CONTEMPLAN LOS ARTÍCULOS 520 FRACCIÓN I Y 521.

El tutor deberá, manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que siguen a la notificación de su nombramiento y debe prestar las garantías exigidas por la ley para que se discierna el cargo, y así lo establecen los Artículos 513 del Código Civil y 906 del Código de Procedimientos Civiles que a la letra dicen:

"ARTÍCULO 513.- El tutor debe proponer sus impedimentos o excusas dentro del término fijado por el Código de Procedimientos Civiles, y cuando transcurra el término sin -

ejercitar el derecho, se entiende renunciada la excusa".

"ARTICULO 906.- Todo tutor, cualquiera que sea su clase, debe aceptar previamente y prestar las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna el cargo, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente.

El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En igual término debe proponer sus impedimentos o excusas, disfrutando un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del Juez competente.

Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento o la causa legal de excusa.

La aceptación o el lapso de los términos, en su caso, importan renuncia de la excusa".

El Artículo 519 nos señala la caución que prestará el tutor para asegurar el manejo de la tutela y consistirá -

en:

I. Hipoteca o prenda.

II. En fianza.

La garantía prendaria que presta el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; o a falta de ella se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad,

Están exceptuados de la obligación de dar garantía; los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación al testador, el tutor que no administre bienes y en el caso de la tutela legítima, los padres y los abuelos del incapacitado, salvo el caso de que el Juez, con audiencia del curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente, (Artículo 520 y 523).

Respecto a los tutores testamentarios, sólo estarán obligados a dar garantía cuando con posterioridad a su nombramiento haya sobrevenido causa ignorada por el testador que a juicio del Juez y previa audiencia del curador, haga necesaria aquélla. (Artículo 521).

De conformidad con los Artículos 526, 527 y 528, - el tutor no podrá dar fianza para caucionar el manejo de la tutela cuando no tenga bienes en que constituir hipoteca o prenda, y para el caso de que otorgue hipoteca o prenda y en su caso fianza; éstas se darán de la siguiente manera:

I. Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los créditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo:

II. Por el valor de los bienes muebles:

III. Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, o elección del Juez:

IV. En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y además efectos muebles calculados por los libros si están llevados en debida forma ó a juicio de peritos.

Si los bienes del tutor no alcanzan a cubrir las anteriores cantidades, la garantía podrá consistir, parte -

en hipoteca o prenda parte en fianza, o solamente en fianza a juicio del Juez y previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas.

Cuando el tutor no otorgue la garantía en los tres meses contados a partir de la aceptación de su nombramiento, se nombrará un nuevo tutor, entre tanto un tutor interino recibirá los bienes por inventario y su gestión se reducirá solamente a la conservación de los bienes y perjuicios de los productos; para cualquier otro acto de administración requerirá la autorización judicial, la que se concederá si procede; oyendo al curador.

Al presentar el tutor su cuenta anual, el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público y el Juez, éste de oficio deberá promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores dados por aquél, también estarán obligados tanto el curador como el Consejo Local de Tutelas a vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor o de los bienes entregados en prendas, dando aviso al Juez de los deterioros y menoscabo que en ellos hubiere, para que si es notable la disminución del precio, se exija al tutor que asegure con otros bienes los intereses que administra.

4.- OBLIGACION DE HACER INVENTARIO (Artículo 537 Fracción III y 548).

El primer acto de administración que debe realizar todo tutor a quién se le ha discernido el cargo es hacer un inventario del patrimonio que va a administrar.

Puede decirse que inventario es el acto principal de administración, pues mediante él se determina cual es el patrimonio del incapáz, cuales son los bienes que lo integran, cual el activo y cual el pasivo, etc. (72)

De acuerdo al Artículo 537 fracción III, el tutor está obligado a formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituye 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 diez y seis años de edad.

La misma fracción III del artículo anterior en su segundo párrafo nos señala que el término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses.

(72) Arturo Valencia Zea, Ob. Cit. Pág. 517.

Ningún tutor está exento de hacer el inventario que establece el artículo anterior, puesto que esta obligación no puede ser dispensada como lo establece el Artículo 548 ni aún por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario, es decir, que ni el testador que nombre tutor en su testamento puede liberarlo de esta obligación y si lo hiciera esa disposición no será válida.

Mientras se forma el inventario, la tutela sólo se limitará a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado y una vez formado el inventario el tutor estará obligado a inscribir en dicho inventario el crédito que tenga contra el incapacitado; si no lo hace, perderá el derecho para cobrarlo.

Cuando el incapáz adquiriera bienes después de la formación del inventario, éstos se incluirán inmediatamente en él y una vez hecho el inventario no se admitirá al tutor rendir prueba contra de él en perjuicio del incapacitado, ni antes ni después de la mayor edad de éste, ya sea que litigue en nombre propio o con la representación del incapacitado solamente se exceptuará esto en los casos en que el error del inventario sea evidente o cuando se trate de un derecho claramente establecido.

Ahora bien si se omitió listar algunos bienes al formarse el inventario el menor mismo antes o después de la mayor edad y el curador o cualquier pariente, podrán ocurrir al Juez, pidiendo que los bienes que se hayan omitido se listen, y el Juez, oyendo el parecer del tutor, determinará conforme a derecho.

5.- OBLIGACION DE RENDIR CUENTA (Artículos 590 y 600).

El titular tiene la obligación de rendir cuenta de su gestión, cuando administra bienes del incapacitado.

Rendir cuenta significa, como expresa Ruggiero -- (73), dar razón, con documentos, con estado de ingresos y salidas del movimiento de capitales rentas y valores, debitos y créditos que se producen en el patrimonio del administrado de modo que se puede acreditar el resultado de la gestión tutelar y si ésta se cierra con saldo a favor o en contra del tutor; la cuenta da razón justificada de los actos de administración y de disposición, de los negocios jurídicos celebrados por el administrador y de los litigios sostenidos y las operaciones hechas, etc., de modo que sea posible al due

(73) Citado por Ignacio Galindo Garfias, Ob. Cit. Pág. 707

ño o al nuevo administrador, fiscalizar la actualización tutelar y ejercer contra el tutor las acciones que correspondan cuando haya responsabilidad de éste; y viceversa, hacer posible al tutor el ejercicio de las oportunas acciones contra el administrado, por anticipos o desembolsos hechos por aquél, en interés de éste; con las limitaciones, sin embargo, de que en lo referente a los gastos y demás desembolsos no basta justificarlos, sino que precisa además probar que han sido útiles al pupilo.

Nuestro Código en su Artículo 590 ordena que: " El tutor está obligado a rendir al Juez cuenta detallada de su administración en el mes de Enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta en los tres meses siguientes al de Enero, motivará la remoción del tutor".

Esta obligación de rendir cuenta no puede ser dispensada al tutor, pues el Artículo 600 de nuestro Ordenamiento Civil establece que la obligación de dar cuenta no puede ser dispensada en contrato o última voluntad, ni aún por el mismo menor, y si esa dispensa se pusiere como condición, cualquier acto se tendrá por no puesta, es decir; el tutor que omitiera o se negara a rendir cuenta de su administra---

ción será responsable de los daños y perjuicios que por su omisión o negativa resulten al incapacitado.

El tutor tiene además la obligación de rendir cuentas extraordinarias, cuando por causas graves que calificará el Juez, las exija el curador, el Consejo de Tutelas o el mismo menor que haya cumplido dieciséis años de edad, y también la Ley lo obliga a él o a sus herederos cuando es reemplazado, a rendir una cuota general de la tutela, a quién lo reemplaza dentro del término de tres meses contados desde el día en que fenezca la tutela, la que podrá prorrogarse por el Juez por tres meses más.

Las cuentas de administración deberán comprender no solo las cantidades en numerario que hubiere recibido el tutor por producto de los bienes y la aplicación que los haya dado, sino en general, todas las operaciones que se hubieren practicado, e irán acompañadas de los documentos justificados y de un balance del estado de los bienes.

La garantía dada por el tutor no se concederá sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas y la obligación de rendirlas pasa a sus herederos.

Hasta pasado un mes de la rendición de cuentas, es nulo todo convenio entre el tutor y el pupilo.

Los gastos hechos debida y legalmente aunque de ellos no haya resultado utilidad al menor, y los daños que haya sufrido por el desempeño de la tutela, si ésto ha sido sin culpa o negligencia del tutor, se abonarán a éste, siempre que excedan de la mitad de la renta anual de los bienes del incapacitado, a menos que hayan sido autorizados por el Juez Pupilar, con audiencia del curador,

6.- DE LA ENTREGA DE LOS BIENES.

Nuestro Código Civil en su Artículo 607 obliga al tutor una vez concluída la tutela, a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada,

Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas y la entrega deberá ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la tutela; pero cuando los bienes sean muy cuantiosos o estuvieren ubicados en diversos lugares, el Juez podrá fijar un término prudente pa

ra su conclusión.

Cuando un tutor entre al cargo sucediendo a otro, - estará obligado a exigir la entrega de bienes y cuentas al - que le ha precedido, y si no la exige, será responsable de - todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieron al incapacitado. La entrega de los bienes y las cuentas de la tutela se efectuarán a expensas del incapacitado y si no hubiere fondos disponibles, el Juez podrá autorizar al tutor a fin de que se proporcione lo necesario para la entrega de los bienes y éste adelantará los relativos a la cuenta de la tutela, los cuales le serán reembolsados con los primeros -- fondos de que se pueda disponer pero cuando intervenga dolo o culpa de parte del tutor, serán de su cuenta todos los gastos.

Cuando resulte saldo en pro o en contra del tutor, producirá interés legal. En el primer caso correrá desde -- que previa entrega de los bienes se haga el requerimiento legal para el pago; y en el segundo, desde la rendición de -- cuentas, si hubieren sido dadas dentro del término designado por la ley; y si no, desde que expire el mismo término, además las garantías dadas para la administración, quedarán vivas hasta que se verifique el pago, a menos que se haya pac-

tado expresamente lo contrario en el arreglo, cuando en la cuenta resulte alcance en su contra.

Si la caución fuere de fianza, el convenio que conceda nuevos plazos al tutor, se hará saber al fiador; y si no se lo hacen saber, éste no permanecerá obligado, pero si éste consiente, permanecerá obligado hasta la solución; si no consiste, no habrá espera y se podrá exigir el pago inmediato a la subrogación del fiador por otro igualmente idóneo que acepte el convenio.

El incapáz tendrá un lapso de cuatro años, para ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, contados desde el día que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de tutela, o desde que haya casado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley.

Finalmente si la tutela hubiere fenecido durante la minoría, el menor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás -

incapacitados, los términos se computarán desde que cese la incapacidad.

7.- DEL CURADOR TESTAMENTARIO.

Al lado de la institución de la tutela existe otra que tiende a hacer más eficaz la protección de los incapacitados. El estado no ha considerado que estén suficientemente garantizados, con la sola institución de la tutela, la persona y los bienes de los incapaces; no contando con el afecto de los tutores para con sus pupilos, por ser aquéllos, en la mayoría de los casos, personas enteramente extrañas a la familia, ha tenido temor que el tutor nombrado no tenga el celo suficiente para cumplir los difíciles y delicados cuidados que impone la tutela y para asegurar este cumplimiento, ha creído conveniente que al lado del tutor exista otra persona que vigile los contactos de este y cuide de que los deberes que la ley le impone; Esta persona es el curador. (74) El curador viene a ser pues, un fiscal de la tutela, y como tal, tiene el más estricto deber de dar parte al Juez de todos los actos que le parezcan desventajosos o perjudi-

(74) Couto Ricardo, Derecho Civil Mexicano, Tomo III de las personas México La Vasconia, Pág. 173

ciales para los intereses del incapáz, a fin de que se prevea a su remedio.

La curaduría como institución inherente a la tutela, debe existir en todos los casos en que ésta exista, ya sea que se trate de tutela testamentaria, legítima, dativa o tutela interina y así lo establece nuestro ordenamiento civil en sus artículos 618 y 619 que establece que:

"Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, excepto a los expósitos y los menores de edad no sujetos a patria potestad que se les nombra tutor dativo que cuida de su persona y de que reciba la educación correspondiente, y en todo caso en que se nombre al menor un tutor interino, se le nombrará curador con el mismo carácter, o si no lo tuviese definitivo o si teniéndolo se halla impedido."

Ahora bien nuestra legislación no señala expresamente un concepto o definición de curador testamentario pero como ha quedado señalado por el Artículo 618 respecto a que necesariamente debe de haber un curador para todas las clases de tutela, y de una interpretación del Artículo 623 que establece que los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tie

nen también de nombrar curador, se desprende la existencia del curador testamentario; por lo tanto, haciendo una integración con todos los casos de tutela testamentaria que contempla nuestro Código Civil, se conceptuaría al curador testamentario de la siguiente manera:

"El curador testamentario será aquél que es designado por el ascendiente sobreviviente de los dos que en cada grado deba ejercer la patria potestad, en su testamento o -- bien aquélla designación hecha por la persona que deja bienes por herencia o legado, a un incapáz que no está sujeto a su patria potestad, ni a la de otra persona, pero solamente para vigilar al tutor designado para la administración de esos bienes; o por el adoptante, o por el padre o la madre -- cuando el cónyuge sea incapáz".

Una vez aceptado el cargo el curador tendrá las -- obligaciones que específicamente le señala la ley, y al respecto el Artículo 626 dispone que el curador estará obligado:

I, A defender los derechos del incapacitado en -- juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso que estén en oposición con los del tutor;

II. A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del Juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado;

III. A dar aviso al Juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonase la tutela;

IV. A cumplir las demás obligaciones que la Ley señale.

Si el curador no cumpliera con estas obligaciones, será responsable de los daños y perjuicios que resultaren al incapacitado.

Cesará la curaduría cuando el incapacitado salga de la tutela; pero si solamente variaren las personas de los tutores, es decir, que haya cambio de tutores, el curador continuará ejerciendo la curaduría.

Puede ser relevado el curador después de diez años, desde que se hizo cargo de la curaduría.

El curador tendrá derecho a recibir retribuciones

y al respecto el Artículo 630 ordena que, en los casos en -- que conforme a éste Código tengan que intervenir el curador, cobrará el honorario que señala el arancel a los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución. Pero si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo se le pagarán.

No obstante los buenos propósitos del Legislador - en la práctica la curaduría no ha rendido los frutos perseguidos y muchas personas han opinado que debiera suprimirse.

8.- TUTOR TESTAMENTARIO DEL AUSENTE.

El Artículo 651 de nuestro Código Civil, ordena -- que si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor; como podemos observar este precepto solamente se refiere a los casos en que el ausente no haya nombrado tutor, pero si había designado tutor testamentario a sus hijos menores asumirá éste la tutela en los términos del Artículo 470.

9.- EXTINCIÓN DE LA TUTELA.

La cesación de la tutela puede entenderse de dos modos, por desaparecer el supuesto de hecho de la misma o sea que no haya ya un incapáz y no sea necesario ni posible ejercer un poder tutelar, o porque sin cesar la incapacidad se extingue, para ser substituida por la patria potestad, en el caso de que aparezca persona que deba ejercerla.

Las causas de cesación de la tutela de la primera especie afectan a la condición personal del incapáz y son la muerte y la desaparición de su incapacidad. (Artículo 606 -- fracción I del Código Civil), y los de la segunda se refieren a la extinción de las funciones del tutor, porque el incapacitado caiga en la patria potestad por reconocimiento o por adopción, (Artículo 606 fracción II del Código Civil). -
(75)

(75) Galindo Garfias, Ob. Cit. Pág. 708 y 709.

C O N C L U S I O N E S .

1. Por tutela entendemos la autoridad conferida a personas jurídicamente capaces para la guarda, protección, representación y asistencia de los menores de edad o incapacitados que no estando sujetos a la patria potestad son incapaces para gobernarse por sí mismos.

2. El testamento es 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.

3. La tutela testamentaria tuvo su origen en el antiguo Derecho Romano y nuestro Derecho lo contempló desde el Código Civil de 1870, pasando por el de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares de 1917, hasta nuestro Código actual.

4. De acuerdo a lo establecido en el capítulo II del Título OX del Libro Primero del Código Civil, solo en cuatro casos puede designarse tutor testamentario a un incapaz.

5. La facultad de designar tutor testamentario

es privativa de las "personas que señalan los artículos 470,- 473, 475 y 481 del Código Civil. El artículo 476 dispone - que en ningún otro caso habrá lugar a la tutela testamentaria.

6. El ascendiente que sobreviva aunque sea menor, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, puede designar tutor testamentario a los menores sobre quienes ejerza esta potestad, (Art. 470)

7. Por la referencia que el artículo 470 hace - al 414, puede deducirse que la designación de tutor testamentario solo sería procedente cuando se trata de "hijos de matrimonio".

No vemos la razón para que se haya omitido a los - hijos nacidos fuera de matrimonio, pues el progenitor que lo ha reconocido, o si lo han hecho ambos y uno solo vive, tendrá especial interés en que su hijo quede bajo la tutela de una persona a su entera confianza. Por lo demás el artículo 481 contempla una situación muy semejante al referirse al adoptante a quien le permite designar tutor testamentario.

Esta omisión u olvido debe ser enmendada mediante una reforma legal adoptándose una situación semejante a la que contempla el artículo 481 con respecto al adoptante.

8. En los casos de ausencia, podrá ejercer la patria potestad sobre los hijos del ausente, el tutor testamentario que aquél hubiere designado, quien asumirá esta tutela en los términos que señala el artículo 470. (Art. 651)

9. La persona que en su testamento dejare una herencia o legado a un incapacitado que no se encuentre sujeto a patria potestad, podrá designarle tutor testamentario para que administre los bienes que le asigne. (Art. 473)

10. Si los menores a que se refiere la anterior conclusión fueren varios, podrá designarles un tutor común o uno para cada uno de ellos. (Art. 474)

11. También podrá designar tutor testamentario el padre que desempeñe la tutela legítima del hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, en los términos que señala el artículo 489. En su caso, la madre tendrá igual facultad. (Art. 475)

12. El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho a nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo. (Art. 481)

13. Si se designan varios tutores ejercerá el cargo el primer nombrado a quien substituirá los demás por el orden de su nombramiento en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción, salvo que el testador hubiere señalado el orden. (Arts. 477 y 478)

14. En el ejercicio de la tutela deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las Leyes, pero el juez puede modificarlas si las considera dañosas para los menores oyendo previamente al tutor y al curador, (Art. 479)

15. Si faltare temporalmente el tutor por cualquier razón, se designará por el juez un tutor interino al menor. (Art. 480)

16. Los artículos 474, 479 y 480 se refieren específicamente a los "menores"; pero al parecer también estas

normas podrían aplicarse a los demás "incapacitados". Como la solución es dudosa, debería aclararse este aspecto mediante una reforma legal.

17. De conformidad con lo establecido en el artículo 618 en los cuatro casos en que puede designarse tutor testamentario, debe igualmente nombrarse un curador y al parecer éste, también podría ser designado por el testador. Nos parece que ese es el alcance que debe darse al artículo 623 que dice: "Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador".

18. La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima,

19. El tutor, antes de que se le diciera el cargo, prestará caución para asegurar su manejo y tendrá las obligaciones de hacer inventario, de rendir cuentas y de entregar los bienes,

20. La tutela se extingue por la muerte del pupilo, porque desaparezca su incapacidad y cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

B I B L I O G R A F I A

- 1.- Arias José, "Derecho de Familia", segunda edición, Editorial Guillermo Kraft, Buenos Aires 1965.
- 2.- Batiza Rodolfo, "Las Fuentes del Código Civil de 1928" Editorial Porrúa, S. A., México 1980.
- 3.- Bravo González Agustín-Sara Bialostosky, "Compendio de Derecho Romano", Editorial Pax-México 1979.
- 4.- Burga Ignacio, "El Juicio de Amparo", Editorial Porrúa, S. A. México 1980.
- 5.- Camus E.F. "Código Civil Explicado", Cultural, S.A. La Habana 1944.
- 6.- Castro Zavaleta S. "65 años jurisprudencia Mexicana 1917 1981" apéndice 10, 1982, primera edición, Perse México 1983.
- 7.- Cicu Antonio, "El Derecho de Familia", Ediar, S. A. Editores Buenos Aires 1965.
- 8.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Editorial Porrúa, S. A., México 1982, vigésimo octava edición.
- 9.- Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal, Colección Nuestras Leyes No. 3, Libro Méx. Editores, México 1981.
- 10.- Couto Ricardo, "Derecho Civil Mexicano", Tomo III, de las personas, México, La Vasconia 1950.
- 11.- Cruz Ponce Lisandro, apuntes de clase.
- 12.- De uen Demófilo, "Derecho Civil Español Común", Editorial, Reus Madrid 1922.
- 13.- De Ibarrola Antonio, "Derecho de Familia", segunda edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1981.
- 14.- De pina Rafael, "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Introducción, personas, familia, Editorial Porrúa, S. A. México 1980.
- 15.- De pina Vara Rafael, "Diccionario de Derecho, novena Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1980.
- 16.- Diccionario Durván de la Lengua Española, Durván, S. A. de Ediciones Bilbao 1975.
- 17.- Diccionario Enciclopédico Básico, Editorial Alfredo

Ortelis Valencia España, 1979

18. Enciclopedia Jurídica Umeba, Tomo XXVI, Editorial Bibliográfica Umeba, Buenos Aires 1978.
19. Escobar de la Piba Eloy, "La Tutela, Revista de Derecho Privado" Ediciones Pegazo, Madrid 1970.
- 20.- Escriche Joaquín, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", París Francia 1978.
- 21.- Fuego Laneri Fernando, "Derecho Civil", Tomo VI, "Derecho de Familia", Vol. III, Santiago de Chile 1959.
22. Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil Primer Curso" Parte General. Personas, Familia, Editorial Porrúa, - S. A., México 1976.
- 23.- González Manuel, "Teoría de la Tutela y Formulario de su Práctica", Editado en Talleres Editorial Lucha, España 1976.
- 24.- Gutiérrez y González Ernesto, "El Patrimonio Pecuniario y Moral o "Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio", Editorial Cajica, S. A., Puebla Pue. --- 1980.
- 25.- Peña Guzmán Luis Alberto y Rodolfo Arguello, "Derecho Romano", segunda edición, tipográfica Editora, Argentina Buenos Aires 1966.
- 26.- Petit Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano" - Editorial Nacional, México, D. F. 1963.
27. Rodríguez Arias Bustamante Lino, "La Tutela", Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1968.
- 28.- Rojina Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo IV, Sucesiones, Editorial Porrúa, S. A., México -- 1976.
29. Rotondi Mario, "Instituciones de Derecho Privado", Vol I Editorial Labor 1959.
30. Valencia Zea Arturo, "Derecho Civil", Tomo IV, Derecho de Familia, Editorial Temis. Bogotá 1962.
- 31.- Ventura Silva Sabino, "Derecho Romano", curso de Derecho Privado, Editorial Porrúa, S. A. México 1980.