



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

La Tutela Legítima

T E S I S
QUE PARA OPTAR AL TÍTULO DE :
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
Ma. de Jesús Gutiérrez Bastida

MEXICO D. F.

1984

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.

INDICE

	PAG.
CAPITULO PRIMERO	
I.- DE LA TUTELA	1
1.- Concepto	
2.- Su origen	7
3.- La Tutela en el Código de Oaxaca de 1827-28	9
a) Código de 1870	13
b) Código de 1884	15
4.- Ley Sobre Relaciones Familiares	16
CAPITULO SEGUNDO	
II.- LA TUTELA EN LA LEGISLACION CIVIL DEL DISTRITO	
1.- Tutela testamentaria	19
2.- Tutela legítima	20
3.- Tutela dativa	21
4.- De la tutela legítima casos en que procede	21
5.- Parentesco	22
a) Parientes a que se refiere el legisla- lador en la tutela legítima	23
b) Alimentos	23
c) Intervención de los parientes en la -- tutela	25
d) Parientes más próximos	26
e) Extinción legal del parentesco.	27
f) Parentesco por afinidad	28
g) Parentesco civil	31
6.- Matrimonio	34
7.- Concubinato	35
8.- Extraños	35

CAPITULO TERCERO

III.- DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES	36
1.- Representación legal	38
2.- Patria Potestad	38
a) Abuelos	39
b) Falta de ascendientes	41
3.- Casos en que procede	42
a) Tutela legítima cuando no hay quien ejerza la Patria Potestad ni tutor testamentario.	42
b) Nombramiento de tutor por causa de divorcio.	42
c) Tutela legítima, de los hijos de los divorcia <u>dos</u> .	44
4.- Personas que deben desempeñar la tutela.	45
a) Parentesco colateral ó transversal	46
b) Forma de computar el parentesco	46
c) Hermanos de padre y madre y medios hermanos o de doble conjunción y de simple conjunción.	48
d) Nombramiento de tutor legítimo que recae en los hermanos.	49
e) Colaterales.	50
5.- Elección de tutor cuando hay varios dentro del mismo grado de parentesco.	52
a) Mayor de diesciséis años.	53
b) Tutor interino	54
c) Tutela de los menores idiotas, imbéciles, etc.	54
d) El incapacitado solo puede tener un tutor.	56
e) Puede el tutor desempeñar varias tutelas.	57

CAPITULO CUARTO

IV.- DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS DEMENTES, IDIOTAS, IMBECILES, SORDO MUDOS, EBRIOS Y DE LOS QUE HABITUALMENTE ABUSAN DE LAS DROGAS ENERVANTES.	58
1.- Interdicción	60
2.- Trámites procesales destinados a declarar interdicto al presunto incapaz.	60
3.- Tutela legítima del cónyuge.	63
4.- Duración de esta tutela	65
5.- Límitaciones que los arts. 581 y 582 imponen a esta tutela.	66
6.- Administración extraordinaria de la sociedad conyugal.	70
7.- El cónyuge no esta obligado a dar garantías	71
8.- Tutela legítima de los progenitores incapacitados.	72
9.- ¿Puede un menor emancipado, desempeñar la tutela de sus progenitores incapacitados?	73
10.- Padre o madre viudos.	79
11.- Casos en que existen varios hijos	80
12.- Tutela de los padres respecto de los hijos solteros o viudos.	81
a) Cual de los progenitores ejercerá la tutela si viven ambos.	81
b) Otros parientes llamados a ejercer la tutela legítima.	83
c) Caso en que no haya otros familiares.	84
13.- Incapacitado que tiene hijos menores, bajo Patria Potestad.	84
14.- Curador.	85

CAPITULO QUINTO

V.- DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES ABANDONADOS Y DE LOS- ACOGIDOS POR ALGUNA PERSONA O DEPOSITADOS EN ESTABLECIMIEN <u>TOS</u> TOS DE BENEFICENCIA.	89
1.- Concepto de expósito	89
2.- Otros significados	93
a) Código Penal	94
b) Ley de nacionalidad y naturalización.	95
3.- Tutela de los expósitos	96
4.- Curador	97
5.- Tutela de los directores de inclusas, hospicios y de- más casas de beneficencia donde reciban expósitos.	98
6.- Garantías.	99
7.- Modificaciones que proponemos	99
8.- Inscripción de la tutela.	100
CONCLUSIONES	102
BIBLIOGRAFIA	109

CAPITULO PRIMERO

DE LA TUTELA

1.- CONCEPTO

El Código Civil no define a la tutela pero señala sus características esenciales en el artículo 449 cuando expresa:

"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 incapaz en los casos especiales que señale la ley.

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

Son numerosos los sistemas creados por la legislación universal para proteger a quienes carecen de la facultad de actuar por si mismos (1).

-
- (1) Según Orúe, estas instituciones de guardería jurídica tienen un opuesto carácter en su organización por lo que se pueden señalar tres sistemas diferentes de la legislación comparada:
- 1º La tutela familiar.- En ella intervienen el tutor y el protutor, completados por el consejo de familia; órganos todos elegidos entre familiares del pupilo. Este sistema es el aceptado por España, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Portugal y Rumanía. Se han añadido nuevas modalidades de protección a los menores como la "afiliación" en Italia y el sistema de curadores especial de los huérfanos en Portugal.

En la tutela podemos encontrar tres areas bien definidas:

- a) La guarda personal del incapacitado o sea la custodia o tuición como se le denomina en otras legislaciones.
- b) La administración de sus bienes.
- c) La representación legal del incapacitado.

Para la mayoría de los autores la tutela es una Institución Jurídica de carácter familiar, sin embargo Diez Picazo afirma que la tutela no supone por si misma un lazo familiar -- pues entre el tutor y el pupilo puede no existir grado alguno de parentesco y la denomina Institución Cuasi-familiar siguen

2^a Tutela de autoridad.- Confiada a autoridades judiciales o administrativas, organizándose judicialmente y correspondiendo su finalización a los Tribunales Tutelares. Este sistema es el aceptado por Alemania, Brasil, Estados Unidos, Holanda, Inglaterra, etc.

3^o Tutela mixta.- De organización familiar y judicial -- entre ella está: Argentina, Chile, Costa Rica, Hungría, -- Mejico, Nicaragua, etc., Orúe citado por Belmont y Mora-José, Poyatos Ruiperez, Pedro José, Monterde Ferrer, -- Francisco, "Anuario de la Escuela Judicial" Tomo XI, Madrid, 1974, Pág. 254.

do a Castán (2).

Autores como Rafael de Pina y el Dr. Niceto Alcalá Zamora sostienen que la tutela es una Institución Jurídica supletoria de la patria potestad. Agregan que por tradición o cos-

-
- (2) Un problema conexo con el anterior, aunque de gran interés técnico, consiste en determinar si la tutela es o no una institución familiar.

Entre nosotros es tradicional atribuirle este carácter y estudiarla dentro del Derecho de familia, como última parte del mismo. Sin embargo, se ha observado justamente -- que la tutela no supone por sí misma un lazo o vínculo de carácter familiar. Puede ocurrir que entre el pupilo y los componentes del organismo familiar preexista una relación de parentesco. Pero preexista o no, la tutela no implica lazo familiar. Un indicio para pensar en un especial parentesco podría proporcionarlo el número 3o. del artículo 45 del Código Civil, en cuanto establece un impedimento para contraer matrimonio. Pero aun así conviene tener en cuenta: que el impedimento matrimonial se establece con una sola de las personas del organismo tutelar, el tutor, y que no tiene carácter absoluto, sino temporal, hasta la aprobación de cuentas. Además el padre puede autorizar el matrimonio, cosa que no cabría si el impedimento estuviera fundado en un lazo de parentesco.

Por ello hoy se propende a considerar a la tutela como -- una "institución cuasi-familiar" (Castán) o como una "institución pupilar" (Cavacnari). Acentuando todavía más esta dirección, se ha pretendido que la tutela es en rigor una institución extraña al Derecho de Familia.

Debe estudiarse en el Derecho de la persona. El Derecho de la persona, al estudiar el estado y condición de ésta se dice, debe analizar también los sistemas de protección de la persona incapaz o defectuosamente capaz. Del mismo modo que la defensa o la representación de un ausente, -- aunque encomendada a los parientes e inspirada en razones familiares, no es tema de Derecho de familia, sino de Derecho de la persona, lo mismo ocurre con la tutela.

Díez Picazo, Luis. "Notas sobre la institución tutelar". - Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año XLIX, nov. - dic. 1973. No. 499 Madrid, España, Pág. 1372 y 1373.

tumbre se le ha limitado al campo del Derecho Civil, pero que el fenómeno tutelar comprende también otros ordenes jurídicos diferentes a la simple idea del Derecho Privado (3).

El hecho tutelar agregan no debe ubicarse únicamente en un rincón del Derecho Familiar porque existen Instituciones que tienen conexiones y semejanzas con sus fines. Este es el motivo por el cual la mayoría de los autores no han podido definir la tutela y se han limitado a darle diferentes calificativos. Planiol por ejemplo dice: "Es una función jurídica confiada a una persona capaz, y consiste en cuidar a la persona de un incapaz y administrar sus bienes", Estolfi dice que es "Instituto ordenado por la Ley para la protección de aquellos que, sea por la edad, sea por condiciones de mente, son incapaces de proveer a la propia persona y a los propios intereses patrimoniales. (4)

(3) Dice Don Niceto Alcala Zamora y Torres (en su magnifico ensayo Area de la tutela, publicado en la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia" México, T. IX, enero - marzo de 1974, núm. 33 p. 41), "Aunque "tradiciones, - - creencias ingenuas, enseñanzas clásicas y principios - - irresistibles no habitúan a confinar la idea de tutela - en el campo del Derecho Civil", este fenómeno se revela en órdenes jurídico sociales muy distintos y distantes - de aquél en que lo juzguemos encerrado, sin que sea aje no a otras ramas del Derecho.

(4) Belmont y Mora, José de "Anuario de la Escuela Judicial", Opus. Cit., Pág. 251.

Otros calificativos novedosos que encontramos son: -
 "organismo", "carga pública", "cuidado" etc.

Dentro del Campo del Derecho hay personas que carecen de capacidad y que no pueden valerse por sí mismos ya sea por su edad o por algún padecimiento de orden intelectual. La institución jurídica de la tutela establecida en la legislación universal, desde tiempos remotos permite llenar estos vacíos y el sujeto inhabilitado puede a través de la tutela destacar su presencia en la vida del Derecho.

La tutela es pues el medio adecuado para dar categoría legal a quienes carecen de ella, la incapacidad que les afectaba desaparece por la intervención de la persona capaz y de confianza que toma el nombre de tutor. (5)

Dentro de la legislación existen diversas clases de tutelas: la testamentaria, la legítima y la dativa; cuyas funciones permiten subsanar la incapacidad de quienes quedan sujetos a ella.

(5) I. El fin de la tutela es dotar a quien lo necesite de una protección, amparo o defensa que venga a cubrir aquella laguna que la extinción de la relación paterno-filial dejó en el huérfano o incapaz, y por ello ha de estar inspirada la tutela en una sólida base de amor y ternura Campos Hernández, Manuel, Revista de Derecho Procesal, Año IX, Núm. 4 octubre, noviembre, diciembre 1953, Madrid, España Pág. 561.

El legislador al establecer estas diversas especies de tutela ha debido tomar en cuenta factores de orden familiar, afectivo y de confianza. La tutela testamentaria es una facultad que se otorga a los que ejercen la patria potestad o se encuentran ligados al incapacitado por estrechos lazos de parentesco y recae generalmente en los prógenitores. También encontramos esta especie de tutela cuando alguien queriendo beneficiar al incapacitado le asigna en su testamento bienes ya sea por legado o herencia y siempre que se reúnan los demás requisitos que la ley señala (arts. 470, 473, 475), el artículo 481 del Código Civil del D.F. la hace extensiva a la adopción.

(6)

(6) El estudio de esta institución (la adopción) en nuestro derecho nos faculta para afirmar que nuestro sistema se acerca a los términos amplios en que fue entendida en los tiempos primitivos, ya que nuestras leyes tratan de dar nuevo hogar y nuevas condiciones de vida a los huérfanos, a los abandonados, y a todos aquellos que, por cualquier circunstancia, tengan en su familia condiciones de vida que puedan mejorarse; por eso, en la adopción, además de los deseos del adoptante y la conformidad de los padres, si ha hecho intervenir a los tribunales que deben cuidar al interés de los menores, de donde se deduce que la ley presume interés en los padres adoptivos para mejorar las condiciones de los adoptados y es claro que los adoptantes no tendrían ese interés y el mismo entusiasmo en educar a sus hijos adoptivos y en cuidarlos como hijos propios si tales hijos, a la muerte de ellos, pudieran entrar al seno de una familia inconveniente o desorganizada por lo que, para evitarlo, la ley da el derecho a los padres adoptivos de nombrar tutor testamentario a sus hijos de tal naturaleza (Anales de Jurisprudencia, T. LI, P. 629) Citada por Pina, Rafael de Elementos de Derecho Civil Mexicano", México, 1978, Pág. 387.

La tutela dativa es la que otorga el juez. (7)

2.- SU ORIGEN

En el derecho Romano el Digesto define a la tutela - diciendo "est, ut serviu definit, vie ac potestas in cápite libero ad tuendum eum qui proter aetatem sua esponte se defendere niqúi, iure civile data ac premisa".

Deriva la palabra tutela del verbo latin tuetor cuyo significado equivale a defender o proteger, Poyatos la define como un poder otorgado por el derecho civil a una persona sui uiris para defender al que por razón de su edad no puede hacerlo por si mismo. Agrega que es un poder, una potestad para acabar siendo un deber al servicio del tutelado. (8)

(7) La tutela dativa, se discierne aunque no tengan bienes - los pupilos. En ese caso, tiene por objeto el cuidado y la representación de la persona del menor en actos y contratos; para que el pupilo reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será designado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministro Público, del mismo menor o de oficio -- por el juez 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 sean: la autoridad administrativa, del domicilio del menor; los -- profesores oficiales del lugar donde vive el menor, los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que reciban sueldo del Erario y los directores de establecimientos de beneficencia pública. Galindo Garfias, Ignacio, Primer Curso de Derecho Civil, 6a. edición, México 1983. Pág. 699.

(8) Cuando esta concepción madura en la conciencia social y - se considera intolerable que el "impúber" no tenga tutor, la Lex Atilia, del siglo II a. de C., impone al pretor el nombramiento de tutor (tutor atillanus o dativo). La Lex-

En el primitivo derecho romano quedan sujetos a la tutela los menores y las mujeres. En la legislación de Justiniano se limitó a los primeros.

La tutela no tenía una función protectora de la persona sino más bien de defensa del patrimonio de la familia y estaba por lo tanto muy relacionada con la Sucesión por causa de muerte. (9)

Posteriormente fue adquiriendo caracteres diferentes y en las distintas legislaciones de aquella época como el Derecho Español la tutela va presentando modalidades especiales no existiendo sobre ella un criterio uniforme.

(8) Julia el Titia impone la obligación de hacer otro tanto en las provincias a los respectivos gobernadores. Estas disposiciones marcan ya una nueva orientación en la disciplina de la tutela, la cual pierde su primitivo carácter para asumir decididamente una función protectora; no es ya un derecho o una potestad, sino un deber, en interés del pupilo, y de contenido no exclusivamente patrimonial, de ahí el principio tutor datur personae. Díez Picaño, Luis, Op. Cit., Págs. 1374, 1375.

(9) Las fases de este proceso de unificación pueden ser discutibles, pero la orientación es segura, Originariamente, la tutela no sólo de las mujeres, sino también de los impúberes, está ocasionada por el estado de incapacidad de la persona sometida, pero no tiene como función protegerla. Durante casi toda la época republicana se conocen sólo la tutela testamentaria y la legítima, y ambas, como han puesto de relieve Bonfante y Solazzi, se muestran en estrecha conexión con la herencia: presuponen la muerte del pater familias y se defieren del mismo modo como se defiere la herencia. Esta conexión entre tutela y herencia e interpretada de un modo muy distinto por los romanistas, llegando algunos a identificar heredero y tutor. La potestad sobre los impúberes y las mujeres,-

3.- LA TUTELA EN EL CODIGO DE OAXACA 1827 - 28

Dispone el artículo 232 que el hijo permanece bajo la patria potestad hasta su mayoría de edad o emancipación y agrega el artículo siguiente que solo el padre ejerce esta autoridad paterna durante el matrimonio. Por muerte o ausencia del padre la ejercerá la madre.

Esta última disposición se encuentra en franca contradicción con lo establecido en el párrafo segundo del artículo 248 que dice:

"Después de la muerte natural de uno de los conyuges la tutela de los hijos menores y no emancipados pertenecen de pleno derecho al padre o madre que sobreviva".

El artículo 251 establece:

"Si al tiempo de la muerte del marido, mujer quedase embarazada, le será nombrado un curador al vientre por el consejo de familia".

(9) dice Iglesias, no es más que un aspecto de la potestad general y unitaria del jefe familiar. La "familia communi jure" no se disgregaba por la muerte del jefe, sino que se mantenía unida bajo la potestad del sucesor por él designado. El tutor, es por ello, el heres designado en el testamento, y sólo a falta de tal designación asume la tutela el proximus adgnatus. El heres ejerce la tutela porque sólo él tiene poderes familiares. Díez -- Picazo, Luís, Op. Cit., Pág. 1373.

y agrega el 252:

"Después del nacimiento del hijo, la madre - será tutora, y el curador ai vientre será de derecho el curador".

En los artículos siguientes se vuelve a considerar a la madre tutora. Al reglamentarse las excusas se da la posibilidad de que contraiga nuevas nupcias.

Como podemos comprobarlo el código hace la confusión entre la Patria Potestad a que se refiere el artículo 233 y la tutela o sea que los padres pueden ser al mismo tiempo tutores y ejercer la Patria Potestad.

Esta confusión no nos permite formarnos una idea clara de cual es el sentido que el legislador de Oaxaca quiso darle a la Institución Jurídica de la Patria Potestad y la tutela ya que en todos los códigos la Patria Potestad y la Tutela son incompatibles. (10)

(10) Entre la patria postestad y la tutela existen semejanzas y diferencias que la doctrina señala. Existen entre estas instituciones verdaderas semejanzas -dice Clemente - de Diego-, porque ambas tienen el mismo fin, la protección de la persona e intereses del incapacitado; pero -- tienen diferencias, porque la patria postedad es la institución principal para el incapaz por edad, emanada de la misma naturaleza y establecida por el derecho natural en tanto que la tutela es la institución secundaria para el incapacitado por edad (que no está bajo la patria po--

Con respecto a la tutela legítima, o sea la que pueden ejercer los demás parientes cuando los progenitores no pueden hacerlo les correspondería su ejercicio a los parientes en la forma que señalan los artículos 248, 261, 262, 263, 292, 293, 297, 304, 307, 324, y 338. (11)

(10) testad y supliendo a ésta, por tanto) y para todos los incapacitados.

De aquí -escribe el maestro citado- se desprende el verdadero concepto de la tutela. Si la patria potestad es el poder de protección reconocido en los padres respecto a los hijos, la tutela es el poder acordado a algunas personas para la defensa de aquellos que por su edad o por otra causa de incapacidad no pueden proveer a sí mismos y a sus bienes. Es, por consiguiente, la tutela, de acuerdo con la tesis de Clemente de Diego, un poder protectorio no constituido directamente por la naturaleza, sino organizado por la ley para suplir el defecto de capacidad, ora en los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ora en los incapacitados todos en general. Pina, Rafael de, Op. Cit., Pág. 385.

(11) Los artículos citados decían a la letra:

Art. 248.- "El es responsable y debe dar cuenta de dichos bienes, y aun de las rentas de aquellos, sobre los cuales no goza del usufruto.

Después de la muerte natural de uno de los conyuges, la tutela de los hijos menores y no emancipados pertenece de pleno derecho al padre o madre, que sobreviva.

Art. 261.- Cuando no ha sido nombrado tutor para el menor por el padre o la madre que murió después del otro consorte la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno del menor por falta de este al abuelo materno. En defecto de los abuelos, corresponde a los demás ascendientes varones; pero prefiriendo siempre al ascendiente paterno al ascendiente materno del mismo grado.

Art. 262. Si en defecto de los abuelos paterno y materno del menor, se encontraren dos bisabuelos pertenecientes ambos a la línea paterna del menor, la tutela pasara de derecho al visabuelo que sea el abuelo del padre del menor.

Es interesante considerar la existencia del Consejo de Familia que crea este Código en los Arts. 264, 265 y 266 -- los cuales son en definitiva los llamados a decidir sobre to--

(11) Si hubiere la misma concurrencia entre dos visabuelos de la línea materna, por falta de ascendientes paternos, se hará el nombramiento por el consejo de familia; pero necesariamente en uno de los dos visabuelos maternos.

Art. 292.- Los ciudadanos que no tengan parentesco de -- consaguinidad o afinidad con el menor, no podrán ser -- obligados a aceptar la tutela.

Art. 293.- Los parientes consaguineos o afines del menor hasta el cuarto grado inclusive podrán ser obligados a -- aceptar la tutela, a menos que tengan alguna causa le-- gal que los dispense de ella.

Art. 297.- El hombre casado aunque no tenga hijos y el -- viudo que tenga algún hijo legítimo no podrán ser obliga -- dos a aceptar la segunda tutela a excepción de la de sus -- hijos.

Art. 304. - Los parientes que esten vecindados en un lu -- gar que diste más de cinco leguas del domicilio del me-- nor, no podrán ser obligados a admitir la tutela.

Art. 307.- No podrán ser tutores ni miembros de los con -- sejos de familia:

Primero: Los menores a excepción del padre y de la ma -- dre.

Segundo: Los interdictos.

Tercero: Las mugeres a excepción de las ascendientes -- del menor.

Cuarto: Todos los que tengan un pleito, o cuyo padre -- y madre lo tengan contra el menor.

Art. 324.- El tutor, aun cuando lo sea el padre o la ma -- dre, no puede tomar prestado para el menor, ni enagenar, -- ni hipotecar los bienes raíces de la tutela, sin que -- sea autorizado para cualquiera de estos actos, por un -- consejo de familia.

Esta autorización solo será consedida o por una necesi -- dad absoluta, o por una utilidad evidente.

das las materias que actualmente les corresponde a los jueces-
decidir y a todos los demás organismos auxiliares que contem-
plan los diversos códigos civiles de la República.

a).- CODIGO DE 1870.

La tutela legítima se encontraba regulada en el Código -
en el título Noveno, Capítulo VI.- artículos 545 al 554.

El artículo 545 decía:

Hay lugar a la tutela legítima:

- 1.- En los casos de suspensión o pérdida de la patria -
potestad o de impedimento del que debe ejercerla:
- 2).- Cuando no hay tutores testamentarios.

(11) En el primer caso el consejo de familia no dará su licen-
cia, sino después que se le haya hecho ver que el dinero
venta de muebles y producto de las rentas no son sufi --
cientes.

En todo caso el consejo de familia señalará los bienes -
raíces que deban ser vendidos de preferencia y toda las-
condiciones que juzgase útiles para la venta.

Art. 338.- Todo tutor, que no sea el padre o la madre, -
puede ser obligado aun durante su cargo a presentar al -
curador un resumen de las partidas por mayor que mani --
fiesten la situación de la tutela, en las épocas que el-
consejo de familia tenga a bien fijar; pero el tutor no-
podrá ser obligado a presentar mas de un estado cada --
año.

Estos estados serán redactados y remitidos sin gastos en
papel común, y sin alguna formalidad judicial.

3.- Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.

Esta disposición es muy semejante a la que contiene la actual legislación del Distrito Federal.

Esta tutela correspondía ejercerla a los hermanos varones, quedaban ~~per~~ por lo tanto excluidas las mujeres. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los tíos, hermanos del padre o de la madre, decía el artículo 546.

En cuanto a la tutela legítima de los dementes, idiotas y sordomudos, las normas que contenía este código, son también similares a las del código actual, con la salvedad ya anotada en cuanto a que la tutela debían ejercerla solo los varones.

Decía al efecto el artículo 550: "Los hijos varones mayores de edad, son tutores de su padre o madre viudos.

Sin embargo con respecto a los cónyuges, la mujer podía ser tutora de su marido. Lo mismo la madre podía ser tutora de su hijo.

Encontramos una novedad en este código relacionada con los pródigos a los cuales se les dejaba sujetos a la tutela legítima. Decía el artículo 554: "El padre es de derecho -

tutor del hijo pródigo el tutor será nombrado por el juez, si-aquel no ejercitó el derecho que le concede el artículo 538".

No se contempló dentro de la tutela legítima a los -
menores abandonados.

b).- CODIGO DE 1884

Este Código se puede decir que casi sigue los mismos-
lineamientos ya establecidos por el Código de 1870, con cier--
tas diferencias como son: en su art. 447 por primera vez se le
otorga la facultad al menor que hubiere cumplido catorce años-
para que él haga la elección del tutor cuando hubiere varios -
parientes del mismo grado.

Por otra parte ya no contempla la tutela legítima --
del pródigo como lo hacia el código anterior.

Establece también en el art. 454:

"El tutor de un incapacitado que tenga hijos
menores en su patria potestad, será también-
tutor de ellos si no hay otro ascendiente a-
quien la ley llama al ejercicio de aquel de-
recho".

En el Art. 455, se incluyó la tutela legítima de los-
hijos abandonados. Dice esta disposición:

"La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya recogido; lo cual tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demas tutores".

4).- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

Se ocupa de brindar protección a personas enfermas - como los ebrios habituales que no pueden cuidar de su persona- y de sus bienes, a quienes puede designarse un tutor para que pueda representarlos en todos sus actos y ocuparse de ellos.

Respecto a la tutela legítima no encontramos ningún - cambio con relación a los lineamientos que el Código Civil de 1884. contemplaba.

Se ha dicho que esta ley tenía un carácter revolucionario porque introdujo la igualdad entre el hombre y la mujer en el matrimonio y dió fin a la potestad marital brindando la oportunidad a la mujer de que también pudiera ejercer la patria potestad sobre sus hijos, pero no estableció en cambio esta igualdad en lo concerniente a la tutela legítima toda vez que la mujer solo podía ejercerla en dos casos como lo establecía el artículo 337:

"El marido es tutor legítimo y forzoso de - su mujer, y ésta lo es de su marido".

y el artículo 340 agregaba:

"El padre, y por su muerte o incapacidad la madre que se conserve viuda, son de derecho tutores de sus hijos legítimos o naturales-reconocidos, solteros o viudos, que no tengan hijos varones que puedan desempeñar la tutela".

Como se observa en esta disposición se limita a la mujer el ejercicio de la tutela, solo podía desempeñarla si conservaba su estado de viudez. Disposiciones similares contemplaban los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

Estas leyes consideraban que las personas aptas para el cargo de tutores eran los varones y no las mujeres a quienes solo en dos casos se les podía confiar el cargo. (12)

(12) Lo absurdo de esta manera de pensar se ha puesto de manifiesto en la actualidad, con la vida moderna, donde las mujeres desarrollan actividades para las que se exige mucha mayor virilidad que para el ejercicio de la tutoría. Pero, además, si, como antes se dice, ha de estar inspirada la tutela en el amor y ternura, ninguna persona más tierna y cariñosa que la mujer para cumplir con este cometido. Por otro lado, si el mismo Código Civil llama, en determinados casos, a las mujeres para el ejercicio de esta función protectora, es evidente que ya dicho cuerpo legal reconoce su aptitud para este cargo, pues por el hecho de ser madre, abuela o hermana no casada, ni desaparece la condición natural de mujer, ni adquiere la virilidad que le obligaba a excluirla in genere. Campos-Hernández, Manuel, Op. Cit., Pág. 561.

Por otra parte la ley era flexible en cuanto autorizaba al menor que cumplía los catorce años hacer la elección de tutor cuando concurrieren los supuestos que establecía el artículo 335 cuyo texto era el siguiente:

"Si hubiere varios hermanos de igual vínculo, o varios tíos de igual grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido ya catorce años, él hará la elección".

Es peligroso dar esta facultad a un menor de catorce años pues a esa edad aún no se cuenta con la experiencia necesaria y podría ocurrir que la elección que hiciera fuera en -- contra de sus intereses o que extraños influyeran en su decisión.

Esta ley en algunos casos resultaba más estricta y en otros más flexible; en cuanto a la edad pues para otorgar la mayoría de edad exigía los veintiún años cumplidos lo que es un reconocimiento formal que antes de esa edad el sujeto no es lo suficiente maduro para gobernarse por si mismo.

Por otra parte necesario es reconocerlo que al entrar en vigor esta ley se borró la anacrónica distinción que existía entre los hijos naturales y los espurios esta ley solo contempló dos clases de hijos: los naturales y los legítimos, -- otorgandoles a los naturales los mismos derechos que a los legítimos.

CAPITULO SEGUNDO

CAPITULO SEGUNDO

II.- DE LA TUTELA EN LA LEGISLACION CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL

El código civil del Distrito Federal considera tres - especies de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa.

1.- TUTELA TESTAMENTARIA

Pueden designar tutor testamentario las personas en - forma taxativa en los artículos 470, 473, 475 y 481.

El artículo 470 otorga esta facultad al ascendiente - que sobreviva de los dos que en cada caso deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414. (13)

El artículo 473 permite que haga esa designación la - persona que en su testamento deje bienes a un incapaz que no - esté bajo su patria potestad ni bajo la de otro. (14)

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

(14) Art. 473: "El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje:

El artículo 475 autoriza al padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual para nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela. En su caso, la madre podrá hacer esa designación. (15)

Por fin el artículo 481 dispone que el adoptante que ejerza la patria potestad, tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo. (16)

En ningún otro caso puede designarse tutor testamentario según lo expresa el artículo 476.

2.- TUTELA LEGITIMA

La tutela legítima corresponde ejercerla a los parientes del incapacitado, a los cónyuges, a los que hubieren acogido a un expósito y a los directores de las Instituciones benéficas, donde se reciban expósitos.

(15) Art. 475: "El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela".

"La madre, en su caso, podrá hacer el nombramiento de -- que trata este artículo".

(16) Art. 481: "El adoptante que ejerza la patria postestad - tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo - adoptivo aplicándose a esa tutela lo dispuesto en los artículos anteriores".

3.- TUTELA DATIVA

Cuando no hay tutor testamentario ni legítimo le corresponde al juez la designación de tutor de acuerdo al procedimiento establecido en el Código respectivo.

4.- DE LA TUTELA LEGITIMA

CASOS EN QUE PROCEDE

Dijimos que para los efectos de determinar la procedencia de la tutela legítima, había que considerar el parentesco y el matrimonio, situaciones estas que están estrechamente ligadas al estado civil de las personas.

No obstante, el código haciendo abstracción de estos aspectos esenciales ha considerado que también debe sujetarse al régimen de la tutela legítima", el caso del menor - - abandonado, del expósito y de los menores asilados en las Instituciones de Beneficencia Pública o Privada que señala la legislación civil.

El régimen especial de esta tercera categoría reviste especial significación y el legislador para facilitar los trámites de constitución de esta interesante figura jurídica ha simplificado el procedimiento, como lo veremos más adelante.

Siguiendo el orden establecido en el código, debemos estudiar sucesivamente las tres categorías jurídicas que señala el legislador sobre esta materia y que son:

- 1.- La tutela legítima de los menores;
- 2.- La tutela legítima de los incapacitados, y
- 3.- La tutela legítima de los menores expósitos y abandonados.

5.- PARENTESCO

El parentesco juega un rol importante en la tutela legítima, pero no es el único factor que considera el legislador en esta materia, pues también el matrimonio y la exposición o el abandono de menores son fundamentos constitutivos de esta figura jurídica.

El parentesco es la relación de familia que existe entre dos personas y puede ser de tres clases: a) consanguíneo, - b) por afinidad y c) civil.

El parentesco que debe considerarse en la tutela legítima es el consanguíneo a que se refieren los arts. 293 y 296 a 300 del código civil. (17)

(17) Dispone el artículo 293: "El parentesco de consanguini--

No establece el legislador, si este parentesco debe emanar de relaciones matrimoniales o extramatrimoniales y es sabido que cuando el legislador no distingue no le es lícito al intérprete distinguir.

a).- PARIENTES A QUE SE REFIERE EL LEGISLADOR EN LA TUTELA
LEGITIMA

Se refiere solo a los parientes consanguíneos.

¿A cuáles de ellos?

El legislador señala específicamente a determinados parientes consanguíneos en cada una de las materias en que se encuentra dividida la figura jurídica de la "tutela legítima".

Dentro de las distintas categorías jurídicas que señala el legislador, va dando preferencia a los parientes más próximos sobre los mas lejanos y dentro de ellos a quienes se encuentran mas estrechamente ligados al incapacitado. Tal ocurre con los hermanos donde se prefiere a los hermanos de doble conjunción sobre los uterinos o solo hermanos de padre (art. -

(17) dad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor".

Art. 296.- "Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco".

483 fr. I) o cuando existiendo varios hijos se prefiere a - -
aquel que vive con los padres (art. 488).

El legislador observa estas mismas normas cuando en -
otros artículos del código se refiere a los parientes, los mas
cercanos van excluyendo a los mas lejanos. En materia de ali-
mentos, en algunos aspectos relacionados con la tutela, en la
sucesión legítima o cuando el testador indeterminadamente se -
refiere a sus parientes sin especificarlos, se considera que -
son los mas próximos los llamados preferentementes. (arts. 303,
304, 1300, 1604). (18)

b).- ALIMENTOS

En materia de alimentos recae en primer término la --
obligación de proporcionarlos en los parientes mas próximos --
del acreedor alimenticio. Al efecto, los artículos 303 y 304-
disponen:

Art. 303.- "Los padres están obligados a dar
alimentos a sus hijos. A falta o por imposi-
bilidad de los padres, la obligación recae -
en los demás ascendientes por ambas líneas -
que estuvieren más próximos en grado".

(18) Cruz Ponce, Lisandro.- Apuntes de Clases.

Art. 304.- "Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado".

c).- INTERVENCION DE LOS PARIENTES EN LA TUTELA

En varias disposiciones del título noveno del libro primero del código civil, se hace intervenir a los parientes.- Entre otras disposiciones podemos citar los artículos 507, 522, 545, 584.

Dispone el artículo 507: "El ministerio Público y -- los parientes del pupilo, tienen derecho de promover la separación de los tutores que se encuentren en alguno de los casos -- previstos en el artículo 504".

El artículo 522 dispone: "La garantía que presten los tutores no impedirá que el Juez de lo Familiar, a moción del -- Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los pa-- rientes próximos del incapacitado o de este si ha cumplido dieciseis años, dicte las providencias que se estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo".

Dispone el artículo 584: "En caso de maltrato, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado, o de -- mala administración de sus bienes, podrá el tutor ser removido de la tutela a petición del curador, de los parientes del inca

pacitado o del Consejo Local de Tutelas".

d).-PARIENTES MAS PROXIMOS

¿Cuáles son los parientes más próximos?

El artículo 1604 dispone que los parientes más próximos excluyen a los mas remotos, salvo lo dispuesto en los artículos 1609 y 1632 y en materia sucesoria dispone el artículo 1300 que la disposición hecha en términos vagos en favor de los parientes del testador, se entenderá que se refiere a los parientes mas próximos, según el orden de la sucesión legítima.

Los parientes mas próximos son los mas cercanos en grado.

En el caso de los alimentos, vemos que el código establece una especie de escala siendo los parientes más próximos del acreedor los mas cercanos en grado de parentesco y a ellos les corresponde en forma preferente, proporcionarle los alimentos.

En materia sucesoria también podemos observar este mismo criterio.

e).-EXTENCION LEGAL DEL PARENTESCO

Quando el legislador se refiere en forma indeterminada a los "parientes" ¿se comprenden los de cualquier grado?

En muchas disposiciones en la línea recta no tiene limitación legal alguna (arts. 156 fr. III, Capítulo II y III -- del Título IV del Libro III) en cambio el parentesco colateral está limitado al cuarto grado (arts. 305, 483 fr. II, 490, -- 725 y 1634).

¿Puede considerarse esta la regla general con respecto al parentesco colateral o se trata solo de casos de excepción?

Sabemos que las excepciones son de derecho estricto -- como lo establece el artículo 11 y la limitación solo operaría en los casos expresamente señalados por el legislador. La solución es dudosa, y carece de interés para nuestro estudio.

Es del caso advertir que el artículo 1634 dispone:

Art. 1634.- "A falta de los llamados en los artículos anteriores, sucederán los parientes más próximos dentro del cuarto grado, -- sin distinción de línea, ni consideración al doble vínculo, y herederán por partes iguales.

Al aplicar las disposiciones anteriores se tendrá en cuenta lo que ordena el Capítulo siguiente".

Es del caso considerar que la limitación de la eficacia legal del parentesco colateral solo hasta el cuarto grado es racional pues mientras mas lejano es el parentesco mas débiles son los vínculos afectivos.

En cambio sería ilógico limitar hasta el cuarto grado la eficacia legal del parentesco en la línea recta, pues el tiempo, en forma inexorable, se encarga de hacer una limitación. (19)

f).- PARENTESCO POR AFINIDAD

Los parientes por afinidad no tienen intervención alguna en la legislación mexicana, y solo encontramos algunas disposiciones prohibitivas con respecto a ellos, como por ejemplo:

El artículo 49 que establece una prohibición a los jueces del Registro Civil.

Art. 49.- "Los actos y actas del estado civil del propio Juez, de su cónyuge, ascen-

(19) Cruz Ponce, L. op. cit.

diente y descendiente de cualquiera de ellos no podrá autorizarse por el mismo Juez, pero se asentarán en las formas correspondientes y se autorizarán por el Juez de la adscripción más próxima".

El artículo 569 prohíbe al tutor comprar o arrendar los bienes raíces del incapacitado, prohibición que se extiende también a los parientes afines del tutor.

Art. 569: "Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva".

En este artículo nos encontramos con una novedad; el código da una denominación muy especial a los parientes afines cuando dice textualmente "hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad", o sea que al parecer el legislador considera hijos por afinidad a los yernos y hermanos por afinidad, a los cuñados. Esta denominación es curiosa porque incorpora prácticamente a los parientes por afinidad a una relación familiar que la ley reserva solo a los parientes consanguíneos.

Se ha sostenido por la doctrina que el parentesco de afinidad solo subsiste mientras exista el matrimonio o sea que este parentesco desaparecería automáticamente cuando se disuel

ve el matrimonio por nulidad, divorcio o muerte de alguno de los cónyuges, causales de disolución que contemplan expresamente los arts. 243 y 324 fracción II del código civil.

No obstante, el código le da eficacia jurídica al parentesco de afinidad después de disuelto el matrimonio en el caso que contempla el artículo 156 en su fracción IV.

Art. 156.- "Son impedimentos para celebrar el matrimonio:

.....
IV.- El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;

Es evidente que este impedimento solo cobra eficacia cuando se ha disuelto el matrimonio. Si estuviera vigente no podría celebrarse un nuevo matrimonio pues constituiría un caso de bigamia.

En este parentesco encontramos también la línea y el grado, como se desprende de la redacción del art. 156 fr. IV.

En materia sucesoria el parentesco de afinidad no es considerado, el art. 1603 establece:

"El parentesco de afinidad no da derecho de heredar".

El parentesco de afinidad se contrae; por el matrimo-

nio dice:

Art. 294.- "El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón".

No se considera el parentesco de afinidad extramatrimonial pero es preciso dejar constancia que en los códigos -- de 1870 y del 1884 se contemplaba esta clase de parentesco.

g).- PARENTESCO CIVIL

En cuanto al parentesco civil que es el que nace de la adopción, sólo existe entre el adoptante y el adoptado según lo establece el artículo 295 que dice:

"El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado".

y lo reitera el artículo 402:

Art. 402: "Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo que dispone el art. - 157".

Por esta limitación no podrían los parientes del adoptante ejercer la tutela legítima, puesto que el parentesco se reduce al adoptante y al adoptado. Por lo demás de acuerdo -- a lo que establece el art. 481, al adoptante lo faculta la ley para nombrarle un tutor testamentario al adoptado, pudiendo -- designar libremente para ese cargo a una persona de su absoluta confianza.

Dice al respecto el artículo citado:

"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".

Sin embargo en esta materia nos asalta una duda en razón de que el artículo 395 en su párrafo primero establece:

"El que adopta tendrá respecto a la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las persona y bienes de los hijos".

.....

el artículo 396 agrega que:

"El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tienen un hijo".

Estas dos disposiciones equiparan las relaciones exis

tentes entre estas dos personas a las que el legislador señala respecto a padres e hijos. Ahora bien en la tutela legítima - los padres son tutores de sus hijos y los hijos lo son de sus padres ¿quedarían comprendidos los adoptantes y los adoptados dentro de las normas que al respecto señalan los artículos 487, 489 del Código Civil?.

La respuesta es dudosa, si le damos una interpretación literal a los artículos 395 y 396 tendremos que concluir que los adoptantes y los adoptados quedarían comprendidos dentro de la expresión padres o hijos de los artículos 487 y 489, y se llegaría a esa misma conclusión por analogía pues en la especie existirían las mismas razones que el legislador ha tenido para asignar la tutela legítima a los padres y a los hijos pues la figura jurídica de la adopción tiende a equiparar la familia adoptiva a la formada por el parentesco consanguíneo.

Los demás parientes del adoptante no podrían desempeñar la tutela legítima del adoptado porque como ya lo hemos visto la legislación limita el parentesco civil solo al adoptante y al adoptado.

Sin embargo es necesario considerar en esta materia lo que establece el artículo 402 que dispone que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extin

guen por la adopción excepto la patria potestad que será - - transferida al adoptante. De esta disposición se desprende - que los vínculos de parentesco natural o consanguíneo no desaparecen con la adopción y que las disposiciones sobre la tutela legítima se aplicarían a los parientes biológicos del adoptado puesto que el legislador en forma expresa mantiene en todo su vigor el parentesco natural ya dicho. Ni siquiera es necesario recurrir a otros métodos de interpretación para llegar a esta conclusión porque el texto legal es claro.

A mayor abundamiento debemos considerar que la adopción es una figura jurídica de excepción ya que es un parentesco artificial y por lo tanto deben serle aplicadas sus propias normas especiales, por disponerlo así el artículo 11 del Código Civil y entre ellas no hay ninguna que consagre este aspecto.

6).-MATRIMONIO

También se toma en consideración el matrimonio, en la tutela legítima. Son razones de orden familiar y no otras las que han impulsado al legislador a dar intervención a los cónyuges en esta figura jurídica pues es sabido que entre los esposos no existe vínculo alguno de parentesco.

7).- CONCUBINATO

En esta materia, la legislación no toma en cuenta el concubinato. Pensamos que las mismas razones que tuvo el legislador para hacer intervenir a los cónyuges son válidas con respecto al concubinato. Creemos que sería racional y de utilidad práctica evidente dar a los concubinos la misma intervención que la legislación da a los cónyuges en esta materia.

8).- EXTRAÑOS

Dentro de la tutela legítima encontramos la intervención de personas extrañas a quienes la ley les reconoce prioridad y quien sabe si exclusividad en el ejercicio de esta clase de tutela. Son las personas que al encontrar un expósito, un niño ajeno abandonado, se hacen cargo de él y los directores de los establecimientos asistenciales, en donde se reciben expósitos y niños abandonados.

Son razones de orden humanitario y de carácter social las que han impulsado al legislador a considerar esta situación excepcional.

CAPITULO TERCERO

CAPITULO TERCERO

III.- DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES

De acuerdo con la ley los menores de edad son considerados incapaces. Esta incapacidad es de carácter natural. El artículo 450 del Código Civil en su fracción I dice: Que tienen incapacidad natural y legal los menores de edad. (20)

La Suprema Corte de Justicia en sentencia que aparece publicada el 21 de agosto de 1975 ha resuelto que la incapacidad de los menores de edad, es, como lo dijimos al comienzo, - incapacidad natural:

INCAPACIDAD DE EJERCICIO, EMPLAZAMIENTO A PERSONAS QUE
ADOLECEN DE (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL)

" La incapacidad de ejercicio consiste en la falta de aptitud de la persona para ejercitar por sí misma, los derechos y obligaciones de los que es titular, distinguiendo el -

(20) La naturaleza -dice Laurent (1)- ha dado al menor un --- protector a saber, sus padres; si el niño tiene la des-- gracia de perderlos, la ley subsiste y la naturaleza - - quiere que la protección no falte, y que el celo y cuidado de los padres venga a ser en parte reemplazado: de-- aquí la tutela.

Del verbo latino tuor: defender, proteger, cuidar, aparece concebida como un sistema de defensa de aquellas personas que, por razón de una capacidad defectuosa, no pueden gobernarse por sí mismas.

Citado por Mucius Scaevola, Código Civil, 5a. Edic., Madrid, 1942, Tomo IV pág. 332. Citado por Rogel Vide, Carlos, op. cit. pág. 808

artículo 450 del Código Civil, dos clases de dicha incapacidad, que son, la natural, propia de los menores de edad y la legal, propia de los mayores que se encuentran en alguno de los supuestos que señalan las fracciones II a IV del precepto. En cuanto a la incapacidad de ejercicio legal, por un principio elemental de seguridad jurídica, sólo puede tenerse como existente cuando la persona haya sido declarada en estado de interdicción en una sentencia judicial que haya causado ejecutoria. Esto se desprende en los artículos 462 y 464, párrafo II, del Código Civil y 902 del Código de Procedimientos Civiles. No obstante lo anterior, como en el lapso que media entre la presentación de una demanda de interdicción y la sentencia que se dicte en el procedimiento de que se trate, la persona señalada como incapacitada no debe quedar desprotegida, la ley prevé -- que, como medida pre-judicial, se le designe a la misma un tutor interino, según lo dispone el artículo 904, fracción III, inciso a), del citado ordenamiento adjetivo. De todo esto se concluye, que para que en un juicio el emplazamiento pueda reputarse viciado, por no haberse hecho al representante legal de una incapaz (en los términos del artículo 116 de la ley procesal), debe obviamente existir una resolución judicial en la que se le haya designado a éste un tutor con el que pueda entenderse la correspondiente diligencia. Amparo Directo 615/75, Concepción Peña de Aguiere, 21 de agosto de 1975.- Unanimidad

de 4 votos. (21)

1).-REPRESENTACION LEGAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 23, el menor de edad como las demás incapacidades son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes. (22)

Como carecen de capacidad de ejercicio todos los actos que ellos ejecuten personalmente, pueden ser invalidados. Para que estos actos tengan eficacia jurídica es necesaria la representación.

2).- PATRIA POTESTAD

Quando se trata de una relación de filiación el menor

(21) Semanario Judicial de la Federación
Informe de 1975, pág. 103

(22) Como toda persona y por el hecho de serlo, posee capacidad jurídica, entendida como la aptitud e idoneidad de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, y, en general, de relaciones jurídicas.
Cosa distinta es la capacidad de obrar, posibilidad o aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos; aún siendo atributo y cualidad de la persona, admite graduaciones o variaciones, pudiéndose distinguir, en consecuencia, una capacidad de obrar plena y una capacidad de obrar limitada o restringida.
Rogel Vide, Carlos, op. cit., pág. 807

por el solo ministerio de la ley tiene como representantes legales a sus progenitores y en determinados casos a sus abuelos.

La patria potestad la ejercen los padres. Si se trata de hijos de matrimonio la ejercerán ambos de acuerdo con lo establecido en el artículo 414. Si han nacido fuera de matrimonio ejercerá la patria potestad aquel de los progenitores -- que los hubiere reconocido y si ambos lo han hecho, la ejercerán de consumo, con las modalidades que señalan los artículos 415, 416 y 417 que establecen la forma como deben ejercer la patria potestad si viven juntos o separados.

a).- ABUELOS

Respecto de los hijos de matrimonio a falta de padres o si éstos se encuentran imposibilitados ejercerán la patria potestad los abuelos por disponerlo así el artículo 414. Si hay abuelos por ambas ramas o sea por la línea materna y paterna, será el juez de lo familiar quien elegirá a los abuelos a quienes se otorgará esta facultad. Así lo establece el artículo 418.

Con respecto a los hijos nacidos fuera de matrimonio, el legislador guarda silencio sobre los abuelos y por eso se ha considerado que a ellos no les corresponde el ejercicio de la patria potestad sobre sus nietos. Se sostiene además, que-

de la redacción misma del artículo 414 se desprendería en forma categórica que esos abuelos no pueden ejercer la patria potestad porque el artículo 414 empieza diciendo: "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce": de donde se desprendería en forma clara que la patria potestad sólo pueden ejercerla los abuelos cuando sus nietos sean a su vez "hijos de matrimonio". Por fin se afirma que es muy difícil y a veces imposible acreditar legalmente el parentesco entre abuelos y nietos cuando estos últimos no son hijos de matrimonio, en razón de que la filiación de estos hijos queda sujeta al arbitrio del reconocimiento que hagan de él sus progenitores.

Sin embargo hay autores que opinan que también los abuelos podrían desempeñar la patria potestad sobre sus nietos nacidos fuera de matrimonio aplicando por analogía las disposiciones referentes a la patria potestad de los hijos nacidos dentro de matrimonio. Sostienen que en los informes elaborados por la comisión Redactora del Código Civil se dejó bien en claro que para el legislador mexicano no existe categoría alguna de hijos y que gozan de iguales derechos tanto los nacidos dentro como aquéllos que lo han sido fuera de matrimonio; agregan por fin que en materia familiar debe interpretarse la ley desde el punto de vista social y no en forma estrictamente gramatical o letrista.

b).- FALTA DE ASCENDIENTES

Cuando faltan los padres o abuelos, el menor queda -- sin representante legal que lo asesore en las actividades de -- la vida diaria. (23)

Para suplir esta falta, es necesario designarle un tu tor la tutela como establece el artículo 449 tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela -- puede tener también por objeto la representación interina del-

-
- (23) La referida incapacidad de las personas, cuando éstas -- carecen de persona o ascendiente que les defienda y presente, como en el caso de la patria potestad de los padres legítimos, naturales o adoptivos, bien sea por -- razón de la edad o por cualquiera otra, necesitan de -- una institución que les represente y defienda, tanto en el orden personal como en el material, esta institución es indudablemente la tutela con toda su organización, -- cuya institución en el Derecho internacional privado es -- tá regulado en el Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, ratificado por España en 20 de junio de 1904, y -- la Convención de 17 de febrero de 1905 sobre interdic -- ción y medidas de protección análogas. La tutela de los menores, única de que trata la Convención de La Haya -- de 1902, se regula por la Ley nacional y las medidas de protección a los mayores que sufran alguna incapacidad -- (interdicium en Francia). En esta Convención fueron -- Estados signatarios, además de España, Alemania, Aus -- tria, Bélgica, Hungría, Holanda, Rumania, Suecia, Norue -- ga y Suiza.

Bellmont y Mora José de, y otros op. cit. pág. 260

incapaz en los casos especiales que señale la ley.

Dispone el artículo 482 que ha lugar a la tutela legítima:

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

3).- CASOS EN QUE PROCEDE

a).- TUTELA LEGITIMA CUANDO NO HAY QUIEN EJERZA LA PATRIA POTESTAD NI TUTOR TESTAMENTARIO

Cuando no hay quien ejerza la patria potestad sobre el menor, queda éste sin representación alguna.

La tutela legítima se constituirá a falta de un tutor testamentario. El progenitor o las personas a que se refieren los artículos 470, 473 y 481, pueden designar tutor testamentario al menor; si no hay tutor testamentario o si el designado por el testador no puede ejercer el cargo procederá la designación de un tutor legítimo.

b).- NOMBRAMIENTO DE TUTOR POR CAUSA DE DIVORCIO

De acuerdo con lo establecido en el Código Civil en -

los casos de divorcio deben ponerse de acuerdo los cónyuges - acerca de cual de ellos ejercerá la patria potestad o la custodia del hijo menor de edad cuando se trata de divorcio voluntario.

Ahora si se trata de divorcio necesario el Código Civil en su artículo 283 establecía diversas normas sobre la patria potestad de los hijos y sancionaba al cónyuge culpable -- con la pérdida de la patria potestad en la forma y con las modalidades que en dicha disposición se señalaba.

Este artículo ha sido modificado por ley publicada en el diario oficial del 27 de diciembre de 1983.

Esta disposición es del tenor siguiente:

"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y el -- cuidado de los hijos, debiendo tener los elementos de juicio -- necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria -- potestad o la custodia del hijo a alguno de los cónyuges y en el caso de que ninguno de ellos pudiera ejercerla, sancionará--

a los cónyuges con la pérdida o suspensión de ella si no hay otros ascendientes que puedan ejercerla; y en tal caso, deberá designar a los hijos un tutor.

c).- TUTELA LEGITIMA DE LOS HIJOS DE LOS DIVORCIADOS

Dijimos que el artículo 482 dispone que "Ha lugar a la tutela legítima:

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

Esta última fracción se encuentra vigente según nuestro parecer, pues no ha sido modificada en forma alguna ni expresa ni tácitamente por la ley de 27 de diciembre de 1983.

Si bien es cierto que ella otorgó mayores facultades a los jueces en la determinación de las personas que deben hacerse cargo de la custodia de los hijos de los cónyuges que se divorcian, y de aquellos que ejercerán la patria potestad, no es menos cierto que si el Tribunal opta por la designación de un tutor para estos hijos, la designación forzosamente deberá recaer en alguna de las personas que señala el art. 483. ¿Y -- que ocurriría si no existe ninguna persona que pudiera hacerse cargo de la tutela de esos menores? ¿Podrían aplicarse al res--

pecto las normas que señala el artículo 490, o esa disposición es solo aplicable a la persona que se refiere el capítulo IV - del Título noveno?.

Al parecer es solo aplicable a ese capítulo porque muchas de las personas allí designadas ya se encontraban enumeradas en el artículo 483 que se refiere a la tutela legítima de los menores.- De aceptarse este criterio tendría que aplicarse a los hijos de los divorciados la disposición contenida en el artículo 495 que dice: "La tutela dativa tiene lugar:

I.- Cuando no hay tutor testamentario ni persona a -- quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima".

Creemos que sería preferible que los hijos de los divorciados víctimas inocentes de la incomprensión de sus padres no queden entregados a la custodia y representación de un extraño al cual no les ligue vínculo afectivo alguno. Y que debiera recaer esa designación en cualquiera de los parientes -- que contempla el artículo 490, para lo cual sería necesaria la modificación consiguiente.

4).- PERSONAS QUE DEBEN DESEMPEÑAR LA TUTELA

¿A quien corresponde desempeñar el cargo de tutor le-

gítimo del menor?

El artículo 483 nos da la respuesta al decir:

"La tutela legítima corresponde":

- I. A los hermanos prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas.
- II. Por falta o incapacidad de los hermanos a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

a).-PARENTESCO COLATERAL O TRANSVERSAL

Los parientes consanguíneos pueden serlo en línea recta o en línea colateral o transversal. De acuerdo con lo establecido en el artículo 297 la línea transversal se compone de la serie de grados entre personas que sin descender unas de -- otras proceden de un progenitor o tronco común.

b).-FORMA DE COMPUTAR EL PARENTESCO

En la línea transversal los grados de parentesco se -- cuentan por el número de generaciones subiendo por una de las -- líneas y descendiendo por la otra; o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común. (Artículo 300).

Transversal; denominada también colateral, entre - - otros, por los artículos 156 III, 305, 483 II, 490. del Código Civil del D.F.

Una de las formas señaladas en el artículo 300, consiste en contar el número de generaciones subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra. De acuerdo con este sistema para computar el grado de parentesco entre dos hermanos es necesario saber cuantas generaciones hay entre ellos y cada generación constituirá un grado de parentesco para lo cual es necesario realizar la siguiente operación: Se sube por una de las líneas desde uno de los hermanos hasta el tronco común que es el padre y tenemos una generación. Después se baja por la otra línea desde el tronco común que es el padre, hasta el otro hermano y tenemos otra generación; en total dos generaciones, de modo que los hermanos se encuentran entre sí, en segundo grado de parentesco en línea colateral o transversal. Como entre ambas líneas hay el mismo número de grados, este parentesco se denomina colateral igual. Cuando una de las líneas es más larga que la otra, como ocurre entre tíos y sobrinos, la línea se denomina colateral desigual. El artículo 156 en su fracción III, hace esta distinción.

La otra forma de computar el parentesco en línea colateral según el artículo 300 consiste en sumar las personas que hay de uno a otro de los extremos, excluyendo al progenitor. -

En el caso de los hermanos, tenemos tres personas que son: los dos hermanos y el padre, como en este nuevo procedimiento hay que excluir al progenitor o tronco común que es el padre solo nos quedarían los hermanos o sea dos personas. Al igual que en el sistema anterior llegamos exactamente a la misma conclusión, o sea que los hermanos se encuentran ligados entre sí -- por el parentesco de consanguinidad en segundo grado en línea-transversal igual

c).- HERMANOS DE PADRE Y MADRE Y MEDIO -HERMANOS O DE DOBLE
CONJUNCION Y DE SIMPLE CONJUNCION

Cuando los hermanos son hijos del padre y madre comunes se dice que éstos lo son por ambas líneas o de doble conjunción, o sea, hermanos de madre y padre, a quienes también se designa con el nombre de hermanos germanos. Cuando los hermanos lo son solo de madre se dice que son hermanos uterinos o maternos y si lo son solo de padre; hermanos paternos. (24)

Esta distinción la hacen también entre otros los artículos 305, 1631 y 1632 del Código Civil. Dispone el artículo 305 ubicado en el capítulo de los alimentos que a falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obli

(24) Cruz Ponce, Lizandro, op. cit.

gación alimentaria recae en los hermanos de padre y madre; y -
 en defecto de éstos, en los que fueren de madre solamente, y -
 en defecto de ellos, en los que fueren solo de padre y el ar--
 tículo 1631 ubicado en el capítulo V título cuarto del libro -
 tercero que se refiere a la sucesión de los colaterales dice -
 que si concurren hermanos con medios hermanos, aquellos hereda--
 rán doble porción que éstos.

d).- NOMBRAMIENTO DE TUTOR LEGITIMO QUE RECAE EN LOS HERMANOS

El artículo 483 considera en la designación de tutor-
 legítimo esta clasificación, al disponer en su fracción I que-
 la tutela legítima corresponde a los hermanos prefiriéndose a-
 los que lo sean por ambas líneas.

Si hay hermanos de padre y madre y medios hermanos --
 con aptitud legal para ejercer la tutela serán preferidos los-
 hermanos que lo sean por ambas líneas.

Estos excluirán a los otros que solo intervendrán - -
 cuando los de doble conjunción, no puedan ejercer la tutela.

Con respecto a los medios hermanos el artículo 483 --
 no establece el orden de precedencia que señala el artículo --
 305 donde los hermanos uterinos se encuentran en un grado dis-
 tinto de los simplemente paternos. Pudiéramos decir; si se --

nos permite la expresión: de mayor rango. (25)

Art. 483. "La tutela legítima corresponde:

- I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean en ambas líneas".
- II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

e).- COLATERALES

Por falta o incapacidad de los hermanos corresponde el ejercicio de la tutela legítima de los menores, a los demás colaterales dentro del 4o. grado inclusive. (Artículo 483 - - Fracc. II).

El legislador ha limitado los efectos legales del parentesco colateral solo hasta el cuarto grado, en cambio el pa

(25) Art. 305.- "A falta o por incapacidad de los ascendientes, la obligación recae en los hermanos de padre y madre; en defecto de estos, en los que fueren de madre solamente y en defecto de ellos, en los que fueren solo de padre.
Faltando los parientes a que se refieren las disposiciones anteriores, tienen obligación de ministrar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado".

parentesco en línea recta no está sujeto a limitaciones. Esta la establece el tiempo y la edad; porque es muy difícil que este parentesco se extienda más allá del cuarto grado pues la vida de las personas tiene limitaciones de orden biológico inexorable.

En los artículos 305, 316 fr. VIII, 368 fr. VI, 373 - fr. IV, 543, 725, 1300, 1316 fr VIII y 1334, se limitan los efectos legales del parentesco colateral solo hasta el cuarto grado, con las salvedades que hemos consignado en otra sección de esta tesis.

Dentro de estos parientes encontramos a los tíos y a los primos. Los tíos se encuentran en relación a los sobrinos, en el tercer grado de parentesco colateral desigual y los primos en cuarto grado colateral igual. (26)

(26) Para determinar el grado de parentesco entre tío y sobrino tenemos que considerar el número de generaciones que hay entre ellos ascendiendo desde una línea hasta el tronco común y descendiendo por la otra. En este caso el tronco común es el abuelo. Si ascendemos desde el nieto al padre de éste, tenemos una generación y después del padre al abuelo; tenemos dos generaciones y en consecuencia, la distancia entre el nieto y el abuelo es de dos grados, después descendemos del abuelo al tío. Tenemos otro grado, pero esta última línea es más corta que la otra pues solo tiene un grado; por eso se dice que esta línea colateral es desigual, en cambio respecto de los primos hermanos la operación debe hacerse en la siguiente forma:

Ascendemos del primo al padre de éste y tenemos un grado y de este último al abuelo otro grado.

5).- ELECCION DE TUTOR CUANDO HAY VARIOS DENTRO DEL MISMO
GRADO DE PARENTESCO

Si hubiere varios parientes del mismo grado aptos para desempeñar la tutela, el juez elegirá a aquel que considere que reúne los requisitos necesarios para desempeñar el cargo o sea aquel a quien el tribunal considere más apto.

Esta elección se hará considerando el tribunal los diversos antecedentes que puedan proporcionarle los interesados. Se trata pues de un problema que quedará al arbitrio del juez, darle solución.

(26) En esta línea tenemos dos grados de parentesco, bajamos después del abuelo que es el tronco común al tío y después al primo y tenemos dos grados más o sea en total - cuatro grados de parentesco pero como tanto en la línea ascendiente como en la descendiente existe el mismo número de grados se dice que este parentesco es en línea-colateral igual.

De acuerdo al artículo 300 puede contarse también el -- grado de parentesco sumando las personas que hay entre los dos extremos descontando después el tronco común. - En los ejemplos entre el tío y el sobrino encontramos - cuatro personas a saber: sobrino, padre de éste, abuelo y tío. Si descontamos el progenitor común que es el -- abuelo, nos quedan tres personas o sea que entre el tío y el sobrino existen tres grados de parentesco.

Con respecto a los primos si sumamos el número de personas totalizaremos cinco a saber: primo, padre de éste, - abuelo tío y el otro primo, si descontamos al abuelo - que es el progenitor común, nos quedan cuatro personas - o sea que los primos entre sí, se encuentran en cuarto-grado de parentesco por consaguinidad en línea colate-- ral igual.

a).- MAYOR DE DIECISEIS AÑOS

Dispone el artículo 484 que si el menor hubiere cumplido 16 años será él quien haga la elección y no el juez.

Al parecer ésta es una facultad especial y limitativa que deberá ser respetada por el tribunal sin que pueda modificarse la voluntad del menor. Sin embargo, esta opinión puede ser discutible pues con respecto al tutor dativo, el artículo 496 establece que será designado por el menor si ha cumplido 16 años al igual que en el caso del tutor legítimo que anteriormente hemos señalado. Referente al tutor dativo si bien es cierto que el legislador otorga al menor de 16 años la facultad de elegirlo no es menos cierto que el juez de lo familiar puede confirmar la designación si no tiene justa causa para reprobala, o rechazarla en caso contrario.

Para reprobear las ulteriores designaciones que haga el menor, el juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, será el juez el que designe el tutor en la forma que señala el artículo 497.

¿Podrán aplicarse por analogía estas disposiciones tratándose del tutor legítimo? ¿Cuándo la elección de tutor corresponda hacerla al menor, puede designar este a cualquier

persona o solo a los parientes que señalan los artículos que comentamos?.

La respuesta es dudosa. Si interpretamos el artículo desde el punto de vista literal, debemos llegar a la conclusión que la designación del tutor debe hacerse entre los parientes ya dichos pues lo único que al parecer permite el artículo 484 es que la elección del pariente en vez de hacerla el juez la haga el menor.

Por lo demás; si así no fuere ya no se trataría en la especie de tutela legítima sino de otra categoría diferente, lo que sería contrario a la lógica jurídica. (27)

b).- TUTOR INTERINO

El artículo 485 dispone que la falta temporal del tutor legítimo se suplirá mediante la designación de un tutor interino; en la designación de éste deben observarse las mismas normas sobre el parentesco ya estudiadas

c).- TUTELA DE LOS MENORES IDIOTAS, IMBECILES, ETC

Puede ocurrir que un menor sea deficiente mental por-

(27) Cruz Ponce, Lizandro. op. cit.

mongolismo, esquisofrenia o por cualquiera de los estados demenciales que considera la siquiatria forense.

En este caso no se procede a declarar interdicto al menor sino que simplemente se le designa tutor al igual que a cualquier otro menor. Posteriormente, cuando este llega a la mayoría de edad, se extingue esta tutela y habrá que nombrarle otro tutor previa declaración de interdicción si la enfermedad mental subsiste. Al llegar el menor a la mayoría de edad se extingue la tutela que se ejercía sobre él y debe nombrarsele un nuevo tutor. Así lo dispone el artículo 464 que dice a la letra:

"El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordo mudo, ebrio consuetudinario o que abuse de las drogas -- enervantes, estará sujeto a la tutela de menores, mientras no llega la mayoría de edad. Si al cumplirse ésta, continuará el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores. (28)

(28) El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordo mudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abusa de las drogas enervantes, estará sujeto a la tutela de menores, mientras no llegue a la mayoría de edad. Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores. Esta interdicción no cesará sino por muerte del incapacitado o por sentencia definitiva que se pronuncie en el juicio correspondiente. Pina, Rafael De. Op. Cit., Pág. 384

Se presenta aquí una situación que es necesario analizar: mientras el incapacitado sea menor de edad, quedará sujeto a las reglas que establece la ley sobre la tutela de los menores y de acuerdo con lo que hemos reseñado hasta este instante deberá desempeñar el cargo de tutor alguno de sus hermanos o cualquier pariente colateral dentro del cuarto grado, a falta de hermanos. Pero al declarársele en interdicción, cuando adquiere la mayoría de edad, el nombramiento de tutor recaerá en otros parientes distintos de los hermanos y colaterales, como lo veremos más adelante.

Consideramos que esta disposición debe modificarse, -- por que el cambio de tutor y consecuentemente de curador trae consigo una gran cantidad de trámites y de gastos y debe intervenir otro pariente en calidad de tutor que posiblemente no haya estado en contacto directo con el incapacitado y desconocerá los aspectos más íntimos de la vida del pupilo, lo que puede acarrear un perjuicio evidente en la salud mental del incapacitado. Consideramos que debiera continuar el mismo tutor -- una vez acreditada la incapacidad mental del pupilo.

d).- EL INCAPACITADO SOLO PUEDE TENER UN TUTOR

Dispone el artículo 455 que ningún incapaz puede tener al mismo tiempo más de un tutor y un curador definitivo.

Se refiere el legislador a la tutela y a la curatela definitivas pero ello no obsta a que se designe el pupilo un curador interino cuando no puede ejercer la tutela definitivamente nombrado por cualquiera de las razones que contempla el Código Civil.

e).- PUEDE EL TUTOR DESEMPEÑAR VARIAS TUTELAS

Establece el artículo 456 que el tutor y el curador -- puedendeseempeñar respectivamente la tutela o la curatela hasta de tres incapaces. Si estos son hermanos, coherederos y legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un curador a todos ellos aunque sean más de tres. (29)

(29) Esta disposición consagra el principio de la indivisibilidad y unidad de poder, el cual no puede fraccionarse -- en las relaciones jurídicas de un individuo, ya sean personales o si son patrimoniales, por la unidad del patrimonio de las personas; pero reconociendo no obstante -- (artículo 457 del Código Civil) que si los intereses de varios incapaces sujetos a la misma tutela, son opuestos o se trata de tutela testamentaria, puedan nombrarse tutores diferentes a cada uno de ellos, como casos de excepción a ese principio.

Todos los individuos sujetos a tutela tendrán un curador excepto en los casos de expósitos o de huérfanos menores acogidos (artículo 618 del Código Civil). Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit. Pág. 696.

CAPITULO CUARTO

CAPITULO CUARTO

IV.- DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS DEMENTES, IDIOTAS IMBECILES, SORDO MUDOS, EBRIOS Y DE LOS QUE HABITUALMENTE ABUSAN DE LAS DROGAS ENERVANTES.

El artículo 450 del código civil establece que tienen incapacidad natural y legal, las personas que se enumeran en las cuatro fracciones del artículo 450.

La Suprema Corte en sentencia dictada sobre la materia ha establecido que incapacidad natural tienen los menores de edad y que las demás personas enumeradas en la expresada disposición legal tienen incapacidad legal.

El artículo 449 establece que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de las que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismo".

A las personas señaladas en el artículo 450, el código civil las considera incapaces y de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 del mismo cuerpo de leyes:

"La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus re-

presentantes.

La capacidad legal puede ser de goce, y de ejercicio. Todos los individuos tienen capacidad de goce, en cambio capacidad de ejercicio en forma amplia solo la tienen los mayores de edad.

Los incapacitados para ejercer sus derechos y contraer obligaciones necesitan estar asesorados por un representante legal. Los actos ejecutados por los incapaces sin la anuencia o concurrencia del representante legal, son ineficaces.

Con respecto a la representación legal, es necesario que consideremos diversas situaciones que pueden presentarse sobre esta materia.

Cuando el representante legal actúa en nombre de un interdicto, debe intervenir directamente en el acto o actos jurídicos que realice por su representado pues se presume que el interdicto carece de voluntad.

En cambio si la representación recae sobre menores, puede el representante actuar directamente en nombre de su representado o bien autorizarlo para que realice determinados actos, cuando considere que tiene suficiente capacidad para hacerlo.

Ello se desprende con respecto a los menores sujetos a patria potestad de las disposiciones establecidas en los -- artículos 424 y 435 del código civil. Con respecto de los -- menores sujetos a tutela los artículos 537 y 635 contemplan - este sistema especial.

1.- INTERDICCION

Los incapaces que señalan las fracciones II, III y - IV del artículo 450, deben ser previamente declarados en in-- terdicción para que pueda designarseles tutor.

La interdicción es un trámite procesal que tiene como finalidad esencial patentizar en forma fehaciente la incapacidad.

2.- TRAMITES PROCESALES DESTINADOS A DECLARAR INTERDICTO AL- PRESUNTO INCAPAZ

Dispone el artículo 462 del código civil que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

El código de procedimientos civiles en los artículos 904 905 y siguientes contemplan las normas a que debe sujetar

se la tramitación de una interdicción. (30)

Para declarar interdicto por demencia a un sujeto es necesario utilizar el procedimiento ordinario que se seguirá ante el tribunal respectivo, entre la persona que haga la petición y un tutor interino que designará el juez.

Recibida la demanda de interdicción, el juez debe ordenar las medidas conducentes para asegurar la persona y bienes del presunto incapacitado y pondrá a éste a disposición de los médicos alienistas dentro de un plazo de 72 horas para que sea sometido a examen. (31)

(30) Llámanse, en términos generales, interdicción o estado de interdicción, a la situación de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil privada de la administración de su persona y bienes. En tal concepto, se comprenden todos los casos en que se producen estos efectos, bien por resolución de carácter penal, bien por resolución de carácter civil. Pina, Rafael De op. cit., pag. 396.

(31) Según Lacruz-Sancho (17), en la práctica se salva esta dificultad mediante la constitución de un consejo provisional —al que la jurisprudencia asigna, sin fundamento legal, la guardia de la persona y bienes del presunto incapaz—; dicho consejo, tras la incapacitación, se eleva a definitivo, modificando o no su composición. — La Cruz - Sancho, Derecho de Familia, Barcelona, 1966, — pag. 494 cita, Rogel Vide, Carlos opos. cit. pag. 818, — 819.

Si de los exámenes periciales resultare comprobada la incapacidad o hubiere dudas fundadas acerca de ello el juez le nombrará tutor y curador interino cargo que deberá recaer en las personas siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, madre, cónyuge, hijos, abuelo y hermanos del incapacitado; es del caso hacer notar que se trata de un nombramiento de un tutor interino, el que puede recaer en las personas ya nombradas pero el tutor definitivo deberá recaer en la persona que corresponda conforme a la ley.

Por tratarse de aspectos procesales solo nos limitaremos a colocar a pie de página los arts. pertinentes del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. (32)

(32) "Art. 904.- La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

I.- Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata lo ponga a disposición de los médicos alienistas en el plazo de 72 horas para que sea sometido a examen; ordenará que el afectado sea oído personalmente o representado durante este procedimiento; y que la persona cuya guarda se encuentra el indicado como incapaz se abstenga de disponer de los bienes del incapacitado siempre que, a la demanda se acompañe certificado de un médico alienista o informe fidedigno de la persona que lo auxilia o otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

3.- TUTELA LEGITIMA DEL CONYUGE

Si uno de los cónyuges es declarado en interdicción, la tutela legítima debe desempeñarla el otro cónyuge.

(32) II.- Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas. Dicho examen se hará en presencia del juez, previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.

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

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

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

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

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

Dice al respecto el artículo 486: "El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido."

Esta disposición es lógica. Entre los deberes de los cónyuges, la ley contempla esta obligación mediante la cual uno de los cónyuges tiene que desempeñar la tutela legítima del otro cuando este es declarado en interdicción.

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

V.- Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia, en la cual, si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará resolución declarando o no ésta.

Si en dicha audiencia hubiere oposición de parte, se sustanciará en juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.

"Art. 905.- En el juicio ordinario a que se refiere el artículo anterior se observarán las reglas siguientes:

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

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

III.- El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de tres médicos por lo menos preferentemente alinienistas del servicio médico legal o de instituciones medicas oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico "para que intervenga en la au-

Dispone el artículo 162 que los cónyuges están obligados a socorrerse mutuamente.

4.- DURACION DE ESTA TUTELA

El artículo 466 establece que esta tutela se desempeñará por el cónyuge sano, mientras subsista el matrimonio.

Dice a la letra el artículo citado: "El cargo de tutor del demente, idiota, imbecil, sordo mudo, ebrio consuetudinario y de los que habitualmente abusen de las drogas enervantes, durará el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes.

(32) diencia y rinda su dictamen. El examen del presunto-incapacitado se hará en presencia del juez con citación de las partes y del Ministerio Público. El juez podrá hacer el examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

IV.- Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, - la tutela interina debe limitarse a los actos de mera - protección a la persona y conservación de los bienes -- del incapacitado.

Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

V.- Luego que cause ejecutoria la sentencia de interdicción, se procederá a nombrar y discernir el cargo - de tutor definitivo que corresponda conforme a la ley.

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

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

El cónyuge solo tendrá obligación de desempeñar, ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge."

O sea, que el cónyuge que es tutor de su otro cónyuge debe desempeñar el cargo mientras subsista el matrimonio.

Si durante el matrimonio el cónyuge enfermo recobra su capacidad, también cesa la tutela.

5.- LIMITACIONES QUE LOS ARTS. 581 Y 585 IMPONEN A ESTA TUTELA

La tutela del cónyuge tiene diversas limitaciones en el ejercicio de los derechos conyugales, cuando conforme a de recho, se requiere el consentimiento del cónyuge, se suplirá éste por el juez con audiencia del curador.

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

En los casos en que el cónyuge incapaz pueda querellarse del otro, denunciarlo o demandarlo para asegurar sus derechos violados o amenazados, será representado por un tutor interino que el juez le nombrará.

El curador o el Consejo Local de Tutelas deben promover este nombramiento.

Dispone el artículo 581:

"Cuando el tutor de un incapaz sea el cónyuge, continuará ejerciendo los derechos conyugales con las siguientes modificaciones":

I. En los casos en que conforme a derecho se requiere el consentimiento del cónyuge, se suplirá éste por el juez con audiencia del curador.

II. En los casos en que el cónyuge incapaz pueda querellarse del otro, denunciarlo o demandarlo para asegurar sus derechos violados o amenazados, será representado por un tutor interino que el juez le nombrará. Es obligación del curador promover este nombramiento y si no lo cumple, será responsable de los perjuicios que se causen al incapacitado. También podrá promover este nombramiento el Consejo Local de Tutelas.

Puede ocurrir que la enajenación mental sea invocada por el cónyuge sano como causal de divorcio de acuerdo con lo preceptuado por la fracción VII del artículo 267. En este caso será necesario designar un tutor interino al cónyuge enfermo. Si la demanda de divorcio es acogida ¿se termina la tutela legítima del cónyuge? La respuesta es dudosa pues el artículo 466 no es imperativo.

El artículo 582 dice que:

"Cuando la tutela del incapaz recaiga en el cónyuge, sólo podrá gravar o enajenar los bienes mencionados en el artículo 568, previa audiencia del curador y autorización judicial, que se concederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 561".

Los dos artículos citados son del tenor siguiente:

Art. 568. "Para que el tutor transija, cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o bien en valores mercantiles o industriales cuya cuantía exceda de mil pesos, necesita del consentimiento del curador y de la aprobación judicial otorgada con audiencia de éste".

Art. 561. "Los bienes inmuebles, los derechos ane--

xos a ellos y los muebles preciosos no pueden ser enajenados - ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, debidamente justificada y previa la conformidad del curador y la autoridad judicial".

Es del caso advertir que los artículos 581 y 582 fueron modificados en la forma que aparece en los textos transcritos por ley del 31 de diciembre de 1974, que equiparó los derechos y obligaciones del varón y de la mujer.

Los textos anteriores eran los siguientes:

Art. 581. "Cuando sea tutor el marido, continuará ejerciendo respecto de su mujer incapacitada, los derechos conyugales, con las siguientes modificaciones:

I. En los casos en que conforme a derecho fuera necesario el consentimiento de la mujer, se suplirá éste por el juez, con audiencia del curador.

II. La mujer en los casos en que pueda querellarse de su marido, o demandarlo para asegurar sus derechos violados amenazados, será representada por un tutor interino que el juez le nombrará. Es obligación del curador proveer este nombramiento, y si no la cumple serán responsable de los perjuicios que se sigan al incapacitado. También podrá promover ese

nombramiento el Consejo Local de Tutelas".

Art. 582. "Cuando la tutela del incapacitado recayere en su mujer, ejercerá ésta la autoridad de aquél; pero no podrá gravar ni enajenar los bienes del marido que sean de la clase a que se refiere el artículo 568, sin previa audiencia del curador y autorización judicial, que se concederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 561".

La modificación era necesaria porque el primero de esos artículos se refería exclusivamente al marido y el segundo a la mujer, hoy se considera a ambos.

6.- ADMINISTRACION EXTRAORDINARIA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Es importante dejar constancia que el código de Procedimientos Civiles, en el artículo 904 fracción III letra b), establece que si el cónyuge enfermo es el administrador de la sociedad conyugal, esta administración será ejercida por el cónyuge sano. Nos encontramos aquí en presencia de lo que las legislaciones extranjeras denominan "administración extraordinaria de la sociedad conyugal". Dispone el artículo citado:

Art. 904. "La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las si-

guientes:

III...

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

La sociedad conyugal no se disuelve por la interdicción de administrador, sino que ella continúa bajo la administración del cónyuge sano que haya sido designado tutor del incapacitado.

7.- EL CONYUGE NO ESTA OBLIGADO A DAR GARANTIAS

El cónyuge que deba ejercer la tutela del otro, no está obligado a garantizar el desempeño de su cargo.

No obstante, el juez, previa consulta al curador y al Consejo de Tutelas, puede exigirle que rinda las cauciones que para los demás tutores contempla el artículo 519 del código civil.

Dispone al efecto el artículo 523:

Art. 523. "Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, no se dará garantía; salvo el caso de que el juez, con audiencia de (sic) curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente.

8.- TUTELA LEGITIMA DE LOS PROGENITORES INCAPACITADOS

Dispone el artículo 487 que "los hijos mayores de --- edad son tutores de su padre o madre viudos".

Del análisis de esta disposición se desprende:

1. Que la tutela legítima corresponderá a los hijos mayores de edad, porque solo los mayores de edad pueden ejercer la tutela, según lo dispone el art. 503 en su fracción I, cuando dice:

"No pueden ser tutores aunque estén anuentes en recibir el cargo, los menores de edad".

A mayor abundamiento, de acuerdo con los principios del derecho positivo en que se fundamenta la figura jurídica de la representación, quien actúa en nombre de otro debe tener la capacidad legal necesaria para hacerlo. La lógica jurídica nos señala que un incapaz no puede representar a otro incapaz.

9. ¿PUEDE UN MENOR EMANCIPADO DESEMPEÑAR LA TUTELA DE SUS PROGENI-
TORES INCAPACITADOS? (32)

La respuesta es dudosa, en sentido positivo podrían -
darse los siguientes argumentos:

1. De la lectura de los artículos 173, 451, 641, y-
643, se desprende que el menor emancipado tiene la misma capa-
cidad jurídica que el mayor de edad, con las únicas limitacio-
nes que señalan estas disposiciones legales. Sin embargo debe-
mos reconocer que esas limitaciones no son las únicas, pues --
los artículos 187 y 209 disponen que los menores emancipados -
tampoco pueden modificar durante el matrimonio su régimen pa--
trimonial o introducirle cambios sin la previa autorización de
aquellos que dieron su consentimiento para el matrimonio.

2. Los menores de edad tienen incapacidad natural de -
acuerdo con lo establecido en la fracción I del artículo 450 y
por lo tanto ello constituye una restricción a su personalidad
jurídica como lo dice el art. 23. En cambio el emancipado tie-
ne la libre administración de sus bienes según lo establece el
art. 643 con las limitaciones que este mismo art. señala y las
que se mencionan en los artículos 187 y 209, así como el 451.

(32) Cruz Ponce L. op. cit.

Fuera de esas limitaciones los emancipados pueden realizar las actuaciones que la ley señala para los mayores de edad en los artículos 24 y 647.

Podrían en consecuencia desempeñar válidamente la tutela de sus progenitores.

3. Porque de acuerdo con lo establecido en los arts. 412, 413, 414 entre otros del código civil, al menor emancipado le corresponde el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos, y nadie ha puesto en duda que este ejercicio comprende las tres áreas de la patria potestad: el cuidado de la persona del hijo, la administración de sus bienes y su representación.

Si tiene capacidad legal para representar a sus hijos y esa capacidad se la ha conferido la ley al equipararlo al mayor de edad, también podría válidamente ejercer la tutela sobre sus progenitores incapacitados.

4. Que tanto la Constitución Política en su artículo 14 como el Código Civil en el artículo 19 establecen que las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse en primer término conforme a la letra de la ley. Ahora bien, analizando la fracción I del artículo 503 desde el punto de vista literal, debemos concluir que en la expresión "menores de edad" no pueden quedar comprendidos los emancipados a quienes el le-

gislador ha otorgado una categoría jurídica distinta de los simplemente menores de edad. Constituyen una excepción muy calificada a la figura jurídica de la minoría de edad, es por así decirlo, una anticipación a la mayoría de edad y es sabido que las excepciones son de derecho estricto y de aplicación preferente, como lo establece el artículo 11 del Código Civil que dice:

Art. 11.- Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

En contrario podría argumentarse:

1. Que no obstante las disposiciones limitativas que establecen los arts. 173, 451 y 643 del Código Civil, no son estas las únicas que contempla el legislador con respecto a la capacidad de los emancipados, pues hay otras como lo hemos podido constatar al referirnos a los artículos 187 y 209 y podría argumentarse de acuerdo al análisis que se hará más adelante, que ésta puede ser otra de las limitaciones a la capacidad aparentemente amplia del emancipado, o sea, que no existiría la posibilidad de ser tutor.

2. Porque el artículo 643 establece que para negocios judiciales al emancipado debe designársele un tutor. Ahora bien, supongamos que el emancipado deba recurrir a los tri-

bunales para solucionar algún problema de su pupilo. No podría hacerlo personalmente por la limitación que le señala el artículo 643 y tampoco podría nombrársele un tutor, pues no existe posibilidad alguna de que a un tutor deba designársele otro tutor. No existe la figura jurídica de la tutela sobre tutela en nuestra legislación.

Con respecto al ejercicio de la patria potestad, es posible que en los problemas judiciales relacionados con el hijo pueda designarse un tutor al emancipado para que concurra ante los Tribunales pues la ley no hace distinción alguna en orden a si se requiere la designación de este tutor para negocios propios del emancipado o para asuntos relacionados con el ejercicio de la patria potestad. No habría aquí una tutela sobre tutela, sino el asesoramiento de un tutor para el debido ejercicio de la patria potestad.

Reconocemos sin embargo, que esta materia debiera ser debidamente aclarada por el legislador.

3. El artículo 487 dispone que la tutela de los progenitores deberá corresponder al hijo "mayor de edad".

La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos según lo dispone el artículo 646 y el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, según lo esta--

blecido en los artículos 24 y 647.

Las palabras de la ley deben interpretarse de acuerdo con su significado legal cuando han sido definidas por el legislador. No puede el intérprete darle un significado distinto. Si el legislador ha establecido en los artículos citados que la mayoría de edad empieza a los 18 años cumplidos, no podría el intérprete darle un sentido distinto. La emancipación es una calidad jurídica intermedia entre la minoría y la mayoría de edad pero no son términos equivalentes emancipación y mayoría de edad.

Por lo demás el legislador sigue denominando menores a los emancipados en muchas disposiciones, entre otras podemos citar los artículos: 173, 187, 209, 451, 499, 624 II, 636 del Código Civil.

En los artículos 438 I, 442, 443, 605, 731 I, entre otros, el legislador considera la emancipación y la mayoría de edad como dos situaciones jurídicas distintas. El artículo 438 dispone en su fracción I que el derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos. El artículo 442 dispone que las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen, o lleguen a la mayor edad, todos los bie-

nes y frutos que les pertenecen; el artículo 443 establece en su fracción II que la patria potestad se acaba con la emancipación derivada del matrimonio y la fracción III establece que también se acaba por la mayor edad del hijo. Igual diferencia hacenal respecto los artículos 605 y 731 fracción I.

No identifica el legislador los conceptos emancipación y mayoría de edad, de modo que no podría válidamente interpretarse el artículo 487 en el sentido de que también el menor emancipado podría desempeñar la tutela de alguno de sus progenitores incapacitado.

En otros artículos el Código Civil se refiere en forma concreta al mayor de edad. El 1551 dispone que el testamento ológrafo sólo puede ser otorgado por las personas "mayores de edad". Disposición que se consideraría limitativa al igual que el Art. 487.

De allí que consideremos que es difícil determinar si puede el menor emancipado desempeñar la tutela que señala el artículo 487. Pensamos que es necesario aclarar el texto legal para evitar las dudas que hemos analizado. (34)

(34) Cruz Ponce L. Op. Cit.

10.-PADRE O MADRE VIUDOS

Dispone el artículo 487 que los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos. Esta es una disposición lógica, pues si fueren casados le correspondería al otro cónyuge el ejercicio de la tutela, pues es de toda evidencia que el legislador en esta materia ha ido estableciendo en el capítulo IV, del título IX un orden de prioridades en la designación de los tutores.

Sin embargo, al emplear el legislador la expresión -- "viudos" al parecer sólo admite el desempeño de la tutela de los hijos nacidos dentro del matrimonio de sus padres, excluyendo a los hijos de padres solteros, divorciados o anulados.

Por lo demás el artículo 487 sólo exige que el padre o la madre sean "viudos" sin especificar si el cónyuge pre-muerto era o no familiar del hijo mayor de edad que deberá ejercer la tutela de su progenitor incapacitado. Consideramos que el texto, debe también ser aclarado en este aspecto.

11.- CASO EN QUE EXISTEN VARIOS HIJOS

Si existieren varios hijos hábiles para ejercer la tu tela, deberá preferirse al que viva en compañía del padre o de la madre.

Si son varios los que se encuentran en el mismo caso, la designación la hará el juez, en el que le parezca más apto-situación que es similar a la que contempla el Art. 484 y 490- que otorgan esta misma facultad al juez.

Así lo dispone el artículo 488 que dice:

Art. 488. Cuando haya dos o más hijos, se--rá preferido el que viva en compañía del pa-dre o de la madre; y siendo varios los que -estén en el mismo caso, el juez elegirá al -que le parezca más apto.

12.- TUTELA DE LOS PADRES RESPECTO DE LOS HIJOS SOLTEROS O VIUDOS

Dice el artículo 489 que los padres son de derecho tutores de sus hijos, siempre que:

- a) Sean solteros o viudos, y
- b) Que no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela.

Confirma este artículo la afirmación que hicimos anteriormente en orden de que en la designación de los tutores legítimos, el legislador estableció un orden de precedencia, - porque si el incapacitado tuviere padres e hijos, éstos últimos excluirían a los padres en el desempeño de la tutela.

a).- ¿CUAL DE LOS PROGENITORES EJERCERA LA TUTELA SI VIVIEREN AMBOS?

Si viven ambos progenitores ellos deberán ponerse de acuerdo pues la tutela solo puede ejercerla una sola persona, - por así disponerlo el artículo 455 que dice que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor definitivo.

Queremos dejar constancia de un error que contiene el artículo 489:

El texto primitivo de este artículo era el siguiente:

"El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre; son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, - cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela".

Por ley publicada en el Diario Oficial del 9 de enero de 1954, se dió una nueva redacción a esta disposición quedando en la forma siguiente:

"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 quien de los dos ejercerá el cargo".

Como puede observarse no aparece en esta nueva redacción la palabra "No" que debiera ir entre las frases... "cuando estos" y "tengan hijos"...

La actual redacción no guarda concordancia con los -- principios sustentados por el legislador en este capítulo, pero es evidente que la interpretación que hemos dado a este artículo se ajusta al espíritu e intención que originariamente - tuvieron los redactores de este capítulo. Admitir otra interpretación sería dejar inoperante la norma legal que comentamos.

En algunas ediciones comerciales del código civil se ha corregido el error pero ello es contrario a la autenticidad de los textos legales.

Es de esperar que se corrija en el futuro esta mala redacción de la disposición citada.

b).- OTROS PARIENTES LLAMADOS A EJERCER LA TUTELA LEGITIMA

Puede ocurrir que falte la persona que debe desempeñar la tutela legítima que señala la ley en los arts. analizados.

Si tal hecho ocurriere el art. 490 establece que serán llamados a ella sucesivamente o sea por orden de procedencia.

- a) Los Abuelos
- b) Los Hermanos del incapacitado
- c) Los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

Si hubiere varios parientes del mismo grado el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo así lo dispone el artículo 490 que dice:

Art. 490. "A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente, los abuelos, 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.

c).- CASO EN QUE NO HAYA OTROS FAMILIARES

Si no hay familiares que pueden desempeñar la tutela legítima debe designarse al incapacitado un tutor dativo de -- acuerdo con el artículo 495.

Art. 495. "La tutela dativa tiene lugar:

I. Cuando no haya tutor testamentario ni persona a -- quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima;

II. Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.

13.- INCAPACITADO QUE TIENE HIJOS MENORES BAJO PATRIA POTESTAD

El art. 491 contiene un principio muy novedoso; dispone que el tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad será también tutor de ellos si no hay otro -- ascendiente a quien la ley llama al ejercicio de aquel derecho.

Esta disposición es novedosa pero también adolece de cierta oscuridad porque no esclarece si el tutor del incapacitado ejercerá de pleno derecho la tutela de estos hijos o si -- hay que someter la designación del mismo tutor a los procedimientos que el código del ramo establece para la designación -- de los tutores.

Es de advertir que el artículo 465 contiene un principio distinto, dice esta disposición:

Art. 465. "Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se les proveerá de tutor".

Hay como puede observarse una manifiesta contradicción entre ambas disposiciones, sin embargo pensamos que el Art. 465 es de aplicación general porque se encuentra ubicado en las disposiciones generales de la tutela, en cambio en el Art. 491 sería de aplicación especial a los casos que señale el capítulo IV del título noveno del libro Primero o sea de aplicación restringida solo a los casos allí señalados.

Pensamos que sería necesario también armonizar ambas disposiciones en futuras modificaciones legales.

14.- CURADOR (35)

Dispone el artículo 618:

"Todo los individuos sujetos a tutela, ya sea testa--

-
- (35) El Código civil (arts. 612-621) impone como necesario el nombramiento de un curador interino en los casos siguientes: a) Siempre que se nombre al menor tutor interino. b) En los casos de oposición de intereses entre incapaces sujetos a la misma tutela. c) En los casos de impedi

mentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador excepto en los casos de tutela a que se refieren los artículos 492 y 500 y agrega el artículo 623:

Art. 623.- Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador.

Dice el artículo 624:

"Designarán por sí mismo al curador, con aprobación judicial:

I. Los comprendidos en el artículo 496, observándose lo que allí se dispone respecto de esos nombramientos;

II.- Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, en el caso previsto en la fracción II del artículo - 643."

(35) mento, separación o excusa del nombramiento, mientras se decide el punto, nombrándose, luego que se decida, nuevo-curador con arreglo a derecho.
Designarán por sí mismo al curador, con aprobación judicial, quienes tienen análoga facultad en relación con la tutela dativa con observancia de lo dispuesto sobre ésta y los menores emancipados que necesiten de un tutor para los negocios. El curador de todos los demás individuos - sujetos a tutela será nombrado por el juez.
El curador tiene derecho a ser relevado de su cargo de la curaduría pasados diez años desde que se encargó de ella.
Pina Rafael de. Opus. Cit. Pág. 394

El artículo 496 a que se refiere el artículo transcrito dice a la letra:

"El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciseis años. El juez de - lo familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. Para reprobear la ulteriores designaciones que haga el menor, el Juez oirá el parecer del Consejo de Tutelas. Si no se aprueba el nombra-- miento hecho por el menor, el Juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente."

Este artículo no es aplicable a nuestro caso.

Como podemos observarlo este artículo se refiere especificamente a la tutela dativa.

Creemos que debiera también considerarse esta misma - facultad a los menores a quienes deba designarse tutor legíti- mo puesto que el artículo 484 al igual que el 496 autoriza a - estos si son mayores de 16 años para hacer la designación del- tutor. ¿Puede el menor que se encuentra el caso que contempla el artículo 484 designar al curador invocando el artículo 623? la respuesta es dudosa.

Por lo demás la curaduría es una Institución inútil -

y cara y sería conveniente excluirla definitivamente de la legislación civil. (36)

(36) La institución del curador o protutor carece de antecedentes en el derecho romano y en el español. Consideráse como verdadero origen de esta institución el derecho consuetudinario francés, del cual pasó al Código civil napoleónico. Algunos autores dudan de la utilidad de esta institución. Hay que reconocer, no obstante, que debe estimarse como una pieza imprescindible dentro del sistema tutelar. Pina Rafael de, Opus. Cit. Pág. 394

CAPITULO QUINTO

CAPITULO QUINTO

V.- DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES ABANDONADOS Y DE LOS
 ACOGIDOS POR ALGUNA PERSONA O DEPOSITADOS EN ESTABLECIMIENTOS
 DE BENEFICENCIA

El capítulo V del título noveno del libro primero del código civil, se refiere a esta materia.

Se trata de los menores abandonados

Los artículos 492 y 493 se refieren a ellos. El primero dispone que la ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido y el segundo establece que los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciben expósitos desempeñarán la tutela de estos.

1.- CONCEPTO DE EXPOSITO

No encontramos en el código civil un concepto claro sobre el significado de la expresión "expósitos".

Los autores y los diccionarios tampoco nos aclaran -- las dudas porque no son uniformes ni concordantes en sus definiciones.

Para algunos el expósito es el recién nacido que es -

abandonado en la puerta de una casa, en una iglesia, en la vía pública o que es entregado sin identificación en algún establecimiento de beneficencia. La característica esencial del expósito, para estas personas, se encontraría en la ausencia de toda identidad del menor abandonado.

No podría confundirse al expósito, con el menor abandonado cuando su identidad es conocida. Serían dos categorías jurídicas distintas no obstante tratarse en ambos casos de menores abandonados.

De la lectura de los artículos 65 y 67 del código civil, parece desprenderse que el legislador mexicano considera "expósito" al menor abandonado que carece de identificación y su nacimiento no se encuentra inscrito.

En especial el artículo 67 nos lleva a esta conclusión al establecer que el Juez del Registro Civil debe proceder a la inscripción del nacimiento del expósito, debiendo dejar constancia en el acta respectiva de los supuestos que señala el artículo referido, asignándole un nombre y un apellido con lo cual se le dota de identificación legal.

Dispone el artículo 65:

"Toda persona que encontrare un recién nacido o en cu

ya casa o propiedad fuere expuesto alguno, deberá presentarlo al Juez del Registro Civil con los vestidos, valores o cualesquiera otros objetos encontrados con él, y declara el día y -- lugar donde lo hubiere hallado, así como las demás circunstancias que en su caso hayan concurrido, dándose además intervención al Ministerio Público".

El conocimiento que debe darse al Ministerio Público-- se agregó a este artículo por ley que aparece publicada en el Diario Oficial del 3 de enero de 1979.

El artículo 67, dispone por su parte:

"En las actas que se levanten en estos casos, se expresarán con especificación todas las circunstancias que designa el artículo 65, la edad aparente del niño, su sexo, el nombre y apellido que se le pongan, y el nombre de la persona o casa de expósitos que se encarguen de él".

Concordante con este, dispone el artículo 58:

"El acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos. Contendrá el día, la hora y el lugar del nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan; asimismo, la razón de si se ha presentado vivo o muerto; la impresión digital del presentado. Si éste se pre--

senta como hijo de padres desconocidos, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciéndose constar esta circunstancia en el acta.

Si el nacimiento ocurriere en un establecimiento de -
reclusión, el Juez del Registro Civil deberá asentar como domi-
cilio del nacido, el Distrito Federal.

En los casos de los artículos 60 y 77 de este Código-
el Juez pondrá el apellido paterno de los progenitores o los -
dos apellidos del que lo reconozca".

El artículo 66, no se refiere al menor abandonado ni-
al expósito cuya identidad se ignora. Solo se hace mención --
del menor que expuesto en alguno de los sitios que esa disposi-
ción señala, pero no precisa si su exposición es de menores --
sin identidad.

Dice el artículo 66:

"La misma obligación tienen los jefes, directores o -
administradores de los establecimientos de reclusión, y de - -
cualquier casa de comunidad especialmente los de los hospita--
les, casas de maternidad e inclusas, respecto de los niños na-
cidos o expuestos en ellas y en caso de incumplimiento, la au-
toridad Delegacional impondrá al infractor una multa de diez a

cincuenta días del importe del salario mínimo legal fijado en el lugar correspondiente".

El artículo 68 completa el anterior, y dice a la letra:

"Si con el expósito se hubieren encontrado papeles, alhajas u otros objetos que puedan conducir al reconocimiento de aquél, el Juez del Registro Civil, ordenará su depósito ante el Ministerio Público respectivo; mencionándolos en el acta y dando formal recibo de ellos al que recoja al niño".

2.- OTROS SIGNIFICADOS

Hay no obstante otras disposiciones del código civil que no dan este mismo alcance a la expresión "expósito". Así tenemos por ejemplo el 444 que dispone, en la fracción IV que la patria potestad se pierde por la "exposición" que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses. Si bien es cierto que esta norma considera dos situaciones distintas la de los expósitos y la de los hijos abandonados, como se desprende de la redacción, en que se hace una distinción entre ambos conceptos, no es menos cierto que se confunden ambas expresiones. Al referirse a los expósitos no se están considerando aquellos que carecen de identidad sino a personas perfectamente identificadas. Si carecie

ran de identificación, el tribunal, no tendría elementos de -- juicio para sancionar a los padres pues la pérdida de la pa- -- tria potestad solo puede decretarse con respecto a hijos per-- fectamente determinados. Al parecer cuando el legislador se -- refiere a la exposición que el padre o la madre hicieren de -- sus hijos se esta refiriendo a la entrega que los progenitores hubieren hecho de sus hijos en una casa de expósitos. No obs-- tante que hubiere existido ocultamiento de la identidad tanto-- del menor como de los propios padres.

Es del caso advertir que esta fracción IV sólo sancio-- na al padre y a la madre con la pérdida de la patria potestad-- e ignora a los abuelos.

a).-CODIGO PENAL

Hay otras disposiciones legales que también confunden-- ambos conceptos en especial el artículo 342 del código penal -- para el Distrito Federal que dice a la letra:

"Al que exponga en una casa de expósitos a un niño me-- nor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra perso-- na, sin anuencia de la que se le confió o de la autoridad en -- su defecto, se le aplicarán de uno a cuatro meses de prisión -- y multa de cinco a veinte pesos".

Y el artículo 343 vuelve a emplear la misma expresión al referirse a los ascendientes o tutores. Dice este artículo "Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese solo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito".

De ambas disposiciones se desprende que el legislador denomina expósitos no a los menores que carecen de identidad - si no al niño que es entregado en una casa de expósitos. De allí que se preste a confusión la terminología que emplea tanto el legislador civil como los de otros sistemas jurídicos.

b).- LEY DE NACIONALIDAD Y NATURALIZACION

Así por ejemplo el artículo 55 de la ley de Nacionalidad y Naturalización dice: "Que se presume mientras no halla - prueba en contrario que el niño expósito hallado en territorio mexicano ha nacido en éste".

Posiblemente esta disposición se ajuste en su terminología al concepto de expósito que encontramos en los artículos 65 y 66 del código civil o sea que se trata de un menor sin -- identidad pues si lo fuere sería muy simple determinar su condición jurídica de nacional, o de extranjero.

3.- TUTELA DE LOS EXPOSITOS

Dice el artículo 492 que la ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores".

Se trata de los expósitos a que se refiere el artículo 65 y en tal caso la persona que los hubiere encontrado asumirá la tutela.

No es explícito el legislador en cuanto a la determinación de la persona a quien se debe atribuir el encuentro del expósito, porque si es abandonado en la puerta de un condominio o de una casa en donde habitan muchas personas será difícil determinar a quien corresponderá el ejercicio de la tutela. Puede ocurrir que el encuentro lo haga un niño que no tendrá capacidad legal para ejercer la tutela. Se requiere que se haga una aclaración de este concepto legal para evitar confusiones y vaguedades. Este artículo en el fondo contempla -- una imposición ya que se le asigna la tutela, podríamos decir obligadamente al que hace el encuentro en circunstancias que esta figura jurídica solo procede en la práctica cuando el incapacitado tiene bienes que deben ser administrados por el tutor.

Es cierto que en esta materia el artículo 500 establece que puede designarse tutor a los menores que allí se indican aún cuando no tengan bienes y que en este caso la tutela tendrá por objeto el solo cuidado de la persona del menor a efecto de que reciba la educación que corresponda. (37)

Sin embargo los tutores mencionados en el artículo 492 aun cuando los pupilos carezcan de bienes estan obligados a rendir fianza pues el artículo 520 en su fracción IV establece que estan exceptuados de la obligación de dar garantía los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido atención para cuidar de él. "Como vemos solo queda liberado el tutor de la obligación de otorgar garantía después de 10 años de haberse hecho cargo del expósito.

4.- CURADOR

El artículo 535 establece que el tutor de los expósitos ejercerá la tutela sin la intervención del curador. Dice-

(37) 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.

Valverde y Valverde, Calixto Citado por Ignacio Galindo-Garfias, opus cit. pág. 689.

al respecto este artículo. "Cuando el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a la administración sin que antes se nombra curador, excepto en el caso del artículo 492. No se designa pues curador a estos menores y esto es una prueba más de que el desempeño de la tutela, al parecer es un hecho obligado, como lo decíamos anteriormente.

El artículo 618 vuelve a establecer que en estos casos no se designará curador al expósito. Dice este artículo: "Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrá un curador, excepto en los casos de tutela a que se refieren los arts. 492 y 500.

Podrían ser aplicables a estos menores los artículos 544 y 545 con la salvedad de que por carecer de curador no podría cumplirse el trámite de consulta que allí se señala.

5.- TUTELA DE LOS DIRECTORES DE INCLUSAS, HOSPICIOS Y DEMAS CASAS DE BENEFICENCIA DONDE RECIBAN EXPOSITOS

Dispone el artículo 493 que estas personas desempeñarán el cargo de tutor.

Art. 493.- "Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos, con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los establecimientos".

Dice el artículo 494 que en el caso del artículo 493- no es necesario el discernimiento del cargo, que como sabemos- es la resolución judicial mediante la cual se hace la designa- ción de tutor, como lo señalan los artículos 519 del código ci- vil y las normas pertinentes del código de procedimientos civi- les.

6.- GARANTIAS

Con respecto a las garantías debe aplicarse a esta tu- tela lo establecido en el art. 520 en su fracción IV disposi- ción que ya conocemos. Es necesario que a estos menores se -- les designe curador puesto que los arts. 535 y 618 solo libe-- ran de ese trámite a los expósitos señalados en el artículo -- 492.

7.- MODIFICACIONES QUE PROPONEMOS

Es necesario modificar estas disposiciones no es posi- ble que se exijan trámites tan complicados en la designación - de tutores de estos menores que en la casi totalidad de los ca- sos no tienen bienes de ninguna especie; además la curatela -- que existe el art. 493 de acuerdo con el sistema legal es remu- nerada debiendo recaer esta imposición sobre el tutor y no es- lógico que el establecimiento que acoge a un expósito o a un - menor abandonado deba incurrir además en gastos que no tienen-

justificación alguna.

8.- INSCRIPCION DE LA TUTELA

El artículo 131 del Código Civil establece que una -- vez que el tribunal designe un tutor debe dentro del término -- de ocho días remitir al Juez del Registro Civil correspondien- te copia certificada de la eejcutoria respectiva y de acuerdo- con el artículo 132:

"El Juez del Registro Civil hará la anotación correspondiente en las actas de nacimiento y- de matrimonio, en su caso, e insertará los da tos esenciales de la resolución judicial que- se le haya comunicado.

y por fin el artículo 133 dispone que cuando se recobre la ca- pacidad legal para administrar el interesado o la autoridad -- que corresponda dará aviso al Registro Civil para que cancele- la inscripción.

En el derecho español también se exige la inscripción de la tutela. (38)

(38) Díez Picazo, Luis dice al respecto en su obra ya citada - Pág. 1398.

La inscripción de la tutela.- El Código Civil, en sus artículos 288-292, preveía la creación en los Juzgados de Primera Instancia de un registro de tutelas, donde se contubiera: 1º, el nombre, apellidos, edad y domicilio del menor o incapaz y la extensión y límite de la tutela cuando haya sido judicialmente declarado incapaz; 2º, -- el nombre, apellidos, profesión y domicilio del tutor y la expresión de, si es testamentario legítimo o dativo; - 3º, el día en que haya sido deferida la tutela y prestada la fianza expida al tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituido, y 4º, la pensión alimenticia que se haya asignado al menor o incapaz o la declaración de que se han compensado frutos por alimentos

¿Qué eficacia producía esta inscripción en el Registro de Tutelas? Es un asunto sumamente dudoso. El Código la miraba, más que nada, como una condición de la entrada del tutor en el desempeño de sus funciones.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1.- La tutela legítima de los menores debe constituirse cuando no hay quien ejerza sobre ellos la patria potestad ni se les ha designado tutor testamentario; y cuando deba nombrárseles tutor por causa de divorcio, (art. 482)

2.- También se designa tutor legítimo a los mayores-incapacitados previa declaración de interdicción.

3.- Por fin, procede la tutela legítima sobre los expósitos y los menores internados en inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos.

4.- La tutela legítima corresponderá ejercerla en sus respectivos casos:

- a) a los parientes del incapacitado dentro de los grados de ley.
- b) al cónyuge.
- c) a la persona que se hace cargo de un expósito y
- d) a los Directores de las instituciones de Beneficencia donde se reciben expósitos.

5.- Se designará tutor legítimo a los hijos menores del matrimonio que se divorcia si se resuelve que deben quedar

sujetos a tutela.

En el divorcio necesario el artículo 283 otorga al juez amplias facultades para resolver sobre la custodia y representación legal de los hijos de los divorciados. Si opta por dejarlos sujetos a tutela, esta deberá constituirse de acuerdo a las disposiciones legales que regulan la "Tutela Legítima" pues la fracción II del artículo 482 no ha sido modificada por las reformas que la ley del 27 de diciembre de 1983 hizo a este artículo.

6.- La tutela legítima de los menores, deben ejercerla;

a) Los hermanos prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas.

b) A falta de hermanos o por incapacidad de éstos, la tutela la ejercerán los demás colaterales dentro del cuarto grado.

c) Si hubiere varios colaterales del mismo grado el juez elegirá al que le parezca mas apto.

7.- Si el menor hubiere cumplido dieciseis años, él hará la elección.

8.- Por falta temporal del tutor legítimo debe nombrarse un tutor especial, cargo que se proveerá en la misma forma anterior.

9.- La tutela legítima de los incapacitados sujetos a interdicción deben ejercerla:

a). El cónyuge

b). Los hijos mayores de edad respecto a sus padres-viudos.

c). Los padres respecto de sus hijos si éstos no tienen hijos que puedan desempeñar la tutela.

d). A falta de los anteriores ejercerán la tutela, - en forma sucesiva los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales dentro del cuarto grado. Si hubiere varios parientes del mismo grado el juez elegirá al que considere más apto; y a falta de parientes se constituirá la tutela dativa (art. 495).

10.- El deber de socorro que la ley impone al cónyuge le obliga a desempeñar la tutela del otro cónyuge cuando éste ha sido declarado interdicto, la que substituirá mientras subsista el matrimonio (art. 466).

Quando la tutela recaiga en el cónyuge no se dará garantía, salvo que el juez la exija (art. 523).

11.- El cónyuge a cargo de la tutela continuará ejerciendo sus derechos conyugales con las siguientes modalidades:

a).- En los casos, en que conforme a derecho se requiera el consentimiento del cónyuge, se suplirá este por el juez

b).- Se designará el cónyuge incapacitado un tutor interino en los casos de contiendas entre marido y mujer - - - (art. 581).

12.- Si el incapacitado fuere el administrador de la sociedad conyugal, asumirá extraordinariamente la administración el cónyuge sano.

Así lo dispone el Código de Procedimientos Civiles, en su artículo 904 fracción III letra b).

Art. 904.- La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

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

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

13.- Cuando deba designarse tutor al padre o madre viudos, la tutela la ejercerán los hijos mayores de edad. Si hubiere varios hijos será preferido el que viva en compañía -- del progenitor y si algunos de ellos estuvieren en el mismo caso, el juez preferirá al que le parezca más apto (arts. 487 y 488).

14.- Los padres son tutores legítimos de sus hijos solteros o viudos cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela (art. 489).

15.- En caso de no existir cónyuge, hijos o padres la tutela la ejercerán sucesivamente los abuelos, los hermanos y los demás colaterales dentro del cuarto grado y si hubiere varios que estuvieren en la misma situación el juez elegirá al que le parezca más apto (art. 484).

16.- El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho (art. 491).

El artículo 465 que se refiere a la misma situación - da una solución diferente:

Art. 465.- "Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo se les proveerá de tutor".

Creemos que es conveniente armonizarlo mediante una aclaración de orden legal.

17.- Los tutores de los interdictos deben adoptar -- las medidas necesarias para que éstos puedan recuperar la salud (arts. 537 II, 546, 547 y 632 frac V.)

18.- El tutor de los expósitos será la persona que le hubiere recogido y queda exento de rendir caución cuando lo hubiere alimentado y educado convenientemente por más de diez años, a no ser que hubiere recibido pensión para cuidar de él (arts. 492 y 520 frac. IV).

19.- Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos desempeñarán la tutela de éstos y no es necesario el discernimiento del cargo (art. 493 y 494).

20.- Al hijo adoptivo que no se encuentra sujeto a patria potestad ni a tutela testamentaria no puede designarse el tutor legítimo de entre los parientes del adoptante, porque el parentesco civil sólo existe entre adoptante y adoptado (arts. 295 y 402). Sin embargo creemos que procedería la constitución de la tutela legítima con respecto a sus parientes consanguíneos, pues el artículo 403 establece que los derechos y obligaciones resultantes del parentesco natural no se extinguen por la adopción.

21.- El emancipado cuyo matrimonio se ha disuelto, no queda sujeto a la tutela de los menores porque el artículo 641 establece que no obstante su calidad de menor, no recae en la patria potestad y podríamos agregar, tampoco en la tutela pues no cabe duda que la expresión transcrita debe entenderse en el sentido de que mantiene su calidad jurídica de emancipado.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- ALCALA - ZAMORA Y TORRES, Niceto. "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", tomo IX, Núm. 33, Enero-Febrero - Marzo 1947, México, D.F.
- 2.- BELLMONT Y MORA, José, Pedro José Poyatos Ruiperez, Francisco Monterde Ferrer, "Anuario de la Escuela Judicial", - tomo XI, 1974, Madrid, España.
- 3.- CAMPOS HERNANDEZ, Manuel "Revista de Derecho Procesal", - Año IX, Núm. 4, oct. nov. dic. 1953, Madrid, España.
- 4.- Código Civil de 1870
- 5.- Código Civil de 1884.
- 6.- CRUZ PONCE, Lizandro, "Apuntes de Clase"
- 7.- DIEZ PICASO, Luis "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", Notas sobre la institución tutelar, Año XLIX, Nov.-Dic. 1973, No. 499, Madrid, España.
- 8.- GALINDO GARFIAS, Ignacio "Primer Curso de Derecho Civil", 6a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 1983'
- 9.- LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES, 3a. edición, Editorial Ediciones Andrade, S.A., 1980, México, D.F.
- 10.- LARREA HOLGUIN, Juan "Anuario Ecuatoriano de Derecho Internacional", Vol. II, No. 2, 1965-1966, Quito, Ecuador.

- 11.- ORTIZ URQUIDI, Raúl. "Oaxaca cuna de la codificación - -
iberoamericana, Editorial Porrúa, S.A., 1a. edición, Mé-
xico, D.F., 1974.
- 12.- Orús, Manuel. "Jurisprudencia Argentina", Año XXVII, No.
2291, 20 de julio 1965, Buenos Aires, Argentina.
- 13.- PINA, Rafael de "Elementos de Derecho Civil Mexicano", -
tomo I, 9a. edición, Editorial Porrúa, México, D.F., - -
1978.
- 14.- ROGEL VIDE, Carlos. "Documentación jurídica", Núm. 3 --
Julio, Sep. 1974, Madrid, España.
- 15.- SANCHEZ MEDEL, Ramón. "Los Grandes Cambios en el Dere--
cho de Familia de México", 1a. edición, Editorial Porrúa,
S.A., México, 1979.