



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

267  
360

LA PROTECCION JURIDICA DE LOS BIENES DEL MENOR  
Y DE LOS DEL MAYOR INCAPACITADO

**T E S I S**

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
PRESENTA LA PASANTE

*Esther Antonia Román Martínez*



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

INTRODUCCION.- El ejercicio de la patria potestad y la tutela y sus consecuencias sobre los bienes del menor, es el tema que se ha escogido por la sustentante para la elaboración de la tesis profesional. Sin duda alguna, el mismo ha sido tratado en múltiples ocasiones -- con enfoques diferentes, dada su amplitud, amén de la importancia familiar y social que reviste, en virtud de que la familia constituye el centro donde gravita y descansa cualquier ordenamiento social. Es insoslayable que, de acuerdo a los esquemas que hubiésemos atendido en la educación familiar en la primera edad, así nos estaremos proyectando individual o colectivamente frente al grupo o sociedad, que es al final, quien recoge los frutos o los fracasos de sus integrantes. Partiendo de este punto de vista que se sostiene por su lógica conformación, se reitera una vez más el tratamiento de la patria potestad y la tutela y sus consecuencias en los bienes del menor de edad o incapacitado.

Para nosotros, la institución de la patria potestad, no obstante ser el pilar de la estructura familiar, a cada momento se puede ver lesionada o conculcada en atención a la dinámica que campea en los derechos de los hijos y en los derechos de los cónyuges respecto de los bienes de aquellos; sin temor a la equivocación, lo anterior sería mayor razón para aseverar que a cada momento retoma su vigencia, se hace actual en cada paso del devenir, por una muy simple razón, tal es la de que siempre existirán padres quienes ejerzan la patria potestad o a quienes les toca el deber de velar a favor de los hijos en acatamiento estricto de aquella; por otra parte, siempre existirán hijos que necesiten -por disposición de la ley-, la representación del que ejerza sobre ellos la patria potestad; -- por último, siempre habrá la necesidad de representar y encausar -- los destinos de los segundos por los primeros, hasta la edad que señala la ley de la materia, y es en este apartado en donde muchas veces no pudiendo existir la patria potestad, la ley suple esa carencia con la institución de la tutela, complementada por la curatela.

Empero, al aceptar lo dinámico del Derecho en general, las instituciones que ahora se analizan, toman vigor cada vez que se les trata, debido indudablemente al momento que nos ha tocado vivir, en la cual se objetivizan carencia de valores, mutación de los mismos, o ya en el extremo del desaliento, el desconocimiento de aquellos rangos axiológicos. Más aún, debido al caótico panorama que se divisa en el mundo entero dentro de la sociedad principalmente, debemos sostener que si bien es cierto que los valores morales fundamentales no han cambiado, no menos cierto es que se les ha marginado u olvidado, se les ha echado a un lado como propósitos estorbosos para el desarrollo y evolución tanto de la tecnología cuando de la sociología.

Ahora bien, al último cuarto del siglo XX lo debemos ver como

un eslabón en que desnudos aparecen la violencia, la indiferencia y el desorden, armonizando factores sine qua non del postrer suspiro del siglo mencionado.

En esa inquietud, en esa constante incertidumbre que no es de ninguna manera positiva para los padres respecto a sus hijos, o para aquellos que sin ser padres ejercen la tutela, es ahí en donde encontramos un nuevo impulso para (con un modestísimo trabajo, como es el que ahora se presenta), tratar de hallar la justificación a nuestro estudio, en lo que se refiere a esa relación que existe entre el hijo o pupilo con el padre o tutor, enfocando esta relación a la propiedad y administración de los bienes de los primeros.

De la claridad con que se aborde el esquema de la patria potestad y la tutela, pienso que dependerá el fruto que se le saque al estudio de las instituciones tratadas. En efecto, éstas pueden ser "observadas" para un estudio de comportamiento, como un derecho, como un deber, como una representación de los menores o incapacitados; o bien, como la "manus" que estudió el Derecho Romano, y con la cual el padre ejercía todos los derechos sobre sus hijos, incluso el de darle muerte. Por ahora nos baste estar seguros de que las instituciones tratadas, tienen su ámbito muy señalado para que el menor o el incapaz tengan una garantía en la seguridad de su persona y de su patrimonio.

Parecerían meditaciones Cartesianas, el pensar que una cosa u objeto cultural como lo es el Derecho, y en particular las instituciones analizadas pudieran cambiar en un momento dado por los sentimientos humanos; pero partiendo de que tales objetos culturales son en el tiempo (rigen y están vigentes en determinado momento), tienen existencia (de estos objetos culturales se vale uno en el proceso de formación de un orden jurídico), y ocupan un lugar en nuestra experiencia (porque a diario, en el actuar humano, las acciones y o

misiones de cada Ser, se realizan en función de ellos). Debemos concluir que tales objetos culturales a que hemos aludido, están dentro del conocimiento sensible del Ser, por lo tanto, no son ajenos al propio dinamismo del devenir. En consecuencia, sí pueden influir definitivamente en el cambio del sentimiento de la conducta del hombre de cualquier tiempo.

Ciertamente, el concepto más antiguo que se tiene de la patria potestad y de la tutela, daba al titular, un poder ilimitado para que pudiera realizar actos propios de una "judicia privata". Esto es, aquella justicia por mano propia y privada.

Al transcurrir el tiempo, el Derecho Romano se humaniza, llegando al momento en el cual se conciben las instituciones mencionadas, como aquellas que regulaban más que derechos, obligaciones.

Desgraciadamente para la educación de los menores, nunca ha habido patrones o reglas fijas que dicten la línea a seguir para obtener una constante; hay obviamente normas tradicionales y reglas que a través del tiempo, sin duda han dado resultados meritorios y han servido para el sujeto que las acata; ésto, ha dado páulo a que tales lineamientos se observen cotidianamente, desde luego aceptando también que su resultado siempre será aleatorio, desconocido.

Es esa irregularidad de proyección, la causa por la que las -- instituciones de la patria potestad y de la tutela, tendrán que seguir a través del tiempo, funcionando como los medios legales para que el menor de edad o el incapacitado adquieran o ejerciten sus derechos dentro del ámbito de su propia incapacidad, sin perjuicio de la intervención de otras entidades sociales.

## CAPITULO PRIMERO

### BREVE ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD, LA TUTELA Y LA CURATELA

A) PREAMBULO

B) LA PATRIA POTESTAD

C) LA TUTELA

D) LA CURATELA

PREAMBULO.- En la vida del hombre podemos muy bien distinguir o establecer dos etapas o fases; caracterizada la una por su ineptitud frente al mundo material y jurídico que le rodea, y la otra, por su plena capacidad, que lo independiza totalmente de aquellas personas u organismos que lo auxiliaron en su primera etapa. Siendo por otra parte, tanto en una u otra fase de su vida, sujeto de derechos y obligaciones, pero sin capacidad de obrar en la primera.

Por naturaleza, el hombre cubre la etapa de su vida caracterizada por su ineptitud o incapacidad de obrar, en el seno familiar, mediante la institución de la patria potestad. Empero, cuando en el seno familiar se dan situaciones de rotura o de completo abandono a sus miembros, surgen las instituciones cuasi-familiares que responden a los fines de protección y de asistencia.

La incapacidad de ciertos sujetos (menores de edad no sujetos a la patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o a

fectados de sus facultades mentales), origina que el derecho de familia regule relaciones específicas mediante las instituciones de la tutela y la curatela con el conjunto de derechos y obligaciones que después determinaremos al tratarlas, ya que a continuación procederemos al estudio de la patria potestad.

LA PATRIA POTESTAD.- El concepto de esta institución ha cambiado de acuerdo a la época y el país en que nos situémos; entendida en sus orígenes como un poder absoluto, que comprendía la facultad de vida y muerte, ha sido objeto de posteriores cambios que han surgido a la par que han evolucionado los hombres y la civilización, y así se ha ido suavizando hasta llegar al concepto moderno en que se considera establecida en beneficio del hijo y colocada bajo la vigilancia del Estado.

Para el maestro Rafael De Pina, "La patria potestad es el conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria". (1)

Bonnecasse, eminente jurista francés, nos dice que: "La patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente, a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores, considerados, tanto en su persona como en su patrimonio". (2)

En este autor encontramos un concepto más amplio sobre la noción que analizamos, excepto que en nuestro derecho se ejerce sólo

(1) RAFAEL DE PINA.- Derecho Civil Mexicano.- Pág. 375.

(2) JULIAN BONNECASSE.- Elementos de Derecho Civil.- Tomo I.- Pág. 427.

por los progenitores y subsidiariamente por los abuelos paternos y maternos, más no por terceras personas, además de que debe señalarse que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.

Para el ya fallecido maestro Rojina Villegas, la patria potestad se encuadra dentro de los derechos subjetivos familiares; sin embargo, en la misma institución (derechos subjetivos familiares), y siendo correlativo de los derechos, los deberes jurídicos familiares se presentan con una especial fisonomía, debido a los distintos tipos de sujeción que se establecen en las relaciones paternofiliales o tutelares. Estos diversos tipos dan lugar a diversas normas que permiten una intervención continua y permanente (hasta el límite de la mayoría de edad), en la educación, en la conducta, en el trato personal, en la representación jurídica y en el patrimonio de los hijos sometidos a ese poder jurídico llamado patria potestad.

(3)

En efecto, los padres o abuelos ejercen mayor tipo de interferencias respecto de la persona, conducta, actividad jurídica y patrimonio de sus hijos o nietos menores de edad no emancipados.

Aún cuando es enérgica la intervención de los que ejercen la patria potestad en la persona o conducta de los menores, su finalidad es distinta de aquellas precisadas en las relaciones conyugales, toda vez que en la patria potestad, la intervención se lleva a cabo para educar, proteger y representar. Para cumplir cabalmente con tales pronósticos, la ley reconoce en el titular, un poder jurídico -- que permite esa constante interferencia.

De Pina, en su obra ya citada nos dice, que algunos autores -- distinguen, en relación con la patria potestad, dos aspectos: uno --

referido a la protección de los intereses materiales ("asistencia - protectiva"), y otro, referido a los intereses espirituales ("asistencia formativa", particularmente dedicada a la educación del menor). (4)

Cabe decir que la subjetividad y la objetividad de la intervención del titular de la patria potestad, está acorde con la clase de interés del menor que se desee proteger; lo que incuestionablemente para el autor en cita es irrefutable, es que la patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos, y su ejercicio está sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

La patria potestad más que un poder, es una función; la misma, por el transcurso del tiempo ha evolucionado a grado tal de perder el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el Derecho Germánico y Romano. Es un estaco de dependencia del hijo respecto a sus padres, derivado del vínculo de la paternidad y la filiación, que engendra relaciones de superioridad de los padres sobre los hijos. Un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia total de la persona, así como la administración y goce de los bienes.

En nuestros días ciertamente la patria potestad no se presenta con los mismos rasgos característicos con que antiguamente se practicó. En efecto, el moderno concepto de la institución, está muy lejos de considerar ese poder de los padres como un derecho absoluto de propiedad sobre los hijos, como antiguamente en el Derecho Roma-

(4) RAFAEL DE PINA.- Obra citada.- Pág. 378.

no se estilaba, a grado tal de estar facultados los titulares, a venderlos o esclavizarlos. Es más, la institución no llegaba a extinguirse porque una vez muerto el titular mayor, el poder era delegado al hijo mayor de edad, sin que pudiera extinguirse por la mayoría de edad.

En el Derecho Moderno, concretamente en el nuestro, la regulación jurídica de la patria potestad ha tomado en cuenta principalmente que la autoridad que se les otorga a quienes la desempeñan, no es para beneficio de ellos, ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella, en simples medios puestos a su servicio por causa natural para la satisfacción de sus fines personales, sino que, por el contrario, esa intervención de los que la ejercen se ha convertido en la actualidad, en una verdadera función social que significa protección por medio de ayuda, educación y administración. De lo anterior se infiere que más que imponer derechos, impone obligaciones a quienes la ejercen.

Ahora bien, la patria potestad sobre los hijos nacidos de matrimonio, se ejerce, según nuestras leyes vigentes, sucesivamente por el padre y la madre, por el abuelo y la abuela paternos y finalmente por el abuelo y la abuela maternos. La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce únicamente la persona o las personas que le adoptan, como consecuencia natural de la adopción.

Tratándose de los hijos nacidos fuera de matrimonio, si ambos progenitores viven juntos, los dos ejercerán la patria potestad; en caso de separación, de ellos será la elección acerca de quien la ejercerá. Si no lo hicieren, será el Juez quien designe al progenitor, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

En el caso anterior, si los padres viven separados y el reconocimiento se hubiese hecho en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez

de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor, Si el reconocimiento se hubiere hecho sucesivamente, ejercerá la custodia el primero que lo haya reconocido, siempre y cuando no se le acarree ningún menoscabo al menor, tanto en su educación como en su patrimonio, porque si ello aconteciera, la formalidad del reconocimiento se dejará en segundo término, y se aprobará el ejercicio de la patria potestad de quien garantice el mejor futuro para el hijo en todos sus aspectos.

Conforme a lo que llevamos dicho, la patria potestad corresponde a ambos padres, siempre y cuando vivan juntos, y no solamente al padre como antiguamente se sostenía, porque según la moderna concepción, la madre es igual que el padre en relación con el hijo; como al padre, se le debe respeto y obediencia, también a ella es atribuido este poder familiar.

Al efecto, Ruggiero expone: "Como la unidad de dirección es condición esencial de todo organismo disciplinario, por tradición el padre es el que ejerce principalmente este derecho, por respeto al principio que establece que al cabeza de familia debe conferirse la suprema dirección y la responsabilidad de todos los actos y decisiones, pero revisto, la madre sigue ejerciendo igual que el padre este derecho, aún cuando éste se halle imposibilitado para desempeñarlo, transfiriéndole a la madre el ejercicio y no el poder, porque de éste estaba originariamente ya investida, en virtud de un título propio e independiente que la ley le otorga". (5)

El artículo 411 del Código Civil vigente señala: "Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y -

(5) ROBERTO DE RUGGIERO.- Derecho Civil.- Tomo CXXIX.-  
Vol. II.- Pág. 892.

respetar a sus padres y demás ascendientes". Este artículo se refiere evidentemente a un deber moral que se establece como una obligación jurídica y ordena a los hijos que conformen sus actos exteriores a los sentimientos de honra y respeto que deben a sus padres, y así se otorga poder al Juez para impedir y reprimir los abusos y -- faltas de los hijos para con los padres. Este es uno de los deberes que impone la calidad de hijo.

Por lo que respecta a los derechos que los padres adquieren -- por el ejercicio de la patria potestad, tenemos el de guarda en primer lugar, a él hace referencia el artículo 421 del Código Civil en los términos siguientes: "Mientras estuviere el hijo en la patria -- potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente".

Los padres necesitan de este derecho de guarda para poder cumplir satisfactoriamente sus deberes de educación y corrección de -- los hijos.

En segundo lugar, podemos citar el deber de educación que le -- corresponde a los padres respecto a los hijos, este deber se impone en forma obligatoria a los padres, quienes responden del ejercicio de este derecho frente a las autoridades.

En tercer lugar citaremos el poder de corrección que tienen -- los padres respecto a los hijos. El artículo 423 del Código Civil -- señala: ". . . los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos ba -- jo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación -- de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las au -- toridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo u -- so de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo sufi -- ciente".

Finalmente, del ejercicio de la patria potestad se deriva la -- facultad de representación que tienen los padres respecto de los hi

jos, y así lo expresa el artículo 424 del Código Civil al decir: -- "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez".

Uno de los fundamentos en los cuales descansa la patria potestad consiste en la ignorancia del hijo menor de edad y su inexperiencia para proteger sus intereses, por ésto, se le prohíbe comparecer en juicio o contratar sin el expreso consentimiento del que ejerce la patria potestad sobre él, quien, por otra parte, no podrá cumplir los deberes que la ley le impone respecto de los bienes de sus hijos, si les fuera permitido a éstos litigar o disponer libremente de su patrimonio.

Una vez que más o menos se ha dicho en que consiste en esencia la patria potestad, debemos analizar cuando se pierde su ejercicio, se suspende o se extingue.

La patria potestad se acaba cuando sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir; obviamente se nota la referencia a la mayoría de edad o a la emancipación del hijo, así como a la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

Se pierde la patria potestad, cuando por motivos en que aparece culpabilidad del titular en el cumplimiento de sus deberes para con el hijo, dispone la ley su privación, señalándose los siguientes casos: Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; en los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 283 del Código Civil, el juez debe fijar la situación de los hijos en la sentencia que lo declare; cuando por -

las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos cayeren bajo la sanción de la ley penal; y, por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses.

El ejercicio de la patria potestad se suspende, cuando por razón de alguna incapacidad no puede seguirla desempeñando quien la ejerce, o por haber sido éste, sentenciado a pena que lleve consigo la propia suspensión, o por la ausencia declarada en forma.

La madre o la abuela que pase a segundas nupcias no pierde la patria potestad, pero el nuevo marido no la ejerce sobre los hijos del matrimonio anterior.

Ahora bien, desde la Ley de Relaciones Familiares de 1917, le cabe a México la honra de haber roto con los absurdos prejuicios jurídicos y sociales, para declarar desde entonces la equiparación de los hijos naturales y los hijos legítimos, borrando aquellas distinciones odiosas de hijos adulterinos, incestuosos o simplemente naturales. (6)

En el Código Civil vigente, ni para el régimen de la familia, ni en materia hereditaria tenemos las distinciones tradicionales -- que reducían las porciones hereditarias de los hijos naturales frente a los hijos legítimos; se regula de manera semejante el ejercicio de la patria potestad, tanto de los padres como de los abuelos, sobre toda clase de descendientes.

LA TUTELA.- Es una institución que supone la no existencia de la patria potestad, presentándose como auxiliar o complementaria de ésta:

pero puede tener un contenido distinto, como ocurre en la tutela de los mayores de edad sujetos a interdicción, en la tutela propia de los emancipados y en los casos especiales señalados por la ley.

Entre la patria potestad y la tutela existen semejanzas y diferencias que la doctrina señala. "Existen entre ambas 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 potestad es la institución principal para el incapaz de edad, emanada de la misma naturaleza y establecida por el derecho natural; en tanto que la tutela es una institución secundaria para el incapacitado por edad (que no está bajo la patria potestad y supliendo a ésta), y para todos -los incapacitados". (7)

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 concedido a algunas personas para la defensa de aquellos que por su edad o por otra causa de incapacidad no pueden proveerse a sí mismos y a sus bienes. Es por lo consiguiente, la tutela, un poder protectivo 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 en general.

En nuestro ordenamiento jurídico, la tutela es una institución vinculada en esencia al derecho familiar, pues en ella se protegen y se alimentan los nexos más importantes del esquema del hogar. La tutela en términos generales, es una institución supletoria de la -

(7) CLEMENTE DE DIEGO.- Instituciones de Derecho Civil.- Vol. II.- Pág. 582.

patria potestad, mediante el ejercicio de la cual, se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento moral y material de los que no pueden gobernar su persona y ejercitar sus derechos por sí mismos; o bien, para regir en fin, su actividad jurídico-social.

Para algunos autores mexicanos -Rojina Villegas entre otros-, "La tutela es un cargo privado concertado entre particulares, aunque el Estado tenga cierta injerencia en la organización jurídica de la familia, pero por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a las mismas se refieran a la estructuración del Estado, a la determinación de sus órganos o funciones, o bien, a las relaciones de aquellos con los particulares". (8)

Por otra parte, para Benjamín Flores Barroeta "la tutela ha dejado de ser una institución meramente familiar, para constituir, -- una verdadera función pública, sujeta a normas rígidamente imperativas". (9)

El Código Civil vigente en su artículo 449 define a la tutela al señalar el objeto que le atribuye, el cual es "la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la 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". Así también, el artículo 452 establece en forma definitiva que: "La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima".

Nuestro Código Civil reconoce tres clases de tutela: La testa-

(8) RAFAEL ROJINA VILLEGAS.- Obra citada.- Pág. 11.

(9) BENJAMÍN FLORES BARRUETA.- Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil.- Pág. 442

mentaria, la legítima y la dativa.

Conocémos por tutela testamentaria, aquella en que la persona que ocupa el cargo de tutor, ha venido en virtud de su designación por testamento. De la clasificación antes señalada se ha dado preferencia al tutor nombrado por testamento, en razón de que es una consecuencia del derecho de la patria potestad. Esto se explica teniendo en cuenta que el objeto de la tutela es en este caso la protección del hijo: como los padres tienen interés en el bienestar de los hijos, nombran como tutores a las personas que ellos conocen y no a extraños, obteniéndose así, la elección más acertada en beneficio del menor.

A falta de la tutela testamentaria, en orden de importancia le corresponderá el segundo lugar a la tutela legítima, que es aquella en que la persona a desempeñar el cargo de tutor es llamado o designado por el propio Código, en razón a su determinado grado de parentesco con el tutelado.

Conocémos por tutela dativa aquella en que el tutor, al no haber persona designada en testamento, o llamada por la ley, es designado por el menor si ya cumplió dieciseis años o por el Juez de lo Familiar. Esta tutela ocupa el tercer lugar en el orden de prelación que ha establecido el Código Civil.

Como ya se esbozó, la tutela testamentaria es aquella instituida a través de un testamento de quienes se encuentran facultados por la ley, para que funcione respecto a los menores o incapacitados. Hemos dicho también que el derecho de nombrarlo es una prerrogativa de la patria potestad, por lo que sólo corresponde al que tiene el ejercicio de ésta.

El que ejerza la patria potestad tiene derecho, aunque sea menor de edad, a nombrar tutor en su testamento para aquellos sobre quien la ejerza, con inclusión del hijo póstumo. Este derecho se en

tiende para el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada -- grado deben ejercer la patria potestad, conforme a lo dispuesto en el artículo 414 del Código Civil.

Existe una entera confianza en la designación del tutor testamentario, toda vez que el nombramiento tiene por efecto excluir a los abuelos del ejercicio de la patria potestad, buscando la mejor protección del hijo.

El principio general consistente en que la tutela testamentaria excluye del ejercicio de la patria potestad a los demás ascendientes, tiene su excepción en el caso de que los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, determinándose que la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador expresamente disponga que continúe la tutela. En efecto, la ley prevé el supuesto de que el nombramiento del tutor testamentario hecho por el padre o por la madre, o vedezca a la circunstancia de que los que debieran ejercer la patria potestad estén impedidos temporalmente o ausentes.

La tutela testamentaria tiene lugar también respecto de los individuos sujetos a interdicción por incapacidad intelectual, en este caso el padre que ejerza la tutela, podrá hacer el nombramiento si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercerla. Sin embargo, la madre en su caso, podrá hacer el nombramiento de que se trata.

Al interpretarse la voluntad del autor del testamento, se determina que cuando se nombren varios tutores a un menor, no podrán todos ellos entrar al mismo tiempo al ejercicio de su cargo, atendiendo al principio general de la unidad tutelar establecido por la ley, sino más bien desempeñará la tutela el nombrado en primer lugar, sustituyendo a éste los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción. Sin embar--

go, cuando sea el testador quien exprese el orden en que los tutores deben sustituirse para el desempeño de la tutela, se estará a lo dispuesto.

Hemos dicho que las disposiciones que contiene la institución de la tutela, son de orden público, y siendo principio de derecho que estas disposiciones no deben alterarse o modificarse por la voluntad de los particulares; es claro que la facultad del testador de imponer reglas, limitaciones y condiciones para la administración de la tutela, no es absoluta, toda vez que si el juez las estima dañosas a los menores o incapacitados, oyendo el parecer del tutor podrá dispensarlas o modificarlas.

Realizando el análisis de los caracteres que presenta la tutela testamentaria, concluimos que la intención del legislador ha sido la de respetar la voluntad de quien teniendo el derecho de ejercitar la patria potestad, a su vez tiene la facultad que le confiere la ley de disponer para después de su fallecimiento a la persona que represente y proteja al incapacitado.

Por otra parte, el legislador previó eficazmente la manera de que se proteja al incapacitado, creando para ello la tutela legítima, que tiene lugar por disposición de la ley y se aplica en los siguientes casos:

- a) A los menores que no tienen quien ejerza la patria potestad sobre ellos y no existe tutor testamentario, o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.
- b) A los dementes, idiotas, imbeciles, ebrios, sordomudos y los que abusan de las drogas enervantes.
- c) A los menores abandonados y a los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia.

En el primer caso corresponde a los hermanos, de preferencia a los que lo sean por ambas líneas, el ejercicio de la tutela, y só

lo por falta o incapacidad de los hermanos, a los otros colaterales dentro del cuarto grado.

Cuando hay varios parientes del mismo grado el Juez de lo Familiar debe elegir entre ellos al que parezca más apto para el cargo pero si el menor ha cumplido dieciseis años, él debe hacer la elección.

Refiriéndonos al segundo caso, la tutela se ejercerá en los siguientes términos: El marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido; los hijos mayores de edad lo son de su padre o madre viudos; los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quien de los dos ejercerá el cargo; los abuelos, hermanos y demás colaterales del incapacitado, serán llamados a desempeñar la tutela sucesivamente, observándose en su caso lo dispuesto en el artículo 484 del Código Civil.

En cuanto a los expósitos, la ley señala que la tutela se ejercerá por la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

La tutela dativa tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni legítimo, o cuando el tutor testamentario está temporalmente impedido para ejercer el cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483 del Código de la materia.

La tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado siempre será dativa.

El tutor dativo puede ser designado por el menor si ha cumplido dieciseis años, debiéndose confirmar esa designación por el Juez de lo Familiar; si el juez no aprueba el nombramiento hecho por el menor, o éste no ha cumplido la edad requerida para el efecto, el -

propio juez designará a una persona de las que figuran en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas.

También tiene lugar la tutela dativa cuando el menor de edad no está sujeto a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tenga bienes, teniendo en este caso por objeto que el menor reciba la educación debida. Este tutor debe ser nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el juez.

La tutela dativa puede desempeñarse, en el caso antes citado: Por el Presidente Municipal de la localidad del domicilio del menor o cualquier Regidor del ayuntamiento; por las personas que desempeñen la autoridad administrativa; por los profesores oficiales de instrucción del lugar donde viva el menor; por los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del Erario; y, por los directores de establecimientos de beneficencia pública.

El tutor tiene, respecto del menor o incapacitado, las mismas facultades que los ascendientes de éste, ejerciendo sobre el tutelado el mayor tipo de interferencia sobre su persona, conducta, actividad jurídica y patrimonio; sin embargo, no debe extralimitarse en su facultad porque puede ser removido de su cargo, petición que puede hacer el curador, los parientes del incapacitado o el Consejo Local de Tutelas.

La persona nombrada para ejercer la tutela, deberá tener ciertas cualidades de aptitud, de honestidad e independencia para poder desempeñar de manera eficiente el encargo que se le confiere, debiendo llenar una serie de requisitos; unos de tipo natural como es la edad y otros de tipo legal, como es el no haber sido condenado por delitos contra la propiedad; todos ellos con la finalidad de proteger al pupilo.

Nuestro Código Civil en su artículo 503 nos señala las personas que se encuentran incapacitadas para ejercer el cargo de tutor, aún cuando lo deseen, siendo éstas las siguientes: "Los menores de edad; los mayores de edad que se encuentren bajo tutela; las que hayan sido removidas de otra tutela por haberse conducido mal, ya sea respecto de la persona, ya sea respecto de la administración de los bienes del incapacitado; las que por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenadas a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo; la que haya sido condenada por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad; -- las que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta; las que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado; las deudas del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombra tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento; los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia; la que no esté domiciliada en el lugar en que deba ejercerse la tutela; los empleados públicos de Hacienda, que por razón de su destino tengan la responsabilidad pecuniaria actual, o la hayan tenido y no la hubieren cubierto; la que padezca enfermedad crónica contagiosa; y, las demás a quienes lo prohíba la ley".

Pero puede suceder que dichas incapacidades sobrevengan cuando ya el tutor esté desempeñando el cargo, nuestra legislación enumera ciertas causas por las cuales pueden ser separadas las personas de la tutela, y éstas son: "Las que sin haber caucionado su manejo, -- conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela; las que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado; los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término

fijado por el artículo 590 del Código Civil; el tutor que contraiga o pretenda contraer matrimonio con la persona que está bajo su guarda; el tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñarse la tutela; y las comprendidas en el artículo 503 del mismo ordenamiento, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad".

La ley señala que la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, pero ésta puede ser demasiado pesada para quien tiene que desempeñarla; por lo que pueden excusarse de ser tutores: "Los empleados y funcionarios públicos; los militares en servicio activo; los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; los que fueren pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no pueden atender debidamente a la tutela; los que tengan sesenta años cumplidos; los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría; y, los que por su inexperience en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela".

Ahora bien, se ha establecido que la persona que tenga alguna excusa de las mencionadas anteriormente, debe hacerla valer, o se tendrá por renunciada. Mientras que el juez califica la excusa o impedimento, se nombrará un tutor interino, a fin de evitar que el menor o incapacitado sufra perjuicios en su persona o bienes.

Enunciaremos a continuación y de conformidad con lo previsto por nuestra ley, las causas de la extinción de la tutela. Estas pueden ser por muerte del pupilo o por que desaparezca su incapacidad, notándose que éstas causas de extinción son comunes a todos los incapacitados sometidos a la tutela. También se extingue la tutela -- cuando el incapacitado entra a la patria potestad, por reconocimiento o adopción; advirtiéndose que esta forma de extinción es privati

va sólo para la tutela de los menores en virtud del principio sustentado por la ley, de que la patria potestad excluye a la tutela.

Es menester hacer resaltar la evidencia de que las causas de extinción de la tutela referidas con antelación, sólo comprenden a la persona de los incapacitados, y que si no mencionamos las causas de extinción derivadas de la persona del tutor, como se establecía en nuestra legislación precedente, es porque el Código Civil vigente determina que en el caso de que por cualquier motivo faltare el tutor, este evento no extingue la tutela, sino que será reemplazado por otro, con el fin de que no se le ocasionen perjuicios al tutelado.

Con relación a la tutela misma, se hace necesaria la intervención de otros sujetos que cumplen funciones especiales, tales son los curadores, los Consejos Locales de Tutelas y los Jueces Pupilares, por lo que enseguida procederemos al estudio de los primeros.

LA CURATELA.- En la legislación mexicana, la institución de la curatela tuvo su inspiración en diversas legislaciones, principalmente de la romana, la francesa y la española; aprovechándose de ellas lo que podría adaptarse a nuestras costumbres. Advirtiéndose que desde el Código Civil de 1870, se han venido reproduciendo los lineamientos sobre la materia hasta nuestro Código actual, salvo pequeñas modificaciones que le han hecho.

En efecto, el afán de los legisladores por asegurar en cuanto sea posible la educación e intereses o solamente estos últimos, de las personas sujetas a la tutela, ha hecho en todo tiempo fijar la atención sobre la conveniencia y aún necesidad de erigir al lado de la persona del tutor, otra igualmente protectora, para que por el concurso de ambas, queden menos expuestos a omisiones y negligencias los deberes cuyo cumplimiento les está confiado. Esta idea se

encuentra en la legislación romana, aunque muy poco clara y definida, refiriéndose más bien a la sustitución del tutor por el curador, que al concurso de ambas en favor del menor o incapacitado.

"Es el Código Francés el primero a quien verdaderamente se debe la creación de una garantía más que la que podía proporcionar la tutela, en favor de la persona e intereses del sujeto a ella. Si en el antiguo Derecho, el curador de que hablamos no intervenía sino faltando el tutor por excusa, por remoción o por oposición de intereses entre él y el pupilo, la ley francesa lo establece de una manera permanente y por el sólo hecho de existir la tutela, atribuyéndole facultades que, como en su oportunidad veremos, pertenecen unas a mera vigilancia de la conducta del tutor, y otras a protección directa y decidida en favor del sujeto a tutela y en contra de aquél". (10)

En ninguno de los ordenamientos civiles de 1870, 1884 y 1928, se ha dado el concepto de la institución de la curaduría. Ricardo Couto dice: "El curador viene a ser un fiscal de la tutela, y como tal, tiene el más estricto deber de dar parte al juez de todos los actos que le parezcan desventajosos o perjudiciales para los intereses del tutoreado, a fin de que provea su remedio". (11)

Hay que hacer hincapié en que la curatela es una institución que tiende a hacer más efectiva la protección de los incapaces; toda vez que nuestra legislación ha considerado que a fin de que se garanticen debidamente los intereses de los tutelados, se le nombre un curador, dado que se tenía que el tutor no podría desempeñar sus funciones y obligaciones derivadas de su encargo de manera eficiente.

(10) AGUSTIN VERDUGO.- Principios de Derecho Civil Mexicano.- Tomo V.- Págs. 216 y 217.

(11) RICARDO COUTO.- Derecho Civil Mexicano.- Tomo III.- Págs. 5 y 6.

te, por lo que era necesario que al lado de éste, existiera una persona que vigilara su actuación. En consecuencia, la finalidad primordial del curador es la vigilancia de los tutores.

Sin embargo, la función del curador no se limita únicamente a la vigilancia de los actos del tutor durante su encargo, sino completamente de las funciones de éste. Fernández Clérigo opina que -- "no debe mantenerse la dualidad de las instituciones de la tutela y de la curatela; toda vez que si bien es cierto no se pueden confundir ni regularse de modo idéntico, ambas instituciones pertenecen a una sola y misma que es la tutela, siendo que la distinción existente podía allanarse y envolverse en un sólo concepto de tutela". (12)

En nuestra opinión, consideramos que lo señalado por el autor antes mencionado, es incorrecto, ya que el curador es un órgano independiente que justifica su existencia al lado de la institución de la tutela, por lo que no es posible que se le funda en una sola, dado que perdería su carácter esencial, su intervención y finalidad para la cual fué creada: La de vigilar al tutor y poner en conocimiento del juez las irregularidades que cometa, defendiendo además los derechos de los incapacitados y que se encontraren en oposición con los del tutor.

Rafael De Pina dice que, algunos autores duden de la utilidad de la curatela; sin embargo, opina que debe estimarse como una pieza imprescindible del sistema tutelar. (13)

En resúmen, la finalidad primordial de la institución es, al igual que la de las instituciones de la patria potestad y de la tutela, la protección y representación de los incapaces en general, -- que los sitúe en iguales posibilidades de participar en el plano so

(12) LUIS FERNANDEZ DE CLERIGO.- Derecho de Familia en la Legislación comparada.

(13) RAFAEL DE PINA.- Obra citada.- Vol. I.- Pág. 396.

cial. Sin embargo, en lo que se refiere a la función de representación, ésta, como dijimos, se presenta solamente cuando defiende los derechos de los incapacitados, en juicio o fuera de él, en el caso de que estén en oposición con los del tutor.

Como una de las características, entre otras, que tiene la institución de la curatela, señalaremos que su funcionamiento es simultáneo con el de la tutela, sirviendo de coadyuvante para el común objetivo; sin embargo, se diferencia de aquella en que en términos generales, se presenta en una forma especial tendiente a la protección de los incapacitados, vigilando que no se cometan irregularidades en el desempeño de la tutela, que puedan traducirse en demérito de la economía o persona del pupilo. Este propósito de la institución también se presenta cuando, obrando el tutor dentro de las normas de estricto derecho, su desempeño sea susceptible de envolver perjuicios para el incapaz a quien representa.

En cuanto al funcionamiento de la curatela, partiremos de la finalidad para la cual fué creada. Como ya dijimos anteriormente, es una figura inherente a la tutela, debe existir en todos y en cada uno de los casos en que aparezca, tratándose de tutela testamentaria, legítima o dativa; teniéndose la excepción en los casos de la tutela de los expósitos y de los incapaces que carezcan de bienes para administrar.

La razón de ser de esta obligación a favor de todos los individuos sujetos a tutela, es por el papel tan importante que desempeña el curador en los casos en que el tutor administre bienes, a virtud de que ejerza la vigilancia de los actos del tutor que se desempeñe como administrador en los intereses del tutelado. Es pues una condición el nombramiento del curador, sin el cual no se puede entrar al ejercicio de la tutela. Ahora bien, el legislador, dada la evolución social de nuestra época, previó algunos aspectos que fueron o-

mitidos por las legislaciones anteriores en la imposición de la necesidad del nombramiento de un curador interino en los casos siguientes:

- I.- Siempre que se nombre al menor tutor interino;
- II.- En los casos de oposición de intereses entre incapaces sujetos a la misma tutela; y
- III.- En los casos de impedimento, separación o excusa del nombrado, mientras se decide el punto, nombrándose luego que se decida, nuevo curador con arreglo a derecho. (14)

Es claro que estas modalidades, que fueron introducidas en nuestra legislación vigente, son una garantía más con relación a los intereses del incapacitado, para el cuidado de su persona y administración de su patrimonio, por lo que consideramos acertada la innovación que el legislador hizo de nombrar curador interino en los casos anotados.

Como consecuencia directa de que el cargo de curador, al igual que el de tutor, es obligatorio, es evidente que regirán para esta institución que nos ocupa, los mismos impedimentos y excusas que se aplicarían al cargo de tutor, puesto que no se explicaría que estuvieran sometidas ambas instituciones en cuanto a su funcionamiento a principios distintos; por lo que es conveniente remitirnos a lo que expusimos con relación a la tutela, cuando tratámos sobre este punto.

Sin embargo, además de los impedimentos que se señalan para el cargo de tutor, se advierte que existe otro, derivado de las relaciones de parentesco que tengan entre sí el curador y el tutor, en cualquier grado de la línea recta o dentro del cuarto en la colateral. Esto tiene su razón de ser, porque el curador llevaría a cabo

(14) RAFAEL DE PINA.- Obra citada.- Pág. 396.

de una manera conveniente la función que se le hubiere conferido si no tiene lazos de consanguinidad que lo unan al tutor.

Ahora bien, del anterior impedimento se deriva una controversia que surge en el caso de que la tutela se terminara con relación al tutor, y es si el nuevo nombramiento de tutor, es insubsistente si tiene lazos de parentesco de los que prohíbe la ley, con el curador que quedó en su ejercicio. En efecto, como queda el curador en funciones antes de que se nombre al tutor sustituto, previamente puede evitarse que éste sea una persona que tenga lazos de parentesco con el curador, en los grados que prohíbe la ley; en caso de que no se evite, claro es que quedará insubsistente el nombramiento hecho a favor del tutor. Pero la solución anotada no sería la misma cuando el testador que tenía derecho designó al nuevo tutor, porque en tal caso se le dará preferencia al nombramiento de mayor importancia, siéndolo el que se hubiere designado por la voluntad del testador. (15)

Por otra parte, existe también un impedimento para el tutor -- que no es aplicable al curador; se presenta para el primero en el caso de que no puede comprar ni arrendar los bienes del incapacitado, ni aceptar para sí la cesión de algún derecho o crédito en contra del tutoreado. Para el curador no existe esta prohibición, porque no administra bienes de la tutela.

Del principio que expresa que el cargo de curador es inherente al de tutor y que ambos son de carácter obligatorio, resulta que todas las personas que tengan derecho a nombrar tutor, lo tendrán para nombrar curador,

Mencionaremos a continuación los derechos conferidos al cargo de curador. En primer término se establece que tiene derecho a ser

(15) RICARDO COUÑO.- Obra citada.- Pags. 175 y 176.

relevado de su encargo, una vez que transcurran diez años en el ejercicio de éste; considerándose justa esta medida, puesto que los motivos que dieron lugar a su nombramiento son de naturaleza distinta a los que surgen para el nombramiento del tutor.

Al tomarse en cuenta el principio derivado de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de que nadie podrá ser obligado a prestar servicios personales sin su justa retribución, el Código de la materia establece en su artículo 630 lo siguiente: "En los casos en que conforme a este código tenga que intervenir el curador, cobrará el honorario que señala el arancel a los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución. Si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo se le pagarán".

Nuestro Código Civil es muy preciso al señalar las obligaciones del curador en el desempeño de su encargo, y así nos dice que el curador está obligado:

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

Mencionaremos a continuación las demás obligaciones que el curador tiene el deber de cumplir, las cuales expresamente se contienen en diversos preceptos legales del Código Civil vigente, siendo estas las siguientes:

- 1.- Emitir su opinión en los casos que la ley manda que se le dé au

diencia (Arts. 479, 521, 523, 527, 541, 582, 587, 598).

2.- Formular pedimento de aumento o disminución de las garantías o torgadas por el tutor para asegurar el manejo de su cargo (Artículo 529).

3.- Dar su parecer en algunos actos de administración del tutor interino nombrado, mientras otorga la garantía el tutor definitivo -- (Art. 532).

4.- Promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores dados por el tutor, al presentar éste su cuenta anual o cuando la estime conveniente, y vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor o de los bienes entregados en prenda avisando al juez de los deterioros o menoscabos que en ellos hubiere, con el objeto de que se exija al tutor que mejore su garantía. (Artículos 533 y 534).

5.- Intervenir en la elaboración del inventario que el tutor formule, así como en las modificaciones que se le hicieren posteriormente (Arts. 537 frac. III y 551).

6.- Ocurrir al acto de reconocimiento de estado del individuo sujeto a interdicción (Art. 546).

7.- Pedir que se listen los inventarios de bienes que se hubieren omitido (Art. 553).

8.- Dar su conformidad para la venta o gravamen de los bienes inmuebles, de los derechos anexos a ellos y de los muebles preciosos, -- por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor; para que el tutor pueda hacerse pago de los créditos en contra del tutelado y para arrendamientos por más de cinco años de los bienes del incapacitado (Arts. 561, 571 573).

9.- Promover el nombramiento de tutor interino ante el juez, para que represente a la mujer interdicta o a la tutela del esposo, cuando tenga que querrellarse o demandarlo para asegurar sus derechos viola

dos o amenazados (Art. 581 frac. II).

10.- Pedir la remoción del tutor que maltrate o actúe con negligencia en los cuidados debidos al incapacitado o dé mala administración de sus bienes (Art. 584).

Debemos indicar, que se establece como sanción para el curador que no cumpla con los deberes señalados anteriormente, la de responder por los daños y perjuicios que le resulten al incapacitado.

Para finalizar, como ya dijimos anteriormente, la curatela es una función inherente a la tutela, por lo que debe terminar cuando cese ésta; sin embargo, esto se entiende al extinguirse la tutela completamente, es decir, de modo absoluto, que es el caso de extinción con relación al tutelado, dado que si la tutela termina con relación al tutor, no existe razón de que el curador deje de desempeñar la función que le ha sido conferida.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que las causas de extinción de la tutela lo son igualmente para la curatela, siendo éstas las siguientes: Por muerte del pupilo; porque desaparezca su incapacidad; y, cuando el incapacitado entre a la patria potestad, ya sea por reconocimiento o adopción.

## CAPITULO SEGUNDO

### LA PATRIA POTESTAD, LA TUTELA Y LA CURATELA EN EL DERECHO COMPARADO

- A) PREAMBULO
- B) DERECHO ROMANO
- C) DERECHO FRANCES
- D) DERECHO CHILENO
- E) DERECHO MODERNO

**PREAMBULO.-** A fin de ser lo más congruente posible en el tratamiento del tema que he escogido como Tesis, deseo asomarme un poco a -- los diferentes ordenamientos jurídicos, que en una u otra forma han servido al nuestro, ya enriqueciéndolo esencialmente, o ya conformando -- distingos que le procuran originalidad en algunos casos, o -- bien, puntos de diferencia. Dentro de estos diversos ordenamientos -- jurídicos, desde luego, haré mención al enfoque que daba el Derecho Romano de las instituciones que motivan este trabajo, por ser el origen y punto de partida de todo el Derecho en general; al enfoque -- que dá el Derecho Francés; al que dá el Derecho Chileno; y finalmente, expondre una visión somera del Derecho Moderno.

**LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.-** Las primeras luces y rasgos de la institución de la patria potestad, tal cual nos llega a -- nuestro derecho, las encontramos entre los pueblos Galos, Hebreos, --

Persas y en general en todos aquellos pueblos en que se practicó el régimen patriarcal, o sea, en aquellas agrupaciones en las que únicamente aparecía la imagen del padre, borrando ante la sociedad y ante intereses ajenos, la condición de la madre, a la cual tan sólo le eran propios los argumentos de la crianza y de la educación. Sólo el pueblo Gálato carecía de esta importante organización.

Ahora bien, para hablar de la patria potestad fincando como su antecedente más remoto al Derecho Romano, debemos atender en éste a la institución que sometía a las personas a la autoridad paternal únicamente. La potestad paternal, como consecuencia de la organización esencialmente militar y guerrera del pueblo romano, hacía que el jefe de familia, quien la ejercía siempre y en todo momento, tuviera un poder único sobre todos los que estaban sujetos a él. La familia se concentraba en su jefe.

Los jurisconsultos romanos bien supieron distinguir que la potestad paternal no era como "la autoridad del señor", una institución de gentes, sino una institución de derecho civil y que no podía ejercerse más que por un ciudadano romano, sobre un hijo también romano.

El poder del padre sobre los hijos era absoluto e ilimitado en cuanto al número de personas sobre quienes se ejercía y al tiempo de su duración. Abarcaba toda clase de actos que el padre podía ejercitar sobre los sujetos a él. Incluso tenía el derecho de vida y muerte sobre ellos, el de enajenarlos como esclavos y cambiarlos como cosas. En cuanto a las personas, no se limitaba a los descendientes más próximos, sino que comprendía a todos los descendientes del tronco común indefinidamente y en línea recta.

En sus efectos, esta potestad confería al padre derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, la cual se ejercía al mismo tiempo sobre la persona, y sobre los bienes de

los hijos. Empero, a medida que se fué dulcificando la rudeza de -- las costumbres primitivas, se vió también extinguirse lentamente la energía de la patria potestad.

En virtud de una evolución lenta aunque no interrumpida, la patria potestad fué perdiendo el carácter despótico que primitivamente tuvo y se fué convirtiendo en una institución tuitiva (que defiende o protege), destinada a la protección de los sujetos a ella.

El cambio operó de la siguiente manera: "Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe un verdadero magistrado doméstico, atribuyéndole decisiones innúmeras y pudiendo ejecutar -- sobre sus hijos las penas más rigurosas que él deseara. Tiene sobre ellos el poder de vida y de muerte, puede incluso, manciparlos a un tercero y abandonarlo". (1)

El poder del padre de familia para hacer dar muerte a su hijo, está plenamente comprobado en una infinidad de testimonios, como su cedia bajo el Imperio Romano, al grado que el legislador, debido a los constantes y arbitrarios abusos de la autoridad, intervino de una manera directa para evitar el relajamiento de las costumbres, -- dando como consecuencia el castigo de la expatriación que el emperador Adriano aplicó a un padre, que tendiéndole un cerro, mató a su -- hijo culpable de adulterio con su suegra. Este derecho bárbaro se -- mitigó, pero subsistió el principio de donde deriva la barbarie; la idea de dominio y la ausencia de personalidad.

No obstante lo rigurosamente señalado que estaba el derecho -- que le asistía al padre sobre los hijos, y que con lo dicho anteriormente lo hemos probado, a finales del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se fueron reduciendo hasta llegar a

(1) EUGENE PETIT.- Tratado Elemental de Derecho Romano.-  
Pág. 101.

un sencillo derecho de corrección; y aunque podía castigar las faltas leves, en aquellas que arrastraban la pena de muerte, el padre no la podía hacer dar por sí sólo, sino que se introdujo la modalidad de "quejarse ante el Magistrado", para que fuera éste quien ordenara aquella, por ser quien estaba investido de esa atribución solamente. Esta época marcó definitivamente una reacción contra la autoridad absoluta del padre o del jefe de familia, y fué señalado así por Ulpiano, y evocada por una Constitución de Valentiniano y Valente. A raíz de todo lo anterior, "Constantino decidió que en todos los casos, todo el que hubiera mandado matar a su hijo, sería castigado como parricida". (2)

Sin embargo, retrocediendo un poco podemos decir que el padre podía hacer dar muerte al hijo y podía también mancipar al que tenía bajo su autoridad, es decir, cederlo a un tercero o entregarlo a un extraño, sin ningún nexo, por el sólo hecho o acto de comercio, de donde derivó en beneficio del adquirente, la autoridad especial llamada "mancipium". De esta manera, se encontraba el hijo en una situación análoga a la del esclavo, aunque esto era temporal y sin riesgo o daño de su propia personalidad como hijo del verdadero padre.

Por regla general, el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria, en un mal momento de sus negocios, y en precio cierto y efectivo, ejecutando realmente una venta, o bien sirviéndole de garantía ante uno de sus acreedores.

Indudablemente el hijo no era un bien como el esclavo, pero -- por conducto de la mancipium se convertía en un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servidores pudieran prestar. -- El acreedor, el "adquirente" como era llamado, se comprometía a li-

berarlo al cabo de un tiempo determinado, cuando quedara cumplida la condición que hubo dado origen a su mancipium. Si llegada esta condición, el hijo, por haber recibido mejor trato con su adquirente, rehusara volver al estado legítimo, o sea, a estar bajo la potestad paternal del verdadero padre, el Censor anulaba la mancipium a fin de que se le forzara a volver al lado del padre.

La Ley de las XII Tablas acogiendo la práctica que venía desarrollándose en Roma, respecto al ejercicio de la patria potestad, y sobre todo, respecto a los derechos tan señalados que ejercía el padre para con el hijo, estableció que un hijo que fuera mancipado -- por tres veces, quedaba automáticamente liberado de la potestad paternal, es decir, nacía a la vida jurídica propia de un emancipado.

Después de esto, la jurisprudencia admitió como Ley escrita, -- que para los hijos y nietos "una sola mancipatio" producía el mismo efecto de libertad de la sujeción a la potestad paternal.

Posteriormente a tanta manifestación respecto de la patria potestad y sus efectos en los hijos sujetos a ella, vino una serie de legislaciones que de una u otra forma fueron afectando el primer -- trato de aquella. Así vemos que en la época de Antonio Caracalla, -- la venta de los hijos se declaró ilícita y sólo se permitía al padre en caso de mucha necesidad, y una vez que éste hubiera probado fehacientemente aquél rigor que imponía su extrema penuria para adquirir alimentos; sin embargo, Dioclesiano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuese; venta, donación o empeño, e hizo más razonable el desempeño de la patria potestad. Después, al arribar Constantino, renovó el punto de vista del emperador Caracalla, permitiendo al padre (indigente y abrumado por la extrema necesidad), vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver a tomarlo "abonéndoselo al comprador".

Por último, el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abando

nándolos. Esta práctica se prohibió en el Bajo Imperio; el mismo -- Constantino decidió que un hijo abandonado estuviera bajo la autoridad o potestad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo, y a este mismo Ser abandonado, Justiniano lo declara libre sui iuris e ingenuo. (3)

Tales fueron los alivios aportados en el derecho del jefe de familia hacia la persona de los hijos.

Ya se dijo que por razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo en cuanto se relaciona a sus bienes, siempre estuvo en una situación equivalente a la del esclavo, no pudiendo por ello tener bienes propios. Todo lo que adquiere, como propiedades, derechos de crédito, donaciones, etc., pertenecen al padre, para quien el hijo es lo mismo que el esclavo, un instrumento de adquisición, aún cuando el derecho civil no admitía que lo pudiera hacer deudor; en caso de fallecer el padre, tenían los hijos el derecho de sucederle en cuanto a los bienes y apropiarse de ellos legalmente a título de "heredes sui". Posteriormente, la regla que impedía a los hijos tener propiedades, se modificó bajo el Imperio; así vemos que todo lo adquirido por el hijo de familia quedaba de su entera propiedad, salvo los bienes cuya utilidad le cediera el padre, y que constituían para él un peculio análogo al del esclavo.

Fuera de estas relaciones con el padre, el hijo de familia -- ciertamente, estaba en una situación bastante superior a la del esclavo, en cuanto a la personalidad propia que les reconocía el derecho civil. En efecto, en virtud de su capacidad personal, podía figurar en los actos jurídicos, obligándose civilmente, tanto por sus contratos como por sus delitos. La autoridad paterna no surtía ningún efecto sobre la condición social del hijo, pues éste tenía el -

(3) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 102.

pleno goce de los derechos políticos, llegando a ocupar puestos y responsabilidades públicos.

Entre las causas que ponían fin a la autoridad paterna se pueden enumerar los acontecimientos fortuitos, como la muerte del padre o su reducción a la esclavitud, la pérdida del derecho de ciudadanía, la muerte del infante y su elevación a ciertas dignidades; y los actos solemnes, dependiendo éstos de la voluntad del jefe de familia, como por ejemplo, la entrega en adopción del menor y su emancipación, la cual ha sido definida por Ulpiano, como "el acto por el cual el jefe de familia hace salir al hijo de su patria potestad, haciendolo sui iuris".

En cuanto a las formas de emancipación, en la época clásica romana se empleaba aún el procedimiento antiguo; el emperador Anastasio fué el primero que en el año 502 estableció una nueva forma de emancipar al menor sometido a la patria potestad, no exigiendo la presencia del hijo para emanciparlo estando éste ausente. Justiniano aceptó el procedimiento creado por Anastasio y simplificó las formalidades de la antigua emancipación, suprimiendo la solemnidad y autorizando al padre para hacerlo mediante una sencilla declaración ante el magistrado competente. (4)

LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO.- Las personas que no dependen más que de ellos mismos, son en Derecho Romano los llamados sui iuris, pero a su vez éstos pueden dividirse en capaces e incapaces. Los primeros pueden cumplir por sí solos todos los actos jurídicos y con respecto a los segundos, necesitan de la protección de un tutor o de un curador.

La tutela en el Derecho Romano la define Servio Sulpicio, di-

(4) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 121.

ciendo: "Es un poder dado y permitido por el Derecho Civil sobre una cabeza libre para proteger a quien, a causa de su edad, no puede protegerse por sí mismo". (5)

Existían cuatro causas de incapacidad: La falta de edad; el -- sexo; la alteración de las facultades mentales; y, la prodigalidad.

Se encontraban bajo tutela los impúberos sui juris, de uno u o tro sexo, según la edad, y las mujeres púberes sui juris, por razón del sexo.

Llámase impúbero al que ha nacido fuera de matrimonio legítimo, y de igual forma al que sale de la potestad paterna antes de la pubertad, necesitando ambos de la protección de un tutor.

El poder concedido al tutor difiere notablemente de la potes-- tad paterna, porque el tutor carece del derecho de corrección y de \_ autoridad sobre la persona del pupilo.

La tutela es una potestad análoga a la patria potestad, esta-- blecida en beneficio del heredero varón, su principal función el -- salvaguardar el patrimonio e impedir que el incapaz pueua por su im pericia, dilapidar los bienes que ha recibido de la herencia. La -- conservación de los bienes era de gran importancia para los miem-- bros de la familia civil.

"La tutela estaba considerada como una carga pública manus pu-- blicum, siendo necesario para cumplirla ser libre, ciudadano o del \_ sexo masculino". (6)

Por otra parte, un ciudadano capaz podía hacerse valer de excu sas para obtener del magistrado la dispensa del ejercicio de la tu tela, por causas determinadas como el número de hijos, un cargo pú blico o la edad de setenta años. La minoría de veinticinco años en \_

(5) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 125.

(6) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 126.

tiempo de justiniano llegó a considerarse un motivo de incapacidad.

El jefe de familia podrá escoger el tutor del hijo por testamento; originalmente este derecho de nombrar tutor, era un atributo de la potestad paterna, toda vez que sólo al padre de familia pertenecía este derecho. Pero ya en la época clásica tomábase en cuenta la calidad de ascendiente y los sentimientos afectivos del testador.

El jefe de familia puede designar uno o varios tutores, a efecto de dar una mayor protección al pupilo. Esta pluralidad de tutores era muy frecuente entre los romanos.

Cuando no se nombraba tutor testamentario, procedía la tutela legítima de los agnados, correspondiendo tal derecho al más próximo de éstos, y en caso de que todos fueran próximos, todos eran tutores.

Justiniano modificó los principios anteriores y la tutela es otorgada al pariente más próximo, ya sea agnado o cognado, y es deferida a la madre o al abuelo del impúbero con preferencia de los colaterales.

En el Derecho Antiguo, y no habiendo agnado, pasaba la sucesión a los gentiles, y, por tanto, también la tutela debía serles concedida. Esta legítima tutela desapareció con la gentilidad, recurriendo para reemplazarla al nombramiento del tutor por el magistrado.

Para el caso de que el impúbero no tuviese tutor, las leyes de Atilia, en primer lugar, dan al pretor urbano y a la mayoría de los tribunos de la plebe, el derecho de nombrar tutor y, poco después - la Ley Julia Titia le concede el mismo poder al presidente en las provincias; bajo el Imperio, con Claudio, pasa a los cónsules el derecho de nombrar tutores. Marco Aurelio creó un pretor especial - "praetor tutelaris", quien más tarde compartió su competencia con -

el prefecto de villa. Estos magistrados sólo podían nombrar un tutor después de informarse ampliamente sobre su moralidad y su familia. El nombramiento de tutor lo hacía el magistrado sólo cuando no había tutor testamentario ni legítimo. (7)

Cuando el impúbero era manumitido empieza una nueva familia y no puede tener ni tutor testamentario ni legítimo, entonces el patrono es el tutor legítimo, y a su muerte, dicha tutela pasa a los hijos que tenía bajo su potestad directa y que heredan los derechos del patronato. En el caso de que hubieran varios patronos, éstos se repartían la tutela; pero una patrona no podía ser nunca tutora.

Eugène Petit afirma que la principal función del tutor consiste en la defensa de los intereses del pupilo. Ocupándose el tutor de la fortuna, más no de su guarda y educación; el pretor le designaba al impúbero la persona destinada a educarle; fijando también las cantidades necesarias para ello.

Antes de ejercer sus funciones, al tutor le son impuestas ciertas formalidades, tales como formar inventario de los bienes del pupilo.

En algunos casos los tutores deben de prometer por estipulación, conservar intacto el patrimonio del pupilo y acreditar fiadores solventes; el tutor, una vez que ha entrado en sus funciones, debe intervenir en el cumplimiento de los actos jurídicos que sean necesarios para la administración de los bienes del pupilo.

Llamase auctoritas tutor a la cooperación dada por el tutor en la realización de un acto que el pupilo efectúe; y se dice gestio negotia gerit cuando el tutor administra o actúa obrando como un mandatario. En el Derecho Romano el mandatario no representaba al mandante, por tanto, cuando una persona cumplía por otra un acto ju

rídico, las consecuencias del acto realizado operaban en él, como si hubiese obrado por sí misma, y al momento de rendir cuentas al pupilo, tenía que ceder para éste los derechos adquiridos. (8)

El tutor ejerce sobre el patrimonio del impúbero amplios poderes de administración, puede realizar toda clase de actividades, pero siempre en interés del pupilo. Sin embargo, este poder absoluto tiene sus limitaciones, ya que el tutor no podrá hacer donaciones de ninguna clase, sólo los regalos de costumbre, en proporción a la fortuna del pupilo, es lo único autorizado.

Un senadoconsulto dado bajo Septimio Severo, prohibió la enajenación de los fundos de tierra destinados al cultivo, y, en general todos los dominios sobre los cuales las casas sólo tienen una importancia secundaria. Una enajenación contraviniendo el senadoconsulto se consideraba nula, no pudiendo además usucapirla el comprador. La hipoteca estaba prohibida, lo mismo que la enajenación.

La prohibición de enajenar los bienes quedaba sin efecto en los casos siguientes:

- 1.- Cuando el padre de familia, en la herencia en la que el pupilo recibía estos bienes, ordenaba la venta en su testamento.
- 2.- Tratándose de una enajenación necesaria, bien sea por estar el pupilo en la indivisión de un tercero, o bien a causa de alguna hipoteca consentida por aquél a quien hereda el pupilo.
- 3.- Cuando la enajenación es útil para pagar deudas acremiantes.

En el Derecho Antiguo Romano, las mujeres estaban en tutela perpetua por la ligereza de su carácter y por su inexperiencia para los negocios; el objeto de dicha tutela era la protección de su fortuna. Esta tutela se fué debilitando poco a poco hasta desaparecer bajo el Imperio.

(8) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 131.

Antiguamente se admitía esta tutela al igual que la de los impúberos, pudiendo nombrar tutor testamentario y legítimo. El hecho de estar sujeta a la tutela, traía como consecuencia para la mujer la imposibilidad de cumplir ciertos actos, toda vez que la tutela legítima constituía para el tutor de la mujer púber, un verdadero derecho, que entre otros, podía ceder a un tercero.

La mujer necesitaba obtener la "auctoritas" de su tutor para poder celebrar actos que podían poner en peligro su patrimonio en perjuicio de sus herederos.

Concluimos pues, que en el antiguo Derecho Romano la mujer requería del tutor para enajenar los objetos más preciados, para testar, aceptar herencias, contraer obligaciones y comparecer en juicio. Empero tenía una capacidad más extensa que la del pupilo.

Hacia el fin de la República fué debilitándose la tutela perpetua. En efecto, la mujer tuvo como derecho, escapar de la tutela legítima de sus agnados, y tener tutor a su gusto. Poco a poco fué evolucionando y así vemos que las leyes Julia y Papia Poppoea eximían a la mujer de la tutela, siempre y cuando la ingenua tuviera tres hijos, o bien, en caso de estar manumitida. Ulpiano anuló la tutela de los agnados, quedando solamente la del patrono y la del ascendiente emancipador.

El golpe final para la tutela la dió la constitución de Honorio y Teodocio en los albores del año 410, concediendo a todas las mujeres el jus liberorum que llevaba consigo la dispensa de la tutela. (9)

La institución de la tutela en el Derecho Romano se extinguía por dos causas: La que provenía de la persona del pupilo; y, la que provenía de la persona del tutor.

En lo referente al primer caso, cesaba la tutela por llegar el pupilo a la pubertad, por muerte del pupilo o bien porque sufriese capitis deminutio.

En el segundo caso cesaba la tutela por defunción del tutor, - por sufrir capitis deminutio, porque se llegaba a un término o una condición, limitando las funciones del tutor testamentario y asimismo como consecuencia de una excusa o destitución. (10)

Al extinguirse la tutela, por cualquiera de las causas señaladas, el tutor debe rendir cuantas al pupilo de los bienes que le -- fueron confiados y que administró.

LA CURATELA EN EL DERECHO ROMANO.- En el Derecho Romano existían -- dos formas de protección de los incapaces no sujetos a la patria potestad; la tutela y la curatela. Esta última tenía una regulación -- semejante a la de la tutela y estaba destinada a la protección de -- quienes por su estado de salud o cualquiera otra causa, no estaban -- en condiciones de usar normalmente su capacidad jurídica.

Las diferencias entre la tutela y la curatela en el Derecho Romano no eran fundamentales. A ello se debe que en casi todos los derechos no exista una distinción esencial.

La curatela en el Derecho Romano fué organizada originalmente -- por la Ley de las XII Tablas, para remediar las incapacidades accidentales, tales como las incapacidades de "los furiosi" y de "los -- oródigos", después esta protección se amplió a "los mente capti", a los sordomudos, así como a los gravemente enfermos, a los menores -- de veinticinco años, y en algunos casos a los pupilos que estaban -- sujetos a la tutela.

Como no se permitían curadores testamentarios, la Ley de las --

(10) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 138.

XII Tablas estableció para los locos y los pródigos, los llamados - curadores legítimos. Al no existir éstos, se hacía la designación - de un curador honorarii, cuyo nombramiento era autorizado por el ma- gistrado. Cuando la familia era la que nombraba el curador, este -- nombramiento, para que surtiera efectos jurídicos, necesitaba de la ratificación del pretor.

Es de advertirse que la función principal de los curadores era administrar, más nunca podía dar auctoritas, por ser facultad exclu- siva del tutor; aunque en algunas ocasiones el menor de veinticinco años podía dar su consentimiento que se manifestaba incluso después de haber ocurrido el acto. (11)

En esta época se podía hacer la distinción entre los incapaci- tados que estaban totalmente privados de la razón, aunque tuvieran\_ intervalos lúcidos, y los retrasados mentales, o más bien, aquellas personas cuyas facultades no estaban del todo desarrolladas.

La Ley de las XII Tablas establecía que el incapacitado que ca- reciera de tutor o de la protección del jefe de familia, debía some- terse a la curatela de los agnados. No habiendo éstos, la curatela\_ pasaba a los gentiles, pero cuando la gentilidad cayó en desuso el\_ magis- trado hacía la designación correspondiente.

Si la persona se volvía furiosa, pasaba de inmediato a ejercer el cargo de curador el agnado más próximo, sin que se necesitara -- consultar la opinión del magistrado, y la función de estos curado-- res abarcaba la administración del patrimonio y el cuidado de la -- persona. Cuando el furioso estaba afectado de interdicción, no po-- día efectuar ningún acto jurídico; pero al recobrar su capacidad, o si llegare a tener intervalos lúcidos, entonces podemos decir que - podía actuar sólo, como si nunca hubiere carecido de la razón.

(11) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 142.

La curatela fué extendiéndose a todas aquellas personas que -- por las exigencias de la vida, necesitaban de una protección porque no podían gobernarse por si mismas, por lo que el pretor les nombró curadores con la finalidad de que se les administrara tanto en su persona como en su patrimonio.

Los llamados pródigos se consideraban como aquellos que dilapidaban los bienes que habían adquirido de alguna sucesión. Se les declaraba en estado de interdicción, y los colocaban bajo la curatela de los agnados, o en su defecto, de los gentiles. Posteriormente y como una medida de protección, fué ampliada la curatela de los pródigos, nombrándose curadores a los que se encontraban en los casos siguientes: A los que se hallaban bajo las condiciones establecidas por la Ley de las XII Tablas, carecían de agnados y de gentiles y el curador legítimo estuviere incapacitado; a los ingenuos, cuando dilapidaban los bienes adquiridos por herencia; a los manumitidos, cuando empezaban a crear una familia y carecían de bienes; a los -- que sin saber la procedencia de sus bienes los derrochaban. Con las medidas que han quedado asentadas se protegió a la familia, al pródigo y a la propia sociedad.

La curatela del pródigo tenía como finalidad la administración, puesto que al incapacitado le era necesario cumplir con los actos prohibidos y, como el curador era la única persona que obraba, tenía la obligación de rendir cuentas cuando se terminaba su gestión en el cargo.

En el Derecho Romano, con todo acierto se comprendía que eran más lentas en desarrollarse las facultades intelectuales que las físicas, considerándose que el que alcanzaba la pubertad tenía poca experiencia, lo que dió origen a que se buscara una protección a los menores de veinticinco años, creándose para ello la Ley Plaetoria, la In Integrum Restitutio y las instituciones de curadores per

manentes.

La Ley Plaetoria fué creada en Roma hacia la mitad del siglo VI; se desconocen con exactitud sus disposiciones, pero según el testimonio de Cicerón, consistía en la creación de una acción contra aquellos que abusaran de la ignorancia e inexperiencia del menor cuando contrataban con él. (12)

Esta ventaja la hacía efectiva el pupilo también en la In Integrum Restitutio, que consistía en que el pretor tenía intervención en los casos de haber consentido un acto jurídico arrancado por la violencia o sorprendido por el fraude, cuando una persona era perjudicada por causa de un acto legal y no le concedía el Derecho Civil ninguna solución, considerando el pretor el acto no realizado y restableciendo las cosas al estado en que se encontraban previo el examen respectivo.

Para que interviniera el pretor solicitando la In Integrum Restitutio, era necesario que el menor sufriera en su patrimonio las alteraciones siguientes: Cuando por un acto u omisión se le haya causado un perjuicio; que el perjuicio provenga por defecto de la edad; y, que al menor no le quedara ningún otro recurso.

Se puede considerar que la In Integrum Restitutio constituía una protección más eficaz y más completa que la Ley Plaetoria; sin embargo, tenía el inconveniente de que se excedía en su finalidad, amenazando a los terceros que contrataban con él, quitándoles toda seguridad. (13)

En un principio se tenía la costumbre de que los menores de veinticinco años, en cualquier acto jurídico, se hiciera asistir por un curador para un asunto determinado, ya que en esta forma las

(12) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 146.

(13) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 147.

terceras personas tenían más confianza, toda vez que el menor aconsejado por el curador corría menos riesgo de ser perjudicado; sin embargo, se hizo una modificación más radical a esta costumbre, resolviéndose que los menores podían pedir curadores permanentes mientras duraba su minoría de edad.

Cuando los terceros tenían negocios con el menor, podían forzarlo a que nombrara un curador con el carácter de especial para los siguientes casos: Para sostener un proceso; recibir las cuentas de la tutela; o bien, aceptar un pago.

En el derecho de los romanos se previó que cuando las facultades del menor de edad demostraban que ya era suficientemente apto para gobernarse a sí mismo, se le otorgaba su capacidad jurídica. Esta autorización se denominaba la "venia aetatis", cuya edad requerida era la de veinte años para el hombre, y de dieciocho para la mujer, y su finalidad era hacer cesar la tutela permanente y despojar al menor de los beneficios de la restitución.

Los curadores, antes de entrar al desempeño de su gestión, debían cumplir con las mismas formalidades que los tutores. En general, las obligaciones del curador en esta época se puede decir que se equiparaba a la de los tutores.

Con todo lo expuesto, tenemos una idea de la forma como era considerada la curatela en el sistema del Derecho Romano.

LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO FRANCÉS.- La moderna concepción del poder paterno que desde un principio tuvieron los padres de Francia, les evitó una transformación semejante de su concepto. Pothier dice que: "Antiguamente era un verdadero problema saber si en las regiones francesas existió un poder paternal, y sin tomar esta fórmula al pie de la letra, conviene por lo menos reconocerle el valor de un testimonio y de un símbolo". Sigue diciendo Pothier que -

"no se puede dudar de la existencia de un poder paternal, el cual era totalmente diferente del que concedía el Derecho Romano sobre — los hijos, cuyo término y duración carecía de límites".

Sigue afirmando que la potestad del padre consiste: 1) En el - poder de gobernar con autoridad a la persona y a los bienes de sus hijos, hasta que se hallen en edad de gobernarse por sí mismos. 2) \_ En el derecho que tienen de exigir de sus hijos ciertos deberes de respecto y gratitud.

Conforme a la legislación del Código de Napoleón, el hijo no - puede abandonar la casa sin el permiso del padre, síguese además de ésto que los padres tienen el derecho de corrección sobre sus hijos menores, apoyados en el principio que rige a la patria potestad, o sea, que el hijo al nacer tiene una individualidad, lo cual conlleva el derecho de desenvolver sus facultades intelectuales y morales; este derecho es también su misión y su deber, conjuntados ambos en la permanente vocación de perfectibilidad; al padre en esta relación no le quedan más que deberes; en efecto, tiene el deber de di-rección y de educación, y por ende, precisa que tenga el derecho de guarda y corrección:

Es fácil notar el abismo que se abre entre la legislación fran-cesa y la romana; ya vimos que la potestad romana es un interés de quién la ejerce, mientras que en la francesa, el hijo tiene el dere-cho de ser educado, lo cual es correlativo del deber del padre a e-ducar.

Montesquieu se queja de que en Francia se hayan adoptado mu~~---~~chas leyes romanas extrañas a sus costumbres y a su gobierno, y que junto a ello se haya hecho a un lado la potestad paternal que era - un vínculo valioso para el mantenimiento de las costumbres. La le-gislación romana tan conforme en muchos aspectos con la naturaleza; tan fiel interprete de la razón, se desvía de una y otra cuando se \_

ocupa de la patria potestad, y se olvida que la base de la moral es la idea del sacrificio y de la abnegación.

Planiol y Ripert definen a la patria potestad como "el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores". (14)

Por otra parte Colín y Capitant afirman que la patria potestad es "el conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, mientras estos sean menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados". También afirman que la patria potestad se confiere a los padres para facilitarles el cumplimiento de los deberes que le impone su condición. (15)

Louis Josserand se pronuncia en términos semejantes, al afirmar que la patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne a la manutención y educación de dichos hijos. (16)

Por otra parte, Bonnacase nos dice que, "la patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores, --

(14) PLANIOL Y RIPERT.- Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.- Pág. 312.

(15) COLIN Y CAPITANT.- Derecho Civil.- Vol. I.- Tomo II.- Págs. 17 y 18.

(16) LOUIS JOSSERAND.- Derecho Civil.- Tomo I.- Vol. I.- Pág. 257.

considerados, tanto en sus personas como en sus patrimonios". (17)

La patria potestad sobre los hijos naturales legalmente reconocidos, corresponde al progenitor que primero lo haya reconocido. En caso de reconocimiento simultáneo por ambos progenitores, únicamente al padre corresponde el ejercicio de este derecho.

Los padres naturales nunca ejercen lo que hemos llamado patria potestad íntegra; la patria potestad que a ellos corresponde se ejerce siempre a través de la tutela, pues el hijo natural siempre está sometido, de pleno derecho, a la tutela. (18)

La patria potestad puede ser objeto de una delegación judicial; aunque esta delegación no puede efectuarse sino con la intervención de los tribunales. Se distinguen dos variantes:

- a) Delegación en favor de la asistencia pública, que se hace basada en el consentimiento de los padres, y
- b) Delegación que se hace sin el consentimiento de los padres; en este caso se trata de establecimientos o de particulares que han recogido menores moralmente abandonados, y cuyos padres sabiéndolo, no los han reclamado. (19)

El Código Civil francés tiene un sentido más bien moral que jurídico de la patria potestad, ya que señala en sus artículos 371, - 372 y 373 respectivamente lo siguiente: "El hijo cualquiera que sea su edad, debe consideración y respeto a sus padres", "El hijo permanece sometido a la autoridad de sus padres hasta llegar a su mayor edad o emancipación" y, "El padre únicamente ejercerá esta autoridad durante el matrimonio".

(17) JULIEN BONNECASSE.- Elementos de Derecho Civil.- Tomo I.- Pág. 257.

(18) JULIEN BONNECASSE.- Obra citada.- Pág. 431.

(19) JULIEN BONNECASSE.- Obra citada.- Pág. 435.

Colin y Capitant consideran que los derechos del padre sobre la persona del hijo son dos: El derecho de guarda y dirección por una parte, y como consecuencia y sanción de este atributo primordial; el derecho de corrección.

El derecho de guarda y dirección del hijo, supone que éste debe vivir en la casa paterna, y el padre debe vigilar sus relaciones, prohibiéndole las que considere que le son inconvenientes. Sólo una excepción sufre el principio de que el hijo debe vivir en la casa paterna y es la concerniente al alistamiento voluntario en el ejército, disponiendo la ley que el hijo que ha cumplido dieciocho años puede alistarse sin consentimiento de los padres (Artículo 374 del Código Civil francés).

Los derechos de guarda y dirección de los hijos, traen aparejada dos el deber de realizarlos adecuadamente por los padres, habiendo sanciones para su incumplimiento, y así el Código Penal francés castiga al padre que deja abandonado al hijo, igualmente se impone en forma obligatoria la educación del hijo que se encuentra entre los seis y trece años. (20)

Dicen Colin y Capitant que lo que se entiende por derecho de corrección es "la facultad que tienen los padres (bajo ciertas condiciones y modalidades), de hacer encarcelar al hijo vicioso o rebelde a fin de vencer su resistencia o de apartarle de sus malas inclinaciones". (21)

Siguiendo con los autores franceses podemos citar a Planiol y Ripert, quienes consideran que los padres de familia deben "dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, de formar su carácter

(20) COLIN Y CAPITANT.- Obra citada.- Pág. 24.

(21) COLIN Y CAPITANT.- Obra citada.- Pág. 28.

e ideas". (22)

En cuanto a la obligación que tienen los padres de dar una buena educación a sus hijos, es un deber moral, sin una sanción jurídica específica; pero sin embargo, varias disposiciones se relacionan con el cumplimiento de este deber; por ejemplo: el hecho de que se obligue jurídicamente a los padres mediante un procedimiento especial de coacción, a que dé a sus hijos por lo menos la instrucción primaria, al igual que la pérdida de la patria potestad cuando hayan puesto en peligro la moralidad de sus hijos.

Pero para poder cumplir con esta obligación los padres disponen de dos derechos que son el de guarda, que trae aparejado el de vigilancia y el derecho de corrección. En cuanto al derecho de guarda, se expresa en forma semejante Colín y Capitant, por lo tanto podemos considerar aquí lo expuesto en relación con estos autores. En cuanto al derecho de corrección hace un estudio de la evolución de los castigos corporales y su atenuación progresiva; parte del poder de vida y muerte que tenían los padres sobre los hijos en los tiempos antiguos, pasando por la detención en establecimientos educativos, hasta los tiempos actuales, en que este derecho se encuentra muy debilitado, y para poder el padre internar al hijo en un establecimiento correccional necesita llenar una serie de requisitos. - Actualmente en el Derecho Francés, los medios que la ley concede a los padres para poder cumplir con esa atribución son los siguientes: la posibilidad de colocar al hijo de aprendiz; la posibilidad de despojarlo de una parte de sus derechos hereditarios, pero en este caso, no pueden ser privados los hijos de la porción que la ley obliga a los padres a dejarles; y finalmente pueden los padres hacer detener al hijo durante un lapso más o menos prolongado de tiempo.

Debe el padre igualmente, cubrir el sostenimiento del hijo que se encuentra sometido a la patria potestad, comprendiendo esta obligación pecuniaria, la alimentación, vestido, casa, gastos de enfermedad, etc. Esta es una obligación civil que se encuentra sancionada por una acción, y los padres que no la cumplen, pueden ser demandados. (23)

La patria potestad corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre, pero únicamente el padre ejerce esta autoridad durante el matrimonio. La autoridad paterna es común a los padres en cuanto a la posesión, pero constituye el monopolio del padre en cuanto a su realización; los derechos de la madre se encuentran en estado latente mientras no surge una determinada complicación que hace que entre ella a realizarlos.

Estos casos que hacen que la madre tenga el ejercicio de la patria potestad son los siguientes: 1.- En caso de ausencia del padre: Cuando el padre ha desaparecido, se establece en la ley que la madre tendrá a su cargo el cuidado de los hijos, y ejercerá todos los derechos que ejercía el marido en cuanto a la educación y a la administración de los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad. 2.- En caso de incapacidad del padre: Puede el padre no encontrarse ausente, pero por diversas razones no puede ejercitar la patria potestad, por encontrarse loco, preso, etc., entonces el ejercicio de ese derecho recae en la madre. 3.- En caso de muerte del padre: En este caso al igual que en los anteriores, la patria potestad corresponde a la madre, misma que no la pierde por el hecho de que contraiga nuevas nupcias.

En caso de muerte de la madre, el padre se encuentra en la situación anterior, ya que continúa ejerciendo la patria potestad i--

igual que antes de la muerte de la madre, y el hecho de que contraiga nuevo matrimonio, no le quita ese derecho.

En caso de divorcio, ya rota la unión familiar, se suspende la preponderancia del padre en el ejercicio de la patria potestad, y nos encontramos ante derechos iguales y rivales, correspondiendo a la autoridad judicial decidir a quien pertenecerá el ejercicio de la patria potestad, pudiendo establecerse al efecto, la siguiente regla: "La guarda del hijo debe ser concedida en principio al cónyuge que obtuvo el divorcio; pero esta regla no es imperativa y puede muy bien el juez no tomarla en cuenta y darle la patria potestad al otro cónyuge, puesto que no necesariamente el hombre o la mujer que fueron malos esposos han de ser malos padres, por lo tanto el juez, tomando en cuenta las circunstancias será quien decida". (24)

Josserand analiza el caso en que los ascendientes tienen algunos derechos, ya que la patria potestad pertenece a los padres, y como ya vimos, en caso de muerte de uno de ellos pasa a un tercero. Sin embargo, la ley concede algunas prerrogativas, en caso de muerte de los padres o imposibilidad de éstos, pueden manifestar su consentimiento u oposición al matrimonio del menor; la jurisprudencia les ha reconocido derechos morales, que se traducen en un deber de respeto que les deben los descendientes, al igual que mantener relaciones constantes con éstos, bien sea en forma de visita o de correspondencia, o permaneciendo temporadas con ellos, derecho éste al que los padres no pueden oponerse sin cometer un abuso del derecho de la patria potestad; igualmente tienen derecho de vigilar la salud moral y física del nieto y de seguir contra el padre indigno la pérdida de la patria potestad.

Se llega pues, a la conclusión de que los ascendientes, fuera

del padre y de la madre, están investidos de una patria potestad secundaria que no es la patria potestad propiamente dicha, pero que constituye por lo menos una reducción, que no le es subsidiaria en todos los aspectos y que comporta también, para quienes la ostentan, atributos numerosos y efectivos. (25)

Por su parte, Planiol y Ripert manifiestan que no se puede privar al padre del ejercicio de la patria potestad por un convenio entre los cónyuges, pues una convención en este sentido se considera nula por ser contraria al orden público. Por lo general esta situación se presenta cuando los esposos son de diferente religión, y entonces la madre pide que sus hijos sean educados en la religión de ella y no en la del marido; en este caso, se admite que esta convención no es obligatoria y que la mujer no tiene ningún medio para obtener su cumplimiento. (26)

Finalmente se presenta el caso de la delegación judicial de la patria potestad, que se presenta cuando la educación del hijo es una carga muy pesada para los padres, y éstos se encuentran dispuestos a internarlo en un hospicio o encomendarlo a una persona; o también cuando el hijo ha sido abandonado y recogido sin su intervención.

Como ya dijimos anteriormente, en el Derecho Francés la patria potestad pertenece al padre y a la madre, pero durante el matrimonio únicamente el padre ejerce esta autoridad; pasando a la madre el ejercicio, sólo en caso de ausencia, muerte o incapacidad del padre.

Las causas que ponen fin a la patria potestad son tres:

1.- La muerte del hijo, lo que es lógico, ya que al no existir el -

(25) LUIS JOSSEMAND.- Obra citada.- Pág. 263 y 264.

(26) PLANIOL Y RIPERT.- Obra citada.- Págs. 258 a 261.

sujeto de la patria potestad, ésta debe terminar.

2.- La mayoría de edad o emancipación del hijo. Al respecto el Código Civil francés dice en su artículo 372: "El hijo permanece sometido a la autoridad de sus padres hasta su mayor edad o emancipación".

3.- La caducidad del padre o de la madre, la cual puede operar de dos maneras, bien de pleno derecho, en cuyo caso se priva a los padres indignos de la patria potestad, o simplemente se autoriza por los tribunales a privarles de ella por sentencia.

La pérdida de pleno derecho procede en los siguientes casos:

- a) Por haber excitado al hijo al desenfreno o al libertinaje;
- b) Por excitación habitual de menores al desenfreno o libertinaje;
- c) Por crimen cometido contra la persona de sus propios hijos;
- d) Por la segunda condena por un delito cometido en la persona de sus propios hijos;
- e) Por condena en crimen cometido en participación con el hijo;
- f) Por segunda condena en delitos cometidos en participación con el hijo.

Esta caducidad es de pleno derecho y opera automáticamente, -- por lo tanto, no es necesario que sea pronunciada por el Tribunal. Además es total, en el sentido que destruye las prerrogativas que lleva la patria potestad, y en cuanto a los hijos es de carácter general, ya que el padre que pierde la patria potestad sobre el hijo, por ejemplo, con el que cometió un delito, la pierde también sobre todos los demás hijos. (27)

La segunda clase de caducidad puede a su vez subdividirse según sea decretada por el Tribunal represivo o por el civil.

Al decretarse la caducidad total contra el padre y aún viva la madre, no se produce necesariamente la transmisión de la patria po-

testad a ésta, sino que el Tribunal se reserva el derecho de decidir en beneficio del hijo. Si se le concede a la madre, comprende tanto a los hijos nacidos como a los que estan por nacer; en caso contrario, se abre la tutela.

Por último, la caducidad no es irremediable ya que cuando ésta procede de una condenación penal, se le concede la acción de restitución cuando hayan obtenido su rehabilitación, beneficio que borra los efectos de la condena y el recuerdo mismo de la infracción. --- Cuando procede de un Tribunal civil, sin que hayan los padres incurrido en una condena penal, la acción sólo puede ejercitarse tres años después de haber causado ejecutoria la sentencia que declaró su caducidad. (28)

En lo que se refiere a la situación jurídica de los bienes del menor, encontramos que los padres tienen respecto de éstos dos clases de derechos: El derecho de administración legal y el derecho de goce legal, conocido como usufructo legal.

Cuando se dá el caso de que el menor cuenta con una fortuna propia, es necesario saber quien va a administrarla, y así vemos que es el padre legítimo el que ejerce este derecho, y la madre legítima cuando el padre no puede hacerlo; en este caso, tiene las mismas facultades que él y no necesita de autorización marital.

Tiene el administrador la obligación de administrar los bienes como un buen padre de familia, y se hace responsable con su patrimonio del manejo de la administración en relación con la rendición de cuentas.

El segundo derecho patrimonial que se deriva de la patria potestad es el de usufructo legal, que define Jossierand de la siguiente manera: "Es el derecho del padre o de la madre, de percibir por

su propia cuenta los productos de los bienes de sus hijos menores - de dieciocho años, debiendo en cambio, asegurar la manutención y educación de dichos hijos, proporcionada a dichos productos". (29)

Están sometidos al usufructo legal todos los bienes del hijo, a excepción de los siguientes:

- 1.- Los bienes adquiridos por un trabajo o industria independiente del padre.
- 2.- Los bienes que el hijo adquiriera por donación o legado, siempre y cuando el donador o testador así lo estimulen expresamente.
- 3.- Los bienes que el hijo hereda, cuando el padre o la madre resultan excluidos por causa de indignidad.

La administración legal puede terminar con la mayoría de edad o emancipación del hijo, y porque sea reemplazada por la tutela. Este último caso se da, cuando muere uno de los padres o se pierde la patria potestad.

En cuanto al fin del usufructo legal podemos decir que se aplican todos los casos del usufructo ordinario, pero tiene además sus propias causas de terminación, como son el hecho de que el hijo cumpla los dieciocho años, el divorcio de los padres, y el caso de que el usufructuario no cumpla las cargas que le son impuestas por tal título.

**LA TUTELA EN EL DERECHO FRANCÉS.-** La tutela es una institución de protección de los menores, que confiere al tutor derechos y facultades sobre su persona y sus bienes, y que se aplica tanto a los menores de edad, como a los sujetos a interdicción.

Para comprender el sistema bastante complicado de la tutela, es necesario distinguir la protección de la persona y la del patri-

monio.

En lo que concierne a la protección de la persona, el menor -- tiene por protectores naturales a sus padres, investidos de una autoridad llamada patria potestad; si el menor ha perdido a sus pa-- dres, o si no los tiene legalmente conocidos (como puede ocurrir en los hijos naturales), el cuidado y protección de su persona se con-- fía a un tutor.

En lo que respecta al patrimonio, hay que distinguir entre los hijos legítimos y los naturales.

Mientras dura el matrimonio de los padres del hijo legítimo, - el padre, o en su defecto la madre, es el que administra los bienes que pueda llegar a tener el menor, con excepción de los que se les\_ hubiere donado o legado con la condición expresa de ser administra-- dos por un tercero; en todos los demás casos, esta misión siempre - pertenece al tutor.

En cuanto al hijo natural, la administración de sus intereses\_ pecuniarios pertenece siempre al tutor.

La tutela, cuando existe, se ejerce bajo la vigilancia e ins-- pección de diferentes autoridades:

- a) Un consejo de familia, compuesto de parientes, afines o amigos - encargados de deliberar sobre las cuestiones más importantes que in-- teresan al menor y de autorizar al tutor para realizar los actos -- más graves entre los concernientes a su patrimonio y su persona.
- b) Un protutor, especie de adjunto del tutor, encargado de vigilar\_ la gestión tutelar y representar al menor cuando sus intereses estu-- vieren en oposición con los del tutor.
- c) Un tribunal civil que aprueba las decisiones del consejo de fami\_ lia cuando se trata de actos especialmente importantes.

El tutor debe representar al menor, obrar en su nombre, mane-- jar y administrar su patrimonio; por esa razón la ley, para garanti\_

zar su buena gestión, le impone la obligación de constituir una hipoteca legal sobre sus bienes inmuebles, así como la rendición de cuentas. En efecto, el artículo 470 del Código Civil francés dice: "Todo tutor que no sea el padre o la madre puede ser obligado, incluso durante la tutela, a entregarle al tutor subrogado, estados sobre la situación de su gestión, en las épocas que el Consejo de familia juzgare conveniente señalar, sin que por ello pueda ser constreñido el tutor a presentar más de un estado por año".

La tutela no se establece únicamente a falta de la patria potestad, coexiste algunas veces con ella, como sucede en el caso de muerte de uno de los cónyuges, en cuyo caso el padre superviviente continúa investido de la patria potestad, pero no la ejerce más que con respecto a la persona del hijo; en el caso de los padres naturales, el que ejerce la patria potestad no administra los bienes sino con el carácter de tutor legal, y bajo la inspección del tutor subrogado.

La designación del tutor es hecha: ya por ley, ya por testamento, ya por el consejo de familia. El padre o la madre superviviente tiene la tutela legítima. El padre o madre superviviente pueden nombrar un tutor testamentario. A falta de esta designación, la ley, después de la muerte del padre o de la madre superviviente, llama a la tutela del hijo a uno de los ascendientes. Por fin, a falta de tutor legítimo o testamentario, el tutor es nombrado por el consejo de familia; en este caso se dice que hay tutela dativa. (30)

La función de la tutela es una carga obligatoria para las personas a quienes la difiere la ley o el consejo de familia. Sin embargo, esta regla no es absoluta, la ley admite determinado número de excusas, así como causas de incapacidad y causas de impedimento

o destitución.

La tutela es un cargo gratuito; el tutor no puede reclamar remuneración alguna, por el contrario, debe administrar gratuitamente los bienes del pupilo. Únicamente se pagan al tutor los gastos útiles y justificados.

La tutela es un cargo personal, no es hereditario. Sin embargo, si los herederos son mayores, están obligados a continuar la gestión de su causante hasta el nombramiento de un nuevo tutor.

En relación con las funciones del tutor, el artículo 450 del Código Civil francés señala: "El tutor tomará a su cuidado la persona del menor y lo representará en todos sus actos civiles. Administrará sus bienes como un buen padre de familia y responderá de los daños y perjuicios que puedan resultar de una mala gestión". El tutor únicamente está facultado para realizar actos de administración y no de disposición.

Sigue diciendo el artículo antes citado: "No puede aquél ni comprar los bienes del menor, ni tomarlos en arrendamiento, a menos que el Consejo de familia autorice al tutor subrogado para arrendarlo, ni aceptar contra el pupilo la cesión de ningún derecho o crédito".

La tutela termina únicamente por causas que provienen del menor, que normalmente es la mayoría de edad. La tutela termina también por la muerte del menor o su emancipación. No se debe confundir el cese de la tutela con el de las funciones de un tutor, ya sea porque éste muera o porque surja una causa de incapacidad o de exclusión. En este caso, la tutela continúa y el tutor debe ser inmediatamente reemplazado. (31)

El efecto principal de la incapacitación es colocar al incapa-

citado bajo tutela. La ley nos dice que las reglas relativas a los menores se aplican a los incapacitados. Esto no quiere decir que -- tal transposición sea completa. Hay entre ambas tutelas las diferencias siguientes:

1.- Mientras que la tutela de los menores puede ser dativa, legítima o testamentaria, la de los incapacitados es siempre dativa. Este principio admite una sola excepción: El marido es de derecho, tutor de la mujer incapacitada.

2.- La tutela de los menores produce el efecto de domiciliar al pupilo en el domicilio del tutor. En el caso del incapacitado, el Consejo de familia determina si el alienado será atendido en su domicilio, en una casa de salud, o en un manicomio. Por lo tanto, el tutor no será jamás forzado a recibirlo en su casa.

3.- El tutor del incapacitado tiene en virtud de la ley, una misión que no incumbe al tutor del menor, la de recibir las cuentas del administrador provisional.

4.- El empleo de los ingresos no es el mismo en ambas tutelas. Los ingresos del menor, fuera de los gastos corrientes, deben ser colocados en una institución. Los del incapacitado deben ser empleados principalmente en dulcificar su suerte y en acelerar su curación.

5.- El tutor del menor no puede declinar el cargo, fuera de los casos de excusa. Por el contrario, el tutor del incapacitado, dado -- que no puede imponersele una carga indefinida, tiene el derecho de pedir y deberá obtener su substitución al cabo de los diez años. -- Sin embargo, estan privados de esta facultad los cónyuges, los ascendientes y los descendientes del alienado, a los cuales su proximidad les impone el deber de soportar hasta el fin la carga de la tutela. (32)

LA CURATELA EN EL DERECHO FRANCÉS.- El mecanismo de la curatela en el Derecho Francés es menos complicado en su organización que la institución tutelar, pues en ésta, el tutor aparece en primer plano por su misma importancia, siendo por ende un personaje representativo y actuando en nombre del pupilo en lo concerniente a la administración de sus bienes y al cuidado de su persona. Por el contrario, en la institución de la curatela, el curador asume otro cargo que no es de representación para el menor emancipado, deduciéndose con frecuencia que su intervención únicamente de asistencia no es requerida con la premura con que a veces son reclamadas las decisiones de un representante o de un tutor. Por tanto, concluimos que en el Derecho Francés, la curatela es un cargo que conlleva una función secundaria.

En la actualidad, la legislación francesa sólo admite con carácter general la tutela, y en algunos casos, muy aislados por cierto, la curatela reducida siempre como ya dijimos, a una mera asistencia que tiene por objeto suplir o complementar la capacidad imperfecta de los menores emancipados, especialmente cuando han de recibir las cuentas de la tutela, o las sugerencias de cualquier inversión. En efecto, la legislación francesa dice que en los actos que sobrepasan la capacidad del menor, éste es asistido por un curador; en los más graves se debe solicitar la aprobación de los padres de la alta tutela.

Como ya dijimos anteriormente, las funciones del curador no consisten en representarle, sino en asistirle, sin órdenes imperativos. Esta asistencia implica normalmente la presencia del curador en todos los actos celebrados por el menor emancipado, y su intervención en los mismos: sin embargo, el curador no es en modo alguno su representante, ni es el portavoz del emancipado, ni obra en su nombre, ya que éste es el que figura en la escena jurídica, dado --

que toma las iniciativas, propone, concluye y firma los actos, aún los más graves; es decir, es quien está frente a sus negocios por ser su propio gestor.

La figura del curador se limita a asistir casi "emocionalmente" al menor, teniendo como función solamente su vigilancia y control.

En la práctica, la intervención del curador no se manifiesta en la misma forma, según se trate de acciones judiciales o de contratos. En el primer caso (en el caso de cualquier acción), el curador debe figurar en la instancia junto con el emancipado, a fin de poder intervenir útilmente en cada incidente imprevisto; en el caso de la celebración de contratos, se admite que la asistencia pueda ser reemplazada por una autorización anterior, siempre que las cláusulas y condiciones del acto que se va a realizar, resulten suficientemente detalladas.

En efecto, de la idea expuesta anteriormente acerca del papel secundario que desempeña el curador, se deduce lo siguiente: que su responsabilidad es menos grave que la del tutor, en virtud de que no maneja el capital o patrimonio del emancipado, excepto cuando viole un deber que se le haya conferido; que los inmuebles del curador no son gravables ya que no tiene a su cargo el numerario del emancipado, y en caso de que su responsabilidad sea puesta en juego, no se constituirá en deudor de grandes cantidades. Con base en lo anterior, no puede rendir cuentas, puesto que no ha administrado patrimonio ajeno, ni debe asegurar con garantía alguna su relación.

Excepcionalmente, cuando el curador es considerado como tutor de hecho, la función se aproxima a la del tutor legal, quedando sus bienes afectados a la hipoteca legal. En los casos en que los curadores se exceden de sus funciones, manejando los asuntos del emancipado, en vez de asesorarlos solamente, entonces se le considera co-

mo un mandatario o un gestor de negocios, cuya responsabilidad puede resultar agravada si debido a un abuso de autoridad ha extendido sus funciones o comprometido algún bien. En estos casos se obliga al curador a rendir cuentas, aunque no garantizara el manejo con hipoteca legal. En cambio, si el curador, con buen juicio se ha limitado en sus funciones de asistencia para con el menor, no se le impondrá ninguna responsabilidad semejante a la del tutor. Sin embargo, la responsabilidad del curador se aproxima a la del tutor, cuando el emancipado recibe una suma de dinero a título de capital, el curador está, en efecto, encargado entonces de una misión activa, debiendo vigilar su empleo.

En los casos en que el curador tenga intereses (ya económicos ya morales), opuestos a los del menor emancipado, aquél debe abstenerse de asistir a éste; para el efecto, nada impide que el curador sea reemplazado por un curador ad hoc, que tendrá las mismas funciones del primero. También será nombrado un curador ad hoc, cuando el curador ordinario niegue la asistencia moral al menor para celebrar un acto jurídico.

La curatela es como la tutela, una carga obligatoria, asimismo, se aplican a la curatela las mismas causas de excusa, incapacidad, impedimento o destitución de la tutela.

La curatela siempre será dativa; el consejo de familia es el que nombra al curador. El padre o la madre que emancipen a su hijo, no son de derecho sus curadores. Más aún, no pueden ser nombrados para esta función por el consejo de familia, a no ser que éste designe primero a un curador ad hoc para recibir sus cuentas.

Por lo que se refiere a la extinción de la curatela, ésta se dará por terminada en la siguiente forma: a) Por la mayoría de edad del emancipado; b) Por muerte del emancipado; c) Por revocación de la emancipación.

Sin embargo, no deseo entrar al estudio de cada una de estas causas de extinción de la curatela, porque no es el objetivo del presente trabajo, y si se hizo referencia de ello fué para tener una visión panorámica de las instituciones que en el Derecho Francés son contempladas, con semejanzas en relación con nuestro ordenamiento jurídico.

LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CHILENO.- Como casi en todos los ordenamientos jurídicos, en el Derecho Chileno se contempla también un resabio del añejo Derecho Romano, consistente en que su "código primitivo" sólo otorgaba la patria potestad al padre, discriminando de este derecho a la madre y a cualquier otro ascendiente, lo que sin duda constituía una injusticia, sobre todo para la madre. Sin embargo, el Decreto Ley del 16 de marzo de 1925, reparó aquél yerro, lo cual se consigna actualmente en la evolución del Código Civil chileno. Así vemos que en la actualidad, éste mismo ordenamiento, en su artículo 240 define la patria potestad como "el conjunto de derechos que la ley otorga al padre o a la madre legítimos, sobre los bienes de sus hijos no emancipados".

No obstante, en el Derecho Chileno moderno, todavía se ve la influencia del Derecho Romano en la institución de la patria potestad, ésta más bien deja de ser un derecho específico del padre, y se convierte en una obligación establecida en beneficio de los hijos. Bajo esta clara idea, el Código Civil chileno en lo relativo a la patria potestad dispone: "El padre o en ausencia de éste, la madre, tiene los siguientes derechos:

a) El de castigar y corregir moderadamente a los hijos, y si lo estima necesario podrá recurrir al Tribunal de Menores, a fin de que éste determine sobre la vida futura del menor por el tiempo que juzgue conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte pa

ra cumplir los veinte años de edad. Las resoluciones del Juez de Menores no puede ser modificada por la sola voluntad del padre.

b) También tiene el derecho de elegir el estado o profesión futura del hijo y de dirigir su educación del modo que más crea conveniente para él; pero no puede obligar al hijo a casarse contra su voluntad; ni llegado el hijo a la edad de dieciocho años, podrá oponerse a que abraze una carrera honesta, más de su gusto que la elegida para él por su padre o su madre. Finalmente a los padres les asiste el derecho de imponerse en la correspondencia del hijo, no incurriendo si así lo hicieran, en delito, de conformidad por lo dispuesto en el artículo 146 del Código Penal chileno:

En la actualidad la patria potestad en el Derecho Chileno, se concibe como el conjunto de derechos y obligaciones que la ley da al padre o a la madre legítimos sobre los bienes de los hijos no emancipados.

En general, el Estado considera que la formación física, psíquica y cultural de los hijos no puede estar en mejores menos que en la de sus padres. Con este motivo otorga poderes o potestades a los padres, que corresponden a otros tantos deberes a cargo de ellos. El carácter que el ordenamiento jurídico imprime a esta clase de normas, es de orden público y por tal no admiten derogación por voluntad privada, aún de los mismos padres.

El deber de respeto y obediencia alcanza a los hijos de cualquier edad, no siendo necesario que sean hijos de familia; confirmando lo anterior, el artículo 219 del Código Civil chileno expone: "Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, pero estarán especialmente sometidos a su padre".

Por otra parte el artículo 222 dice: "Toca de consumo a los padres, o al padre o madre que sobreviva, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos". A primera vista, el ar

título transcrito parece que sólo comprendiera la atención del menor; sin embargo, comprende la prestación de los más variados socorros como la alimentación, la enseñanza, las distracciones y diversiones sanas y los descansos. (33)

En términos generales, podemos decir que la patria potestad se ejerce de consumo en los primeros años por ambos padres, y después pasa al padre preferentemente; para confirmar lo anterior, el artículo 235 del Código Civil chileno señala al padre preferentemente y a la madre subsidiariamente como titulares de la patria potestad; empero, en lo que atañe a lo patrimonial, su ejercicio sólo corresponde a los padres legítimos.

Como en casi todas las legislaciones, el padre conserva estos derechos hasta la emancipación del hijo, que puede ser voluntaria, legal o judicial.

LA TUTELA Y LA CURATELA EN EL DERECHO CHILENO.- En estas materias el Derecho Chileno no se aparta de la regla general que rige en casi todos los ordenamientos jurídicos; en efecto, se establece que ambas instituciones "son cargas impuestas a ciertas personas a favor de aquellas que no pueden dirigirse a sí mismas, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre, madre o marido".

En muchos de los aspectos, el Derecho Chileno identifica la tutela a la curatela, y sostiene que ambas instituciones se extienden no sólo a los bienes, sino a las personas sometidas a ellas.

Existe en el derecho que analizamos la curatela general y la curatela especial; la primera es la que se da para los menores, adultos, para los sordomudos, para los que por demencia no pueden ad-

ministrar sus bienes, y para aquellos que tienen fama pública de -- ser incapaces. La curatela especial es la que se nombra para un negocio en particular, terminado el cual, la "curaduría" también termina.

Pueden colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o más -- individuos, siempre que haya entre ellos indivisión de patrimonios; en igual forma, una misma tutela o curaduría puede ser ejercida con juntamente por dos tutores o dos curadores, empero estos dos cargos no podrán darse cuando exista la patria potestad.

Cuando un tutor o curador alegare excesiva complicación en la -- administración de los bienes, el juez podrá nombrarle otro tutor o curador para que lo auxilie, y para que la administración sea más -- provechosa para el menor.

En el Derecho Chileno la tutela o curatela pueden ser testamen -- tarias, legítimas o dativas.

Las primeras se constituyen por testamento; las legítimas son -- las que se confieren por la Ley a los parientes o cónyuge del nuri -- lo; y las dativas las que confiere el Magistrado.

La tutela y la curatela testamentarias son las que devienen -- cuando el padre legítimo nombra tutor por testamento a los hijos na -- cidos, e incluso curador por testamento a los menores adultos. Es -- tos derechos de los padres legítimos, se les concede también a los -- padres naturales.

Cuando se nombra por testamento dos o más tutores o curadores, -- es necesario que el mismo testador divida la administración, a fin -- de evitar complicaciones que redunden en el poco provecho que ad -- quiera el menor o el incapaz. Finalmente, en el apartado de la tute -- la o curatela testamentarias, el Derecho Chileno introduce una re -- gla de procedimiento cuando dice: "Las tutelas y curatelas testamen -- tarias admiten concisión suspensiva y resolutoria, y señalamiento --

de día cierto en que principien o expiren".

La tutela o curaduría legítimas tienen lugar cuando expira la testamentaria, o bien, cuando el menor es emancipado o cuando por sentencia judicial se suspende la patria potestad.

Los llamados a la tutela o curatela legítimas son primeramente el padre del pupilo; en segundo lugar la madre; en tercer lugar los ascendientes y por último los demás parientes colaterales.

La tutela o curaduría dativas tienen lugar a falta de otra tutela o curaduría; por ejemplo, cuando se retarda por cualquier causa el discernimiento de una tutela o curaduría, o durante ella sobreviene un embarazo que por algún tiempo impida al tutor o curador seguir ejerciéndola, se dará por el Magistrado un tutor o curador interino, para mientras dure el retardo o impedimento. Pero si hubiere otro tutor o curador que pueda suplir la falta, o si se tratare de nombrar un tutor o un curador que suceda al que actualmente desempeña el cargo, y pueda éste continuar en ella algún tiempo, no tendrá lugar el nombramiento del interino.

El magistrado, para la elección del tutor o curador dativos, deberá oír a los parientes del pupilo, y podrá en caso necesario, nombrar dos o más y dividir entre ellos las funciones. Si hubiere curador adjunto podrá el juez preferirle para la tutela o curaduría dativa.

Como principios generales, el Derecho Chileno sostiene que toda tutela o curaduría se debe discernir; se llama discernimiento al decreto judicial que autoriza al tutor o curador, a ejercer el cargo. Para estos efectos es necesario que previamente se otorgue fianza o caución, al tiempo que se hace un inventario de los bienes. Se exceptúa de prestar fianza el cónyuge y los ascendientes o descendientes legítimos, los interinos y los que se dan para un negocio particular.

La falta de inventario hecha por el tutor o curador, puede ocasionar que se le remueva del cargo, y será condenado a resarcir cualquier daño o pérdida que resultare.

Ahora bien, respecto a los bienes, toca al tutor o curador representar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales: administrar los bienes, incluida la conservación de éstos; y en ambos casos la responsabilidad se extiende a la culpa leve.

Respecto a la disipación de los bienes, expresamente la norma dice que "no será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca, censo o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección; ni podrá el juez autorizar esos actos sino por causa de utilidad o necesidad manifiesta".

Como una novedad el Código Civil chileno consigna otros capítulos sobre la tutela y la curatela, a los cuales harémos alusión solamente, porque ninguna analogía presentan con nuestro Derecho. Se estudian: Reglas especiales relativas a la curaduría del menor, reglas especiales relativas a la curaduría del sordomudo; reglas de las curadurías de bienes; reglas de los curadores adjuntos; y, reglas de los curadores especiales.

Ahora bien, para desempeñar la tutela o curatela son incapaces: Los ciegos, los mudos, los dementes, los fallidos mientras no hayan satisfecho a sus acreedores, los disipadores, los que no saben leer ni escribir, los que carecen de domicilio en la República, los de mala conducta notoria, los condenados judicialmente, la mujer adúltera, los que han sido privados de ejercer la patria potestad, y los que su mala administración ha sido causa de remoción en otro cargo semejante y anterior.

Pueden excusarse de ejercer el cargo de tutor o curador:

a) El Presidente de la República; los Ministros de Estado y los Mi-

nistros de la Suprema Corte;

- b) Los administradores o recaudadores de rentas fiscales;
- c) Las mujeres;
- d) Los que adolecen de una enfermedad grave o han cumplido 65 años;
- e) Los pobres, por obvios motivos; y
- f) Los que ya ejercen dos guardas.

El tutor o curador tendrán en general como recompensa de su -- trabajo, la décima parte de los frutos de aquellos bienes de su pupilo y que administra; si son varios tutores o curadores, esa décima parte se dividirá.

Finalmente, el Derecho Chileno habla de la remoción de los tutores o curadores. El artículo 539 del Código Civil chileno dice: - "Los tutores o curadores serán removidos:

- 1.- Por incapacidad;
- 2.- Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo;
- 3.- Por ineptitud manifiesta;
- 4.- Por actos repetidos de administración descuidada; y
- 5.- Por conducta inmoral.

LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MODERNO.- La institución en sí ha sido una de las más dinámicas en el Derecho, y ésto la ha llevado - al punto de que, en el Derecho Moderno no se le tome como aquella - facultad de los padres, sino más bien como una obligación establecida en beneficio de los hijos. Nuestro Código Civil al regular la patria potestad, no toma en cuenta la calidad de hijo legítimo o natural, sino que confiere ese poder al padre y a la madre, a los abuelos paternos y a los abuelos maternos, conforme a un orden establecido en el artículo 420, es decir, primero a los padres, a falta de ellos a los abuelos paternos y en su defecto a los abuelos maternos.

Nuestro Código regula expresamente el ejercicio de la patria -

potestad para el caso de los hijos naturales, en los artículos del 415 al 418.

Por una serie de matices, la patria potestad ha llegado a nuestro Derecho no como otra institución cualquiera, sino más bien, visto con la delicadeza que el tiempo actual requiere; de tal forma -- que no debe la patria potestad, ser capítulo exclusivo del padre, -- sino también de la madre, y a mayor abundamiento, delegable a los a buelos, en tanto que en el ejercicio de aquella no se implique un castigo excesivo que pueda ocasionar un daño al menor.

Con toda razón el maestro Rojina Villegas, al hablar de los efectos del matrimonio respecto de los hijos dice: ". . . en nuestro derecho a diferencia de otras legislaciones, el matrimonio no a tribuye efectos en cuanto a la patria potestad, pues éstos existen independientemente del mismo, en favor y a cargo de los padres y abuelos, sean legítimos o naturales".

A fin de dejar establecido el derecho de corrección como uno -- de los múltiples derechos que suponen la patria potestad, debemos -- enfatizar que el padre tiene la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, ya sean éstos legítimos, legitimados, natu rales, reconocidos o adoptivos, en tanto no esten emancipados, o ad quieran la mayoría de edad, y en apoyo de su potestad, se infiere -- que la ley le autoriza para pedir auxilio a las autoridades compe tentes, en caso de que aquel fuere necesario para el fin ya asentado.

### CAPITULO TERCERO

#### CLASIFICACION DE LOS BIENES DE LOS QUE PUEDE DISPONER EL MENOR DE EDAD

A) PREAMBULO

B) BIENES ADQUIRIDOS POR EL TRABAJO DEL INCAPAZ

C) BIENES QUE ADQUIERE POR CUALQUIER OTRO TITULO

PREAMBULO.- En el Derecho Romano la autoridad paternal siempre se manifestó en forma absoluta sobre los hijos, y sobre los excepcionales bienes de éstos, quizá porque en los primeros siglos de Roma, el Derecho está intimamente unido a la religión; por ello, en el caso de la familia, el hijo, en cuanto a sus bienes siempre estuvo -- comparado con el esclavo; es decir, no tenía bienes más que los indispensables; pero él como el esclavo no podía por ningún medio adquirir para sí algún bien de relevancia social o económica. Este carácter absoluto de la autoridad paterna le imprimió a la sociedad romana, un sólo Patrón: El paterfamilias.

Derivado de lo anterior, cualquier otra personalidad (la de la madre y la de los hijos), se veía absorbida por la del jefe de familia, lo cual constituía para el hijo una seria restricción en la tenencia de bienes propios, y todo lo que adquiría -- propiedades o derechos de crédito--, pertenecían al padre, para quien el hijo sólo --

representaba un instrumento de adquisición.

Este carácter absoluto de amo del padre, se sujetó a cierta modalidad. Si en la familia sólo existía un patrimonio cuyo dueño lo era el padre necesaria y legalmente, por el sólo principio de la autoridad absoluta, a los hijos se les consideraba (si habían contribuido a aumentar el patrimonio), como copropietarios; empero, el -- pleno derecho de copropiedad no aparecía o no se manifestaba en la vida del padre, sino que estaba latente, llegando a hacerse vigente a favor de los hijos, hasta la muerte del que ejercía la potestad paterna. Hasta ese momento, el hijo entraba a ejercer su propiedad sobre los bienes a título de heredes sui. Mientras que el padre no fenecía, tan sólo existía una presunción de que los hijos "serían dueños", pero en realidad, en vida de aquél, éstos ningún poder ejercían sobre los bienes. (1)

En la época del Imperio, ésta regla, en la que el hijo no era considerado propietario de los bienes que adquiría, estando vivo el padre, hubo de modificarse, imponiéndose la regla de que ciertas adquisiciones que hiciera el hijo por esfuerzo u otros bienes que recibiera, le fueron otorgados y reconocidos en total propiedad a fin de que constituyeran su propio patrimonio con independencia del de su padre. Bajo el Imperio comienza a desvanecerse la figura del padre, y cobra independencia la del hijo mayor, no así la de la madre.

Ahora bien, los bienes cuya utilidad le cedía el padre para construirle su propio patrimonio, conformaron con el tiempo lo que los jurisconsultos llamaron "el peculio profecticio", análogo al de los esclavos en la forma de constituirse. Empero, esta limitante en los derechos de los hijos también tenía una repercusión en el pater

(1) EUGENE PETIT.- Tratado Elemental de Derecho Romano.-  
Pág. 103.

familias; en efecto, el pretor permitía a los terceros que hubiesen hecho un contrato con un hijo de familia, ejecutar la acción contra el padre, cuando constara que éste había permitido al hijo contratar.

En términos análogos se manifestó el pretor respecto del esclavo. Esto es, toda vez que se respetaba el papel de padre, la ley le exigía a éste que, siendo menor su hijo no le debía permitirse obligación ninguna, porque la acción recaería siempre en el padre. Sin embargo, fuera de estas dos situaciones que contemplan aspectos de administración o meramente económicos, el hijo tenía una mejor situación respecto del esclavo, porque a éste, el derecho civil le negaba cualquier manifestación de su personalidad, mientras que al hijo le reconocía expresamente su personalidad como civitas romano, - lo cual implicaba todas las libertades del ciudadano. (2)

Una vez que hemos hablado del peculio profectitium, debemos aclarar que significaban éstos en el Derecho Romano.

En el Derecho Romano los peculios son porciones de patrimonio sobre los cuales se les va reconociendo derecho a los hijos. Es decir, sobre determinados bienes muebles o inmuebles, el hijo puede empezar a desempeñarse sin la asistencia directa del paterfamilias.

En Roma aparece primero el llamado peculio profectitium, que como ya dijimos anteriormente, está integrado por los bienes que el paterfamilias acostumbraba ceder a sus hijos para que éstos los administraran y se fueran habituando a los negocios. Este patrimonio procede, como la misma palabra lo indica, del padre y como consecuencia, éste mantiene la propiedad sobre los bienes, quedando únicamente al hijo, el disfrute y la administración de ellos.

A este primer caso siguió otro de mayor trascendencia debido a

(2) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 103.

que, al constituirse una verdadera casta militar, se le reconocen - al hijo una serie de privilegios entre los cuales se destaca el derecho de propiedad sobre los bienes adquiridos en este servicio o - en ocasión de él.

El peculio filis milis es aquél en el cual el hijo tenía poder y plena propiedad sobre el suelo, el botín, las donaciones y legados que se le hacían por razón de su cargo, así como todo aquello - que procediera o se derivara de estos bienes. Esta reforma se debió al emperador Augusto, y los que le siguieron en la época del Imperio, fueron confirmando este privilegio, el cual permitía al hijo - de familia, disponer de estos bienes sin limitación alguna.

En el año 336 de la era cristiana, el emperador Constantino -- creó otro peculio similar al anterior, denominado peculio cuasi castrense, con la finalidad única de contrarrestar el predominio de la casta militar que dominaba en todos los ámbitos.

En virtud del peculio cuasi castrense se le reconoció al hijo\_ de familia, derechos sobre los bienes que adquiriría en sus funciones civiles; por razón de su cargo en el palacio imperial; o bien, por\_ el ejercicio de su profesión o como clérigo. En este apartado ya no era menester ser militar para adquirir bienes en forma absoluta, -- bastaba con que se desempeñara en el sitio destinado al ejército, o bien como clérigo en servicio.

El último paso en esta evolución que señalamos se da con el peculio llamado adventicio, el cual derogó definitivamente la idea y\_ la costumbre del dominio absoluto del padre sobre los hijos, al reconocerse en la legislación de Justiniano, que todos los bienes que el filius in potestante adquiría por cualquier otro concepto y que\_ no provinieran del padre, integrarían el peculio adventicio. Sobre\_ estos bienes tenía el hijo la propiedad, pero la administración y -

el usufructo se le reservó al padre. (3)

Una vez que se ha contemplado someramente la situación que en el antiguo Derecho Romano tenía el hijo respecto del poder que ejercía circunstancialmente sobre algunos bienes, entraremos al estudio de los diferentes bienes que pertenecen al menor dentro del Derecho Moderno.

Dos clases de derechos concede la ley al padre o ascendiente - que ejerce la patria potestad sobre los bienes de los hijos, o descendientes sujetos a ella; el derecho de administración y el derecho de usufructo. Conforme al primer derecho, administra los bienes de los hijos sin más limitaciones que las que fijan las leyes. Conforme al segundo, la patria potestad da derecho a la copropiedad de dichos bienes, cuando mediante el usufructo se beneficia quien ejerce ese derecho.

En nuestro derecho, los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen; ahora bien, -- cuando la patria potestad se ejerce a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador será nombrado por mutuo acuerdo. Por otra parte, la persona que ejerza la patria potestad, representará también a los hijos en juicio, pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, - si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial, cuando la ley lo requiera expresamente.

Pero los expresados derechos no se ejercen por igual sobre los bienes de los hijos sujetos al poder paterno, de aquí la necesidad de hacer una clasificación. Empezaremos por decir que el artículo 428 del Código Civil expone: "Los bienes del hijo mientras esté en

(3) EUGENE PETIT.- Obra citada.- Pág. 308.

la patria potestad, se dividen en dos clases:

I.- Bienes que adquiriera por su trabajo;

II.- Bienes que adquiriera por cualquier otro título".

**BIENES ADQUIRIDOS POR EL TRABAJO DEL INCAPAZ.-** El artículo 429 del Código Civil plantea como regla general que: "Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo".

Lo anterior resulta natural; sí, la ley dispone autoritariamente que los bienes que adquiriera el hijo mediante su trabajo, le pertenezcan en el más amplio sentido de la propiedad, o sea, que tenga sobre ellos el uso, el goce y el disfrute.

Es aceptado por la mayoría de las legislaciones, que el hijo - tenga la administración de los bienes que ha adquirido por su trabajo. Ahora bien, la ley le concede al hijo esta administración porque supone que si fué capaz de adquirir los bienes, con mayor razón debe serlo para administrarlos. Sin embargo, no es posible considerar que el menor de edad tenga la experiencia suficiente para conducirse al igual que un mayor, debido a esto, la ley le concede facultades sujetas a determinadas restricciones.

El artículo 435 del Código Civil establece: "Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces". Complementando lo anterior, el artículo 643 del mismo ordenamiento legal nos dice: "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes raíces; II.- De un tutor para negocios judiciales".

BIENES QUE ADQUIERE POR CUALQUIER OTRO TITULO.- En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante disponen que el usufructo pertenezca al hijo, o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Los padres pueden en cualquier momento renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, esta renuncia sólo puede hacerse a favor del hijo y se considerará como donación. Los réditos y rentas vencidas antes de que entren en posesión de los bienes del hijo quienes ejerzan la patria potestad, corresponden al primero.

Dentro de la clasificación que la ley hace al decir de los bienes "adquiridos por cualquier otro título", obviamente que se está hablando de otra fuente que no es el trabajo del menor, y en los cuales éste no ha tenido una intervención directa para su obtención. Dentro del campo de estos bienes se pueden señalar aquellos que adquiere el hijo, además de la donación, legado o herencia, los que adquiere en rifas, sorteos y otra clase de eventos de azar.

Dentro de toda esta clase de bienes, es muy explicable el motivo que tuvo el legislador al restringir la capacidad de ejercicio para los menores respecto a los bienes adquiridos "por cualquier otro título", toda vez que su inexperiencia puede comprometer su patrimonio; es por eso que nuestra legislación prevé la importancia de esa protección consistente en la autorización judicial y en la asistencia de una persona mayor que aconseje al menor, protegiéndolo de los abusos de que pueda ser objeto por parte de terceros. Con la protección del menor, se protege asimismo a los terceros que tienen relación con aquellos, y al establecer nuestra ley la autorización judicial, así como la representación del padre o tutor, el acto se

reviste de toda su formalidad para que en lo futuro no se pueda invocar como fuente de nulidad, el hecho de que haya existido dolo o mala fe.

Ahora bien, el usufructo concedido a las personas que ejerzan la patria potestad lleva consigo la obligación de dar alimentos de acuerdo a la regla general, o sea, de acuerdo a la necesidad que tenga quien haya de recibirlos, y a la posibilidad del que haya de darlos, pero en todo caso el usufructuario tendrá esa obligación. Están excentuados de dar fianza, fuera de los casos siguientes: --- Cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o esten concursados; cuando contraigan ulteriores nupcias; y, cuando la administración sea notoriamente ruinoso para los hijos.

Existe una imposibilidad para los que ejercen la patria potestad de gravar o enajenar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que corresponden al hijo, si no es por una causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, siempre previa la autorización judicial. Asimismo, no podrán rentar los inmuebles por más de cinco años, ni recibir rentas anticipadas por más de dos años. El juez, al conceder licencia para que se enajene o se grave algún bien, tomará las medidas necesarias para asegurar que el producto de aquél acto, se destine al objeto para lo que se hubo destinado.

El usufructo se extingue para las personas que ejercen la patria potestad por los siguientes motivos: Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos; por la pérdida de la patria potestad; y por renuncia.

Cuando las personas que ejerzan la patria potestad tengan intereses opuestos a los de los hijos, éstos serán representados por un tutor que lo nombrará el juez correspondiente; esta misma autoridad, en todo tiempo tomará las medidas pertinentes para evitar que, por

mala administración, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso.

Finalmente, 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 bienes y frutos que les pertenecen.

## CAPITULO CUARTO

REPERCUSION Y ALCANCE JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA  
SOBRE LOS BIENES DEL MENOR DE EDAD Y DEL MAYOR INCAPACITADO.

A) PREAMBULO

B) LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES

C) EL DERECHO DE USUFRUCTO

D) FIN DE LA ADMINISTRACION Y ENTREGA DE LOS  
BIENES.

PREAMBULO.- En lo referente a los bienes de los menores de edad o incapacitados, nuestra legislación vigente los trata con mucho cuidado, evitando así que los que ejercen la patria potestad o la tutela, dispongan libremente de ellos y logren menoscabar ese patrimonio ya sea por negligencia, mala administración o abuso de autoridad. Para tal fin, aparte de que en la ley se fijan reglas de estricto cumplimiento, también se pide constantemente la intervención del Juez, mancomunadamente con el consentimiento del Ministerio Público, para proteger hasta donde sea posible aquellos bienes.

Debemos distinguir en lo que respecta al patrimonio de los menores o incapaces, diversos actos fundamentales en relación a las limitaciones que se establecen y las condiciones bajo las cuales debe regirse la actuación de los que ejercen la patria potestad o la tutela. Estos actos son los siguientes: Actos de administración; actos de disposición; y, actos de usufructo.

LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES.- Dentro de la institución de la patria potestad, existe el principio, generalmente aceptado por la mayoría de las legislaciones que señala que la administración de los bienes del menor de edad recae en aquellos que ejercen la patria potestad; al efecto, el artículo 425 del Código Civil vigente nos dice: "Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que estan bajo de ella y tienen la administración de los bienes que le pertenecen, conforme a las prescripciones de este código".

En primer lugar notamos el derecho de representación en cuanto a la persona del menor, y en segundo término, la administración general de los mismos que se otorga a los ascendientes.

Ahora bien, en el moderno tratamiento del problema que puede presentar la patria potestad sobre los diferentes bienes del menor, se presentan dos aspectos principales: La administración y el usufructo. Uno y otro derecho corresponden con igual amplitud a los padres legítimos y a los naturales. Cabe mencionar de paso que en algunas legislaciones se les negaba a estos últimos tales atribuciones; empero, en la actualidad esa infundada distinción ha quedado derogada por la Ley civil de casi todos los países, basada en un orden más proteccionista.

Uno de los principales fundamentos sobre los cuales reposa la institución de la patria potestad, consiste en la ignorancia e inesperienza de los hijos, que los pone en el peligro de causar graves perjuicios en sus propios intereses, o definitivamente perderlos por completo.

Tal es el motivo por el cual se les prohíbe comparecer en juicio o contratar sin el expreso consentimiento del padre o ascendiente que ejerza la patria potestad, quien por otra parte, no podría cumplir los deberes u obligaciones que la ley le impone respecto de

los bienes de los hijos, si les fuera permitido a éstos, litigar y disponer libremente de su patrimonio; la razón nos la dá el artículo 427 de nuestro ordenamiento legal al afirmar: "La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".

Por su parte el artículo 426 expone: "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración".

Como ya dijimos anteriormente, la patria potestad tiene por objeto la integración de la capacidad jurídica del hijo, inhábil por su ignorancia y por su inexperiencia para gobernarse a sí mismo y administrar sus bienes, motivo por el cual no puede comparecer en juicio ni celebrar contrato alguno, de tal manera que el que ejerce la patria potestad es el legítimo representante y administrador de los bienes que pertenecen al incapaz.

En virtud del poder de representación, el padre celebra en nombre y por cuenta del hijo todos los negocios que interesen a éste, y tiene el deber de comparecer en juicio ya como actor o como demandado; puede aceptar las donaciones hechas a aquél, así como las herencias, pero en este caso, siempre con beneficio de inventario. Si el padre se niega a aceptar lo que al hijo le es dado, a pedimento del mismo o de un ascendiente, la autoridad intervendrá y autorizará tal donación a favor del menor.

Pasaremos ahora a analizar las obligaciones que tiene el tutor respecto a la administración de los bienes de la persona sometida a

la tutela.

Debemos mencionar que el tutor no deberá entrar a la administración de los bienes sin que antes se nombre curador, excepto en el caso de los expósitos. Empero, se infiere que el tutor puede entrar a ejercer sus otras funciones y realizar todos aquellos actos que no sean de administración, sin el previo discernimiento del cargo de curador, puesto que la ley solamente prohíbe la administración de los bienes sin ese organismo de vigilancia. Al respecto el artículo 535 del Código Civil señala: "Cuando el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a la administración sin que antes se nombre curador . . .".

Ahora bien, como sanción para el tutor que entra a la administración de los bienes sin que se haya nombrado antes curador, se especifica la obligación de responder de los daños y perjuicios que cause al incapacitado además de sancionarlo con la separación del cargo de tutor; sin embargo, aún faltando el curador, ningún extraño puede rehusarse a tratar con él judicial o extrajudicialmente -- los problemas del incapacitado, alegando la falta de un curador.

Dijimos que el tutor está obligado a formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, pero sin que exceda de seis meses. El inventario se formulará con intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciseis años de edad.

La obligación de que formule inventario, es con el objeto de evitar la desaparición de muebles, valores y documentos; para conocer con exactitud el estado de los bienes del menor; su activo y su pasivo; a fin de tener datos seguros para organizar la administración de la tutela; y por último, como base de donde puede partir

el tutor para rendir cuentas de su encargo. (1)

Como el inventario es una medida ineludible para garantizar -- los intereses del menor, no puede ser dispensado ni aún por los que tienen derecho a nombrar tutor testamentario; sin embargo, en el ca so de que el inventario no estuviere formado, la tutela deberá limi tarse a los actos de mera protección de la persona y conservación de los bienes del incapacitado. En el inventario no únicamente de-- ben constar los bienes que tenía el incapacitado en el momento en -- que se haga, sino también los que adquiere posteriormente, los cua-- les se incluirán inmediatamente en él, en forma solemne y circuns-- tanciada.

Una de las medidas de protección que se han establecido en --- nuestro derecho para evitar un posible fraude cometido en perjuicio del incapacitado por el tutor, consiste en que se le obliga a éste a inscribir en el inventario el crédito que tenga en contra del in-- capaz; si no lo hace, pierde el derecho de cobrarlo. La razón de -- tan drástica sanción para el tutor, estriba en la posibilidad de -- que éste ya haya cobrado el crédito y reclame un segundo pago, si -- por extravío o por cualquier otro motivo, el recibo de descargo no -- aparece entre los documentos inventariados. Si no declara ser acree dor del pupilo, su silencio se traduce en una confesión de que nada se le debe, a menos que demuestre tener justo motivo para ignorar -- el crédito. (2)

Otra de las medidas establecidas para proteger al incapacitado, la tenemos en el hecho de que una vez realizado el inventario, no --

(1) RICARDO COUTO.- Derecho Civil Mexicano.- De las Personas.- Tomo III.- Pag. 98.

(2) MANUEL MATEOS ALARCON.- Código Civil del Distrito Federal Concordado y Anotado.- Tomo I.- De las Per sonas.- Pag. 256.

se admite al tutor rendir prueba en perjuicio del incapacitado, ni antes ni después de la mayor edad de éste, ya sea que litigue en -- nombre propio o con la representación del incapacitado. Se exceptúa el caso de cuando el error del inventario es evidente, o cuando se -- trate de un derecho claramente establecido.

Puede presentarse el caso de que al formarse el inventario, -- por descuido u olvido, se hayan dejado de inventariar algunos bie-- nes del incapacitado; éste mismo, antes o después de la mayor edad, el curador o cualquier otro pariente, pueden ocurrir al juez, pi--- diendo que se subsane la omisión y que los bienes omitidos se lis-- ten; el juez, oído el parecer del tutor, determinará en justicia.

Entre las obligaciones fundamentales y previas al desempeño de la tutela se encuentra la garantía, que al igual que el inventario -- tiene la finalidad de proteger los bienes del pupilo.

El tutor debe garantizar el manejo de la tutoría por los daños y perjuicios que pudiere ocasionarle al incapacitado en la adminis-- tración de los bienes; y con mayor razón, cuando los tutelados, por falta de experiencia o defectuoso desarrollo de sus facultades men-- tales, no pueden defenderse por sí mismos.

El artículo 519 del Código Civil señala que: "El tutor, antes -- de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su -- manejo. Esta caución consistirá:

- I.- En hipoteca o prenda;
- II.- En fianza.

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depo-- sitando las cosas dadas en prenda, en una institución de crédito au -- torizada para recibir los depósitos; a falta de ella, se depositará en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad".

La regla general de que todos los tutores deberán otorgar hipo -- teca, prenda o fianza para asegurar el manejo del cargo que les fué

conferido, no es del todo absoluta, toda vez que existen algunos tutores que están exceptuados de esta obligación, siendo los siguientes: Los tutores testamentarios cuando el testador los haya relevado de esa obligación; el tutor que no administre bienes; el padre, la madre y los abuelos que sean llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo que el juez lo crea conveniente; los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente, a no ser que hayan recibido pensión para cuidarlo.

En lo que respecta a la excepción que tienen los tutores testamentarios, relevados expresamente por el testador de la obligación de otorgar garantía, podemos decir que es en razón de que el testador que designa el tutor, tiene la plena confianza en que la persona nombrada desempeñará su cargo de manera conveniente. Sin embargo; el legislador previó el caso de que si con posterioridad a la designación del tutor testamentario pudieren sobrevenir causas ignoradas por el testador que hicieren necesaria la garantía, se concederá al juez facultad de exigir ésta, previa audiencia del curador.

En cuanto al tutor que no administra bienes, el motivo radica en que la garantía que otorga el tutor tiene el objeto de asegurar la administración de los bienes del tutelado; no teniéndolos, es innecesario que se exija dicho requisito.

La excepción de otorgamiento de garantía que tiene el padre, la madre y los abuelos llamados al desempeño de la tutela de sus descendientes (con la salvedad de que el juez lo estime conveniente), es por que se considera que el afecto y cariño que une a los ascendientes con los descendientes, tiende a que aquellos procurarán proteger siempre lo mejor posible los intereses de éstos. Lo mismo ocurre en el caso de que la tutela recaiga en el cónyuge o en los hijos del incapacitado.

En lo que se refiere a la excepción de dar garantía para los -

que acojan a un expósito, podemos apreciar que no sería de justicia obligarlos a que otorguen caución, dado que, hacen más por el menor o el incapacitado de lo que exigen sus deberes sociales.

La garantía que llegaren a prestar los tutores para el desempeño de la función tutelar, no impide que el juez de lo familiar, a --moción del Ministerio Público, el Consejo Local de Tutelas, de los parientes más próximos al incapacitado, o de éste si ha cumplido --dieciseis años de edad, dicte providencias que estimare útiles para la conservación de los bienes del pupilo.

Se ha establecido un orden legal consistente en que el tutor --no podrá otorgar fianza para asegurar su manejo sino cuando no tenga bienes en que constituir hipoteca o prenda. Sin embargo, cuando los bienes que tenga no alcancen a cubrir la cantidad que debe otorgar, la garantía podrá consistir, parte en hipoteca o prenda, parte en fianza o solamente la fianza, a juicio del juez, y previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas.

Según el artículo 528 del Código Civil: "La hipoteca o prenda y, en su caso, la fianza, se darán:

- I.- Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;
- II.- Por el valor de los bienes muebles;
- III.- Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, --calculados por los peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez;
- IV.- En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, --calculados por los libros, si están llevados en debida forma, o a --juicio de peritos".

Asimismo, como medida proteccionista de los bienes del incapa-

citado, se ha previsto que si los bienes aumentan o disminuyan durante el ejercicio de la tutela, proporcionalmente aumentará o disminuirá la garantía que se hubiese otorgado, toda vez que el objeto de la caución es garantizar el valor de los bienes del incapacitado.

Al lado de la forma proteccionista que se mencionó, el legislador previó que el juez será responsable subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela.

En caso de que el tutor no cumpla con el otorgamiento de la garantía exigida en el término perentorio de tres meses después de aceptar el nombramiento, la ley señala como sanción que el nombramiento quede sin efecto, procediéndose a nombrar un tutor interino, quien administrará los bienes; éstos los recibirá por inventario solemne, no pudiendo ejecutar otros actos que los indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos, toda vez que para cualquier otro acto de administración requerirá de autorización judicial, la que concederá el juez si procede, después de haber escuchado al curador.

Analizaremos a continuación otra de las obligaciones del tutor, siendo ésta la referente al deber que tiene de administrar el caudal del incapacitado. En vista de que la conservación o cuidado de los bienes del incapacitado es un acto genuinamente de administración, es claro que entre las facultades que tenga el tutor estará la de hacer todo lo necesario para que los bienes no se pierdan; y como para conservarlos se necesita erogar gastos, el tutor dentro del primer mes de ejercer su cargo, fijará con aprobación del juez, la cantidad a invertirse en gastos de alimentación y el número y sueldo de los empleados necesarios; pero ni el número ni el sueldo de éstos podrá aumentarse después si no es con aprobación judicial. Lo anterior no exime al tutor de comprobar debidamente, al rendir -

cuentas, que efectivamente han sido gastadas dichas sumas en sus -- respectivos y ya mencionados objetivos. Los gastos extraordinarios\_ que no sean para la conservación o reparación de los bienes del menor o incapacitado, necesita el tutor que sean autorizados por el - juez.

Con el fin de no exponer los intereses del tutelado al fracaso, cuando se trata de algún comercio o industria (que ejercía el padre o la madre del menor), en el que sea probable la necesidad de conocimientos especiales y cierta experiencia, el juez, con informe de\_ dos peritos, decidirá si ha de continuar o no el menor con la nego- ciación, a no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso, se respetará su voluntad, siempre y cuando no\_ ofrezca graves inconvenientes, a juicio de juez. (3)

La ley exige como medida proteccionista a los intereses del me- nor, que el capital de éste no quede improductivo; para lo cual o-- bliga al tutor a imponer el capital del tutoreado, sobre segura hi- poteca, por ser la mejor forma de garantizar la conservación de los bienes. La inversión deberá hacerse en el plazo de tres meses, con- tados a partir de la fecha en que se hayan reunido dos mil pesos, y la hipoteca será calificada por el tutor bajo su responsabilidad, - teniendo en cuenta el precio de la finca, sus productos y la depre- ciación que pudiere sobrevenir al realizarla. En caso de que hubie- re algún inconveniente grave en la imposición anotada, el tutor lo\_ manifestará al juez, quien podrá ampliar el plazo por otros tres me- ses. Mientras se hacen las imposiciones, el tutor depositará en es- tablecimiento público destinado para el efecto, las cantidades que\_ perciba. (4)

(3) RICARDO COUTO.- Obra citada.- Pág. 102.

(4) MANUEL MATEOS ALARCON.- Obra citada.- Pág. 258.

Cuando el tutor no cumpla en los plazos establecidos con la obligación señalada en el párrafo anterior, pagará los réditos legales de los capitales que hubiere dejado de invertir.

El tutor, como todo administrador de bienes ajenos, está obligado a rendir cuentas de su administración, siendo el objeto de éstas, justificar la gestión del tutor en el manejo de los intereses del incapacitado.

Es natural que en todas las legislaciones, se establezcan acciones para exigirle al tutor la rendición de cuentas como consecuencia de su gestión sobre los bienes del incapacitado. En el Derecho Romano, desde tiempos remotos, el pupilo estaba protegido contra el tutor por acciones de carácter penal, como era la accusatio suspecti tutoris, que podía ejecutarse cuando el tutor no cumplía fielmente sus deberes; además de esta acción, procedía, en caso de que el tutor cometiera alguna acción fraudulenta, la actio rationibus distrahendi, pero más adelante al evolucionar la tutela, se crea la actio tutelae que tenía como finalidad específica, obligar al tutor a rendir cuentas.

El tutor debía devolver los bienes registrados en el inventario, así como los adquiridos por el pupilo durante la tutela, las rentas, los intereses percibidos, etc.

La rendición de cuentas facilita la fiscalización de los actos del tutor, que de esta manera, en breve plazo de tiempo se encuentra obligado a demostrar el resultado de su gestión. Al mismo tiempo, entendémos que es conveniente para el tutor las cuentas anuales, pues de esta manera, al terminarse la tutela y tener que rendir las generales, sólo debe hacer un acoplamiento o síntesis de los informes anteriores ya emitidos, con la excepción de las que comprenden el último año.

Existen tres tipos de cuentas que deberá rendir el tutor, se--

gún las circunstancias:

1.- Cuentas ordinarias.- En primer lugar, por cuestión de orden y para hacer más fácil la labor de los jueces, encaminada a la comprobación del hecho de si han sido rendidas las cuentas, se estableció que el tutor está obligado a rendir al juez, cuentas detalladas de su administración en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha que se le hubiere discernido el cargo.

No sólo se exige la cuenta periódica durante el mes de enero de cada año, sino que inmediatamente se establece también que la falta de presentación de la cuenta en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del cargo de tutor.

Nuestra legislación adoptó el mes de enero de cada año para rendir las cuentas anuales, regularizando de esta manera la actuación del tutor para beneficio del incapaz, independientemente de la época del discernimiento del cargo.

2.- Cuentas extraordinarias.- Es un esfuerzo más del legislador para garantizar de una manera amplia, la protección de los bienes del incapacitado. Obliga al tutor, a rendir cuentas en un momento dado, a petición de los que protegen los intereses del incapaz, lo que indudablemente representa en principio una posibilidad de defensa más para éste.

De conformidad con el artículo 591 del Código Civil vigente, el tutor tiene la obligación de rendir cuentas, cuando por causas graves que calificará el juez, la exijan el curador, el Consejo Local de Tutelas o del mismo menor que haya cumplido dieciseis años de edad.

3.- Cuentas generales.- Cuando se presenta el caso de que el tutor es reemplazado por otro, estará obligado, y lo mismo sus herederos en caso de muerte, a rendir cuenta general de la tutela ante quien vaya a reemplazarlo. El nuevo tutor responderá al incapacitado por

los daños y perjuicios si no pidiere y tomare las cuentas de su antecesor. Lo anterior se abarca desde dos puntos de vista:

El primer caso se observa al concluir el tutor con su encargo por cualquier circunstancia, tal como la remoción por excusa o por muerte, en cuyo supuesto deberá rendir cuentas de su actuación o -- sus herederos en caso de muerte, en cuanto a su administración al otro tutor que lo reemplaza. El segundo caso se aprecia cuando el tutor que reemplaza no tiene el cuidado suficiente para exigir las -- cuentas de la tutela, siendo responsable de su negligencia en la medida que haya causado el daño. (5)

En nuestra legislación tenemos varias disposiciones legales relativas a las cuentas de la tutela, reglamentando dicha obligación y exponiendo la forma en que deben ser rendidas. La cuenta de la administración que formule el tutor comprenderá no únicamente las cantidades en numerario del resultado de su administración que hubiere recibido por producto de los bienes y la aplicación que les haya dado, puesto que no se podría formar una idea exacta de la gestión -- del tutor, si no fueran acompañadas de todos los documentos que justifiquen su actuación y de todas y cada una de las operaciones que hubiere practicado; así como un balance del estado de los bienes.

Hemos observado, que para rendir cuentas de la tutela se debe tomar como base el inventario que se hubiese formado al iniciar sus funciones el tutor; de manera que si en él figuran créditos activos cuyo vencimiento se ha verificado dentro de sesenta días, contados desde el vencimiento de su plazo, el tutor será responsable del valor de los créditos, si no ha obtenido su pago o garantía que aserare éste, o no ha pedido judicialmente el uno o la otra.

Se ha establecido como sanción para el tutor, el hecho de que

si el incapacitado no está en posesión de alguno de los bienes a -- que tiene derecho, se considerará responsable el tutor de la pérdida de ellos, si dentro de dos meses, contados desde que tuvo noticia del derecho del incapacitado, no promueve judicialmente a nombre de éste las acciones conducentes para recobrarlos. Como se advierte, la responsabilidad que se establece para el tutor, es con el fin de proteger debidamente los intereses del tutelado, y de que no se le causen perjuicios en su patrimonio. Sin embargo, aún cumpliendo el tutor la obligación anotada, se entiende la sanción sin perjuicio de la responsabilidad que, después de intentadas las acciones, pueda resultarle al tutor por culpa o negligencia en el desempeño de su encargo.

El legislador, preocupándose por el lugar donde deben rendirse las cuentas de la tutela, estableció que será aquel en donde se desempeñe, por encontrarse seguramente en ese lugar los comprobantes de la administración y el domicilio del tutor y del incapacitado.

En las cuentas de la tutela deben abonarse al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente, aún los que haya anticipado de su propio caudal, pues justo es que si por favorecer los intereses del incapaz, ha anticipado dinero propio, se le abone la cantidad respectiva, no importando si el numerario aportado no le resulte útil, salvo que la inutilidad provenga de la culpa del tutor. En este último caso, como está obligado a responder de los daños y perjuicios que su administración cause al incapacitado, justo es que recaiga sobre su propio patrimonio el daño causado.

Existe una excepción a lo anotado en el párrafo que antecede; tiene lugar en el caso de que, ninguna anticipación ni crédito en contra del incapacitado se abonará al tutor si excede de la mitad de la renta anual de los bienes del incapaz, a menos que, al efecto haya sido autorizado por el juez con audiencia del curador. Esto se

puede considerar injusto toda vez que si el tutor en un acto de generosidad, suple de su propio patrimonio el dinero que necesita el tutelado para cubrir una necesidad urgente, no por el sólo hecho de que exceda de la mitad de la renta anual de los bienes del pupilo - no le será restituida. Sin embargo, se remedia esa situación al solicitar la autorización judicial correspondiente, con audiencia del curador, para que así se pueda hacer el anticipo, abonándosele al tutor el dinero que haya aportado. (6)

En lo concerniente a las cuentas de la tutela y en general para la misma institución tutelar, se parte de un principio justo. Dado que el cargo de tutor es de carácter obligatorio, deberá ser indemnizado, según el prudente arbitrio del juez, del daño que haya sufrido por causas de la tutela y en el desempeño necesario de ella, cuando no haya intervenido de su parte ni culpa ni negligencia.

En el artículo 6º del Código Civil se establece: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros". Partiendo de este principio tenemos que, la obligación de rendir cuentas por el tutor es ineludible, dado que la esencia de la tutela afecta al orden público, por lo que la obligación de rendir cuentas no puede ser dispensada, ni en contrato o última voluntad, ni aún por el mismo incapacitado. Si esa dispensa se pusiere como condición en cualquier acto, se tendrá por no puesta.

Se ha señalado el término de tres meses para la rendición de cuentas generales, cuando le corresponda rendirlas al tutor o en su falta a quien lo represente. Este término comenzará a contarse des-

(6) RICARDO COUTO.- Obra citada.- Pág.146.

de el día en que fenezca la tutela, pero el juez podrá prorrogar el plazo hasta por tres meses más, si circunstancias extraordinarias lo exigieren.

Habíamos dicho que la caución que otorga el tutor es la garantía que tiene el incapacitado contra los malos manejos y sobre los que debe hacerse efectiva, si le resultare responsabilidad prove-niente de las propias cuentas; por lo tanto, no se cancelará la cau-ción que haya otorgado el tutor, mientras las cuentas de la tutela no hayan sido aprobadas.

Por último, en el Código Civil vigente, con el fin de asegurar los derechos del pupilo, se prevé el caso de que hasta pasado un mes de la rendición de cuentas, es nulo todo convenio entre el tu-tor y el pupilo ya mayor o emancipado, relativo a la administración de la tutela o de las cuentas mismas. Opinamos que esta medida se estableció para dar más protección a los intereses de los indivi-duos sujetos a la tutela; porque pasando éstos súbitamente de la in-capacidad a la capacidad, es de suponerse que no tengan conocimien-to exacto de sus intereses, ni que puedan adquirir el suficiente co-nocimiento para contratar con el tutor, en el período inmediato a la terminación de la tutela; a mayor abundamiento, estando en estas condiciones de ignorancia, es de temerse que el tutor abuse de su situación para hacerle firmar convenios que le perjudiquen. (7)

Para terminar diremos que la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo, le corresponde a él y no al tutor (art. 537 frac. IV párrafo segundo del Código Civil).

EL DERECHO DE USUFRUCTO.- A los padres que ejercen la patria potes-tad, el Código Civil les concede el usufructo legal sobre los bie--

(7) RICARDO COUTO.- Obra citada.- Pág. 167.

nes de los hijos. Este derecho está reconocido incluso en la mayoría de las legislaciones extranjeras.

En los primeros tiempos del Derecho Romano, cuando la persona del padre absorbía la del hijo, no podía hablarse del usufructo legal, pero cuando empezó a dibujarse la distinción de ambas personalidades -padre e hijo-, y se admitieron los peculios, fué establecido el usufructo legal de los padres.

El derecho romano de usufructo sobre la "bona adventicia", tenía la particularidad de que al padre se le dispensaba de prestar fianza, así como de rendir cuentas, aunque se le prohibía vender estos bienes o hipotecarlos. Este peculio tenía fuentes muy diversas y como consecuencia, los derechos del usufructuario variaban; Justiniano le concedió al padre la mitad del usufructo sobre dichos bienes cuando emancipaba al hijo.

En el Derecho Mexicano, es de observarse que al tratar sobre los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad, aquellos se dividen en dos clases: a) Los bienes que adquiere por su trabajo, y b) Los bienes que adquiere por cualquier otro título.

Como ya se trató en el capítulo anterior, los bienes que el menor adquiere por su trabajo le pertenecen en propiedad, en administración y en usufructo al mismo; asimismo, el artículo 429 del Código Civil nos dice que, "Los bienes de la primera clase pertenecen en administración, propiedad y usufructo al hijo", o sea, los bienes que adquiere por su trabajo; por lo tanto, no serán materia de estudio en el presente.

Respecto a los bienes que el hijo adquiera por cualquier otro título, "la mitad del usufructo de los mismos le corresponde a los que ejerzan la patria potestad", salvo que el motivo de la adquisición sea una donación, un legado o una herencia en los que se encuentre o se señale una condición del donante o testador para que -

se cumpla con un fin determinado; en este caso, se estará a lo dispuesto.

El artículo 430 del Código Civil dice: "En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo, corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren los bienes por herencia, legado o donación, y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto".

En este último caso, los padres titulares de la patria potestad pueden renunciar a su derecho a la mitad del usufructo, siempre que se haga constar aquella renuncia por escrito, o de otro modo -- que no deje dudas de la propia intención. Esta renuncia de la que se habla, hecha por los padres a favor del hijo, será considerada como una verdadera donación. Los numerales 431 y 432 exponen: "Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o por cualquier otro modo que no deje lugar a duda". "La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación".

En todo caso, los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponde al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de los que gozará la persona que tiene el ejercicio de la patria potestad. Así lo expone el artículo 433 de nuestro Código Civil.

Ahora bien, respecto al usufructo de los bienes concedido a quienes ejerzan la patria potestad, trae aparejado para el usufructuario la obligación contenida en el Capítulo II, del Título Sexto, o sea, la obligación alimentaria que siempre será recíproca, operándose una modalidad al respecto, la cual la consigna el artículo 319

que dice: "En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gocen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad". Empero, además de esta obligación que le nace al usufructuario de los bienes del menor, el Código Civil expresamente, en su artículo 1006 dice: "El usufructuario, antes de entrar en el goce de los bienes, está obligado: I. A formar a sus expensas, con cita-ción del dueño, un inventario de todos ellos, haciendo tasar los muebles y constar el estado en que se hallen los inmuebles; II. A dar la correspondiente fianza de que disfrutará de las cosas con moderación y las restituirá al propietario con sus accesiones, al extinguirse el usufructo, no empeoradas ni deterioradas por su negligencia, salvo lo dispuesto en el artículo 434". A esta última frac-ción debe agregarse que se otorgará fianza: a) Cuando el que ejerza la patria potestad haya sido declarado en quiebra o esté concursado; b) Cuando contraiga ulteriores nupcias; c) Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

El derecho de usufructuar los bienes del menor por parte de quien ejerce la patria potestad, se extingue por tres motivos:

- a) Por la emancipación o mayoría de edad de los hijos;
- b) Por la pérdida de la patria potestad (se alude lógicamente a una pérdida condenatoria); y
- c) Por renuncia.

Pués bien, tratándose de los bienes de la segunda clase, o sea, de aquellos que el menor ha obtenido por cualquier otro título que no sea su trabajo, ya dijimos que la ley claramente establece que la mitad del usufructo pertenece al hijo; la administración y el otro cincuenta por ciento del usufructo corresponde a la persona que ejerza la patria potestad. Este goce es lo que se llama usufructo -

legal, mismo que tiene su origen sin duda alguna, en el derecho con suetudinario, porque se acostumbraba, que al morir uno de los cónyu ges, el supérstite -al que obviamente le quedaba el ejercicio de la patria potestad-, prescribía en propio derecho las rentas de los -- bienes que sus hijos menores tenían de la sucesión del precedido, - en recompensa de la educación que daba a sus hijos. A este goce se le llamó "guarda noble". (8)

En Francia, los autores del Código de Napoleón han dado a esa guarda el tinte simple de "derecho común", o sea, el usufructo le-- gal que le corresponde al padre durante la menor edad del hijo. Aho ra bien, si ese derecho de goce a favor de los padres se estima como una verdadera recompensa por la educación, no es una gracia por la que tenga que recibir reciprocidad, sino que es un deber del padre y de la madre a quienes les nace tal, por el simple hecho de haberles dado la vida. Sin embargo, respecto al cuestionamiento de -- que si puede o no el padre pedirle una recompensa al hijo por haberlo educado, el autor francés Bourjoun dice: "La idea de recompensa no está en oposición con la esencia misma del derecho de educación, ya que en el antiguo Derecho Romano, la guarda era un efecto inmodera ra o de la potestad paternal". (9)

Al respecto de aceptar como recompensa ese derecho de goce que lo constituye el usufructo a favor del padre sobre los bienes del - menor, Proudhon critica la imagen de asalariado que se le ve al padre frente al hijo, y que en tal caso, sería humillar al padre, y - concluye diciendo que el usufructo legal que tiene el padre frente a los bienes del menor es porque no conviene que éste sea responsa-

(8) POTHIER.- Tratado de la Guarda Noble y Burguesa.- Art. 7 y 12.

(9) BOURJOUN.- Derecho Común de la Francia.- Tomo I.-  
Pág. 35.

ble frente al hijo, por esa misma relación de autoridad, e incluso, porque sería contrario a la moral presentar al padre o a la madre -- frente al hijo como sosteniendo una relación de simple agente de negocios, o representante económico como en una burda relación patrimonial. (10)

Aún cuando todos los autores reproducen o atienden en una u otra forma estas objeciones, la verdad es que el padre siempre resulta responsable de la administración de los bienes de sus hijos menores, aún cuando no posea el usufructo, y ello, por un reflejo de la propia naturaleza de la relación.

En síntesis podemos decir que el usufructo legal es una recompensa inherente al ejercicio de la patria potestad, por ende, se debe considerar como un derecho pecuniario, más que como un derecho -- moral o de gratitud, nacido aquél de las costumbres vigilantes de -- los padres respecto al manejo de los bienes de los hijos menores -- que los adquieren por legado, herencia, donación, o por cualquier otro móvil que no sea el propio trabajo.

Los precedentes históricos del usufructo legal se encuentran -- en la legislación justiniana, precisamente cuando ésta habla del usufructo otorgado al "pater familias" sobre la "bona adventitia" -- del filius, y debe decirse que el derecho en cuestión siempre se -- consideró como atributo estrictamente patrimonial de la patria potestad.

La regla general es que a los padres o a los que ejerzan la patria potestad fuera de aquellos, se les atribuye un derecho real de usufructo sobre los bienes que adquiere el menor por cualquier otro título que no sea el trabajo, hasta que este mismo adquiere su mayor

ría de edad, o es emancipado. Apoyando este criterio, el artículo 641 del Código Civil expone: "El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad". A su vez el artículo 646 nos dice: "La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos". En consecuencia, el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

En el Derecho Moderno se ha buscado otorgarle al padre o al que ejerza la patria potestad una compensación, por los cuidados y gastos que pesan sobre él, por la manutención de los hijos, y el usufructo viene a ser el medio de asegurar el cumplimiento de dichos deberes paternales. Es de hacerse notar que esta figura de usufructo ha conservado las limitaciones objetivas que tenía en la antigüedad, pues entre otras, no se otorgaba sobre todos los bienes del hijo sino solamente sobre los que éste adquiriría por donación, sucesión hereditaria o por cualquier otro medio lucrativo que no fuese su trabajo.

En la actualidad, el derecho de usufructo sobre los bienes del menor corresponde a quien ejerza la patria potestad, transfiriéndose el mismo al cónyuge superviviente si alguno de los padres muere. Y como el atributo inherente al poder familiar, es inseparable de éste, es inalienable porque no puede cederse ni siquiera su ejercicio; no es hipotecable, ni puede ser objeto de ejecución por parte de los acreedores del padre usufructuario. Todas estas particularidades del derecho de usufructo, están dadas por las características del contenido de goce de aquel, lo cual hace a este usufructo legal, diferente al ordinario.

El artículo 980 del Código Civil de 1928, nos define el usufructo ordinario de la siguiente manera: "El usufructo es el derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos". Bien sabido

es que la propiedad, la nuda propiedad, comprende los derechos de usar, gozar y disfrutar de la cosa, o lo que es lo mismo, de servirse de ella cuantas veces fuere posible, o cederla o abandonarla; pero en el usufructo, como natural desmembramiento de la propiedad se comprende tan sólo los derechos de usar y disfrutar de la cosa, sin aquella disposición ilimitada sobre la misma.

Cuando el Código dice "disfrutar", debemos entender que en ese disfrute están comprendidos a la vez, el derecho de servirse de la cosa y el de percibir sus frutos y rendimientos.

De la misma definición que hace nuestro Código del usufructo - se infiere que como derecho real, impone al usufructuario, la obligación de servirse de la cosa conforme al uso para lo que está destinada, ya por naturaleza o ya por la voluntad del propietario; es decir, el titular de este derecho no puede alterar la forma o substancia de la cosa usufructuada.

La diferencia entre el usufructo ordinario y el legal estriba en el contenido de goce. En efecto, mientras que en el usufructo común u ordinario gravitan sobre el usufructuario los cargos que la ley establece, en el usufructo legal, además de los cargos normales, siempre se agregan los gastos de manutención y educación del hijo, ya que éstos son los objetivos preferentes del usufructo legal. Y como contrapartida, en esta clase de usufructo se exime al padre de la obligación de prestar fianza por el disfrute de la cosa, porque aquella -la fianza-, sería incompatible con la dignidad del padre y con la relación de subordinación existente entre padre e hijo.

Al analizar el artículo 430 del propio ordenamiento vemos que éste, al decir "En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad . . .", se puede advertir que el usufructo que se o

torga al ascendiente, no tiene los caracteres del usufructo ordinario o común, el que sí constituye un verdadero desmembramiento de la propiedad, mientras que aquél, constituye un atributo inherente a la PATRIA POTESTAD, que como ésta, se halla fuera del comercio y no puede enajenarse ni hipotecarse, y es sólo un derecho útil que no otorga al ascendiente más facultad que la de percibir la mitad de los frutos de los bienes que administra.

Por su parte el artículo 431 nos dice: "Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda". A fin de tener la idea completa, el artículo 432 dice: "La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación".

Según lo expuesto, el padre tiene facultad de ceder a favor de sus hijos la mitad del usufructo que le otorga la ley, pero la renuncia redundará en provecho de los hijos en cuyo favor la hace y en perjuicio de sus coherederos, para evitar todo género de igualdad entre ellos, se estipula que la renuncia se considera como donación, a fin de que se incluya el importe de los frutos que por ella hubiere percibido, en su caso, la masa hereditaria del padre.

Si existen frutos civiles antes de que los abuelos o adoptantes tomen posesión de los bienes cuya propiedad pertenece al menor, aquéllos frutos siempre pertenecerán a éste, y en ningún caso lo gozarán quienes ejerzan la patria potestad. Apoyando lo anterior, el artículo 433 dice: "Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad".

Ya quedó asentado que el usufructo se concede al padre como una retribución debida por los cuidados y molestias que le causa la

administración de los bienes de sus hijos, y por consiguiente no -- tiene derecho para percibir la porción que le asigna la ley respecto a los frutos obtenidos antes de que se haga cargo de tal administración, sino que entonces forma parte del capital de aquellos.

El artículo 434 del Código Civil dice: "El usufructo de los -- bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el Capítulo II del Título -- VI, y, además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

- I.- Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados -- en quiebra o estén concursados;
- II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;
- III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hi -- jos".

El usufructo concedido por la ley al padre, sobre los bienes -- de sus hijos le impone el deber de dar alimentos a éstos, pero lo -- exime de dar fianza porque sería inferirle una injuria gratuita --- cuando existe la presunción "juris tantum" (salvo prueba en contra -- rio), de que administrará con todo esmero los bienes de sus hijos. Debemos aclarar que la obligación de dar alimentos al hijo, impues -- ta por la ley con cargo al usufructuario, es bastante diferente de -- aquella regla general concretada en los artículos 303 y 304 del or -- denamiento a que se hace referencia. En efecto, en estos artículos -- se señala una reciprocidad para dar los alimentos, es decir, tanto -- al padre para los hijos, como se éstos para con el padre; teniendo -- en cuenta la norma establecida en el artículo 311, que señala: "Los -- alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe -- darlos y a la necesidad del que debe recibirlos". En la obligación -- derivada del usufructo será siempre proporcional a la fortuna del -- hijo.

Nos toca ahora analizar el fin del usufructo legal, al respecto el artículo 438 del Código Civil nos dice: "El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

- I.- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;
- II.- Por la pérdida de la patria potestad;
- III.- Por renuncia".

El usufructo, como ya dijimos anteriormente, es un derecho inherente a la patria potestad y por tanto se extingue por todos aquellos modos como se pierde ésta; en consecuencia, al artículo transcrito debemos agregarle la condena judicial que imponga "la pérdida de la patria potestad", la muerte del menor y en aquellos casos en que se declare expresamente la pérdida de la patria potestad.

El Código Civil vigente, siguiendo los principios emanados de nuestra Carta Magna, de que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin su justa retribución, y tomando en consideración que la tutela es una verdadera carga de la que no es posible liberarse, restándole tiempo al tutor para dedicarse a sus asuntos personales, que por honorable que sea la persona nombrada para ejercer el cargo, no desempeñará sus funciones debidamente, si sus servicios no son indemnizados, determina que el tutor tiene derecho a recibir una retribución que venga a compensarle de los trabajos que están obligados a tomarse en beneficio del pupilo.

El artículo 585 del Código Civil dice: "El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento, y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez".

El monto de esta retribución está fijado en el artículo 586, -

que al efecto dice: "En ningún caso bajará la retribución del cinco ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos -- bienes".

De la lectura del artículo anterior se infiere que la retribución del tutor no debe nunca gravar el capital, sino sus productos, descontando de ellos los gastos necesarios, como son contribuciones, sueldos de empleados, etc. De aquí resulta que si los bienes del menor no producen utilidades, el tutor no tendrá derecho a ninguna retribución.

La mencionada retribución del tutor es susceptible de aumentarse durante la tutela, o sea, traspasar el diez por ciento de las -- rentas líquidas de los bienes del menor. Al efecto el artículo 587\_\_ nos dice: "Si los bienes del incapacitado tuvieren un aumento en -- sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia -- del tutor, tendrá derecho a que se le aumente la remuneración hasta un veinte por ciento de los productos líquidos. La calificación del aumento se hará por el juez, con audiencia del curador".

Para que el tutor pueda hacer efectivo el aumento señalado en el párrafo anterior, es requisito indispensable que por lo menos en dos años consecutivos haya obtenido la oprobación absoluta de cuentas.

El tutor que sin la dispensa debida contraiga nupcias con la -- persona que esté o ha estado bajo su tutela, perderá el derecho a -- recibir la retribución que por el ejercicio de la tutela le corresponde.

LIMITACIONES DE LA ADMINISTRACION.- Es indudable que toda administración lleva consigo la práctica de una serie de actos, tendientes unos a la conservación y otros al acrecentamiento de lo administrado; para unos y para otros supone a veces la necesidad de realizar\_\_

actos de disposición de mayor o menor envergadura, a veces con consecuencias judiciales; de aquí que la ley, siempre previsora, para que nunca quede desamparada la protección del menor o incapacitado, establece que en determinados actos que se vayan a realizar por el que ejerce la patria potestad o la tutela, se requiera de la autorización judicial.

Según lo dispone el artículo 436, "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos".

Lo que resalta como verdad jurídica es que, tanto el que ejerce la patria potestad, como aquél que desempeña el cargo de tutor, y por extensión el de curador, tienen una serie de limitaciones en la propia administración que hagan de los bienes del menor o incapacitado.

El que haya sido elegido para ejercer la patria potestad representará en toda clase de juicios al menor, siempre con la autorización judicial cuando el caso lo requiera. En efecto, los jueces, a instancia de las personas interesadas que bien pueden ser el menor o el Ministerio Público, deberán tomar las medidas urgentes o necesarias, a fin de impedir que por la mala administración del que ejerce la patria potestad, el acervo patrimonial del menor se dismi-

nuya o se dilapide.

Precisamente en prevención de esa disminución o dilapidación de los bienes del menor por parte del que ejerce la patria potestad, la ley establece expresamente impedimentos (que no son otra cosa -- que limitaciones a la administración), para que se graven o enajenen bienes del hijo, si no hay una causa que contenga una necesidad urgente, o bien una causa que beneficie claramente el patrimonio -- del menor.

El artículo 912 del Código de Procedimientos Civiles expone: -- "Para decretar la venta de bienes se necesita que al pedirse se expresen el motivo de la enajenación y el objeto a que debe aplicarse la suma que se obtenga, y que se justifique la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la enajenación.

Si fuere el tutor quien solicitare la venta, debe proponer al hacer la promoción las bases del remate en cuanto a la cantidad que deba darse de contado, el plazo, interés y garantías del remanente.

La solicitud del tutor se substanciará en forma de incidente -- con el curador y el Ministerio Público. La sentencia que se dictare es apelable en ambos efectos.

Los peritos que se designan para hacer el avalúo serán nombrados por el juez".

Concretamente, las limitaciones a la administración se encuentran en el artículo 920 del Código de Procedimientos Civiles, que dice: "Para la venta de los bienes inmuebles del hijo o de los muebles preciosos, requerirán los que ejercen la patria potestad la autorización judicial en los mismos términos que los señalados en el artículo 916. El incidente se substanciará con el Ministerio Público y con un tutor especial que para el efecto nombre el juez desde las primeras diligencias. La base de la primera almoneda, si es -- bien raíz, será el precio fijado por los peritos y la postura legal

no será menor de los dos tercios de este precio. Bajo las mismas -- condiciones podrán gravar los padres los bienes inmuebles de sus hijos o consentir la extinción de derechos reales".

Empero, la protección de los bienes del menor vá más allá. La ley prohíbe asimismo, que el titular de la patria potestad celebre contratos de arrendamiento por más de cinco años, realice donacio-- nes o bien, venda valores en franca desventaja con los precios que rigen en el mercado. De todo ésto, la persona que ejerza la patria potestad, informará con antelación a la autoridad competente, para que ésta otorgue su aquiescencia.

Ahora bien, cuando por voluntad del padre, el hijo menor administra los bienes, o algunos bienes, la ley considera al hijo como emancipado para estos efectos en particular.

A fin de dar cumplimiento a la garantía de buen administracor de los bienes del hijo, el artículo 440 del Código Civil expone: -- "En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por el tutor nombrado por el juez para cada caso". El artículo 441 del mismo ordenamiento, reza: "Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Estas medi-- das se tomarán a instancias de la persona interesada, del menor --- cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso".

Ya sabemos que quienes ejercen la patria potestad de los menores son legítimos representantes y administradores de los bienes -- que les pertenecen a éstos. Lo anterior con el objeto de justificar el porqué el padre no puede ni enajenar, ni gravar los inmuebles -- que le corresponden en usufructo y administración, sino por causa -

de absoluta necesidad o de evidente beneficio al patrimonio del menor, y todo ésto, con la respectiva autorización del juez.

El Código de Procedimientos Civiles corrobora lo anterior en su artículo 915 que declara: "Será necesaria licencia judicial para la venta de los bienes que pertenezcan exclusivamente a menores o incapacitados y correspondan a las clases siguientes: 1<sup>ª</sup>. Bienes -- raíces; 2<sup>ª</sup>. Derechos reales sobre inmuebles; 3<sup>ª</sup>. Alhajas y muebles preciosos; 4<sup>ª</sup>. Acciones de compañías industriales o mercantiles, cuyo valor exceda de cinco mil pesos".

Respecto de alhajas y muebles preciosos, la ley de atribuciones al juez para que determine la conveniencia o no de la venta; si esta se llegara a decretar se hará por conducto del Monte de Piedad y conforme a los lineamientos señalados en el artículo 598 del Código de Procedimientos Civiles.

Cuando el juez conceda la licencia respectiva para vender algún bien inmueble o mueble de alto valor, perteneciente al menor, cuidará que ese producto en efectivo se invierta convenientemente en el objeto para que se destinó y el remanente en otra adquisición o en una hipoteca segura. Mientras esto último no sucede, el dinero deberá depositarse en una institución de crédito a nombre del menor. Así lo dispone el artículo 437 del Código Civil.

Todas estas prohibiciones para quien ejerce la patria potestad y la administración de los bienes del menor, se basan en que el padre sólo ejerce actos de administración y no de dominio en ese caso específico.

Hemos visto que al tutor únicamente se le faculta para la administración de los bienes del incapacitado, y no se le permite que ejerza actos de disposición o de dominio, protegiendo de esta manera al tutelado, toda vez que no puede enajenar ni gravar los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos, sino

cuando sea por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, debidamente justificada y previa la conformidad del curador y la autorización judicial.

Como se puede apreciar, los principios que en esta materia rigen, son análogos a los que rigen en la institución de la patria potestad.

En la mayoría de los casos, la enajenación se solicita para cubrir algún objeto determinado, y el juez, velando por los intereses del tutelado, señalará al autor un plazo dentro del cual deberá acreditar que el producto de la enajenación se ha invertido en el objeto debido. Mientras que no se haga la inversión, el tutor depositará la cantidad en una institución de crédito, y no podrá disponer de dicha cantidad sin la autorización judicial.

Al lado de las protecciones señaladas anteriormente, existe una garantía establecida en favor del incapacitado, con la finalidad de que se le proteja de las operaciones de ventas de bienes raíces que se hicieren, para que obtenga el mayor precio posible por ese concepto. Estas ventas serán nulas si no se hacen judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no la almoneda pública, pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al menor.

Los tutores no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos y rentas, acciones, frutos y ganados, pertenecientes al menor o incapacitado, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; ni dar fianza e nombre del pupilo.

Existen dos excepciones a la regla general que prohíbe vender los bienes raíces de los incapacitados, si no es judicialmente y en subasta pública. La primera excepción la tenemos en el caso de la expropiación de los bienes del tutelado por causa de utilidad pública; no siendo necesario que se sigan las reglas anotadas para la --

venta de bienes raíces, toda vez que carece de objeto la formalidad de que se haga judicialmente y en subasta pública. La segunda excepción la tenemos en el caso de que se trate de enajenar, gravar o hipotecar a título oneroso, bienes que pertenezcan al incapacitado como copropietario, previniéndose que se comenzará por mandar justipreciar dichos bienes, para fijar con toda precisión su valor y la parte que en ellos represente al incapacitado, a fin de que el juez resuelva si es conveniente que se dividan materialmente dichos bienes, para que aquél reciba en plena propiedad dichos bienes; o si, por el contrario, es prudente realizar la enajenación, gravámen o hipoteca, fijando en este caso las condiciones y seguridades con que deben hacerse, pudiendo si lo estimare conveniente, dispensar la almoneda, siempre que consientan en ello el tutor y el curador.

(11)

Habíamos dicho que el tutor está obligado a representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales. Pues bien, para poder apreciar la idea de lo que esta obligación comprende, es necesario exponer algunos conceptos derivados de la misma, en donde los actos que ejercita el tutor se sujetan a la aprobación judicial, y al consentimiento del curador, y otros que le están estrictamente prohibidos por la ley.

Como el tutor es únicamente un administrador de los bienes del incapaz, sabemos que no puede disponer de los mismos, requiriéndose licencia judicial para que éste pueda transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapacitado. Los nombramientos de los árbitros hechos por el tutor deberán sujetarse a la aprobación del juez.

El tutor no puede recibir dinero prestado a nombre del tutelado sin aprobación judicial, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato, por virtud de que puede por falta de pago, a su vencimiento, sobrevenir el remate de los bienes.

Señalaremos ahora los actos que ejecuta el tutor con la previa autorización judicial y el consentimiento del curador. Estos son: - Cuando el tutor transija, en el supuesto de que el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o bienes en valores mercantiles o industriales, cuya cuantía exceda de mil pesos; en el caso de que el tutor pueda hacerse pago de los créditos contra el incapacitado; y por último, también es necesaria la aprobación judicial y el consentimiento del curador, para dar en arrendamiento los bienes del tutelado por más de cinco años, lo que podrá autorizarse en caso de necesidad y de utilidad para éste; pero el arrendamiento en este modo subsistirá por el tiempo, aún cuando se acabe la tutela, sin embargo, se considerará como nula toda anticipación de rentas o alquileres por más de dos años. (12)

Pasaremos ahora a ocuparnos de aquellos actos que el tutor tiene estrictamente prohibido ejecutar, porque su realización le causaría innumerables perjuicios al tutelado.

Con arreglo a lo anterior, "ni con licencia judicial, ni en almoneda ni fuera de ella", puede el tutor comprar o arrendar los bienes del tutelado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su cónyuge, sus hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciera, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se remueva al tutor de su cargo. Sin embargo, cesa la prohibición en el caso de que el tutor o -

(12) LUIS FERNANDEZ DE CLERIGO.- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada,- Pág. 449.

parientes, sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado, en los bienes objeto de la venta. Tampoco puede el tutor aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de ningún derecho o crédito contra el pupilo. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia. Asimismo, le está prohibido al tutor hacer donaciones a nombre del pupilo, pero está obligado a admitir las que le sean simples o legales y las herencias que se dejan al pupilo.

A mayor abundamiento, el tutor no puede vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, por menor valor del que se cotece en la plaza en el día de la venta; así como contraer matrimonio con la persona que ha estado o esté bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa antes de la aprobación de las cuentas de la tutela.

Por último, harémos un breve comentario referente a que el legislador, para beneficio tanto del tutor como del incapacitado, dispuso que durante la tutela no operará la prescripción, dado que cuando el tutor es deudor, siendo él mismo el obligado a reclamar el crédito que el menor tiene en su contra, sería inicuo que, por no haberlo hecho en tiempo, con toda malicia, pudiera invocar la prescripción. Cuando es acreedor el tutor, sería injusto que el menor se aprovechara de la circunstancia de que aquél no le haya exigido el pago, para pretender la extinción de la deuda.

Asimismo, se estableció como una medida protectora del incapacitado que en el caso de maltratamiento, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado, o de la mala administración de los bienes, podría ser el tutor removido de la tutela a petición del curador, de los parientes más cercanos o del Consejo Local de Tutelas, asegurando de esta manera el fiel desempeño de la tutela.

El control de la autoridad judicial no sólo es preventivo, sino posterior y sustitutivo, a fin de que en ningún momento se lesio

ne el interés del pupilo. Se entiende por éste control posterior, - el que tiene el carácter de represivo para anular aquellos actos ejecutados sin la autorización judicial correspondiente. Además, tal control puede ser sustitutivo como ocurre en los casos en que se -- priva de la patria potestad por actos inmorales o causas graves como las indicadas en el artículo 444 de nuestro Código Civil vigente, a efecto de que no sólo se pierda ese derecho, sino que otra -- persona sustituya a los padres o a los abuelos, lo mismo ocurre tratándose del tutor cuando se le destituye del cargo y se designa otro. Nuestro derecho admite también el control judicial para reprimir todos aquellos actos de los que ejercen la patria potestad o la tutela en perjuicio de los intereses de los incapaces; el artículo 422 estatuye: "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando -- llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutelas que las -- personas de que se trata no cumplen esta obligación, lo avisaran al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

Para la tutela existe también un control judicial directo en los términos del artículo 633 del Código Civil que dice: "Los jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobrevigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes".

Además el curador, conforme al artículo 626, ejerce una vigilancia directa sobre los actos del tutor. Dice así el citado precepto: "El curador está obligado:

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

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

III.- A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor cuando éste faltare o abandonare la tutela;

I.- A cumplir las demás obligaciones que la ley señale".

Por último, el Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información respecto a los actos del tutor. El artículo 632 estatuye: "El consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que, además de las funciones que expresamente le asignan varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

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

II.- Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores; dando aviso al Juez de lo Familiar de las faltas u omisiones que notare;

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

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

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

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

Con el fin de proteger una vez más los bienes de un incapaz, -- la ley creó en favor de éste, el privilegio del pago de daños y perjuicios.

En lo relativo a la patria potestad, aún cuando el Código Civil no regula de manera especial la indemnización de daños y perjuicios a cargo de los padres o abuelos que ejerzan la patria potestad, debe considerarse que toda violación a las normas prohibitivas, especialmente las constituidas en los artículos 437, 436 y 440, es sancionada. Los jueces están facultados para tomar las medidas necesarias a efecto de impedir que por mala administración de quienes ejercen la patria potestad, se causen daños a los bienes de los hijos o nietos.

En relación con la tutela, el Código Civil contiene múltiples disposiciones que hacen responsables a los tutores o curadores de los daños y perjuicios que causen a los incapacitados, por los diferentes hechos ilícitos que al efecto se regulan en los preceptos relativos. Desde luego, en esta materia se contienen constantes prohibiciones respecto de la conducta del tutor, y la violación de las mismas se traduce en un hecho ilícito que está sancionado desde el punto de vista patrimonial.

Respecto al curador, el artículo 626 enumera sus obligaciones consistentes en defender los derechos del incapacitado, en juicio y fuera de él; vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento de las autoridades todo aquello que considere que puede ser dañino al incapaz; dar aviso al propio juez para que se haga el nombramiento de nuevo tutor cuando éste faltare o abandonare el cargo. El incumplimiento de estas obligaciones se sanciona de acuerdo con el artículo 627 con el pago de daños y perjuicios que se causen al incapaz.

**PIN DE LA ADMINISTRACION Y ENTREGA DE LOS BIENES.**— Tan luego como los hijos salen de la patria potestad, por cualquiera de las causas señaladas por la ley, o sea, por la mayoría de edad o por la emancipación, cesa el motivo por el cual los padres conservan y administran los bienes de ellos, por lo mismo, los padres o abuelos deben restituirlos con todos los frutos civiles que hayan capitalizado — con la administración o el usufructo; por la misma razón, los titulares de la patria potestad deben de dar cuenta de su gerencia cuando se trate de bienes que el hijo hubiere adquirido por su trabajo; porque como todo administrador de bienes ajenos deben cumplir con la obligación de rendir cuentas.

El artículo 442 del Código Civil vigente, nos dice: "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 bienes y frutos que les pertenecen".

En la tutela sucede que como consecuencia natural, una vez concluida ésta, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada. La entrega de los bienes del incapacitado, que ha estado bajo la guarda del tutor, es el resultado de la terminación de la tutela. Al efecto, el artículo 607 del Código Civil expone: "El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada".

Sin embargo, hay que hacer notar, que no es del todo acertada la idea de que, la entrega de los bienes sea conforme al balance — presentado en la última cuenta aprobada; porque pudiera ser que entre la fecha de ésta y la entrega de los bienes hubiere aumentado o disminuído el activo del tutelado, ya sea porque haya adquirido ---

más bienes de los que figuraban en el último balance, o porque haya perdido alguno de ellos o los haya cambiado por otros; por lo tanto resultaría improcedente que en este caso, se hiciera la entrega en la forma anotada.

La entrega de los bienes y la rendición de cuentas, son obligaciones distintas, por lo que no existe motivo para que a falta de cumplimiento de una, se suspenda o falte la otra. La entrega de los bienes debe ser hecha dentro de los treinta días siguientes a la terminación de la tutela; sin embargo, cuando los bienes que se van a entregar sean cuantiosos o se encuentren ubicados en diversos lugares, el juez puede fijar un plazo prudente para entregarlos, pero en todo caso, deberá comenzar en el plazo antes señalado.

Ahora bien, es obligación del tutor sustituto, exigir la entrega de los bienes y cuentas al que lo ha precedido; y en el caso de que no lo exigiere, es responsable de los daños y perjuicios que por su omisión resultaran al incapacitado. En tal caso, este último está facultado para exigir las cuentas tanto al tutor que las aprobó como al que las rindió. Al primero por haberla aprobado y al segundo por su gestión.

En cuanto a los diferentes gastos que se originen por la entrega de los bienes y la rendición de cuentas, siendo ambos actos una consecuencia necesaria de la institución de la tutela, que beneficia indiscutible y directamente al tutelado, es evidente que serán cubiertos con el patrimonio de éste. Pero si para realizarse no hubiere fondos disponibles en el patrimonio del pupilo, el juez podrá autorizar al tutor a fin de que de su peculio proporcione los fondos necesarios para la entrega de los bienes, y éste adelantará los relativos a la rendición de cuentas, los cuales le serán reembolsados por los primeros fondos de que se pueda disponer.

Como se observa en el párrafo anterior, existe distinción en -

lo referente a los gastos originados por la entrega de los bienes y por la rendición de cuentas, careciendo de fondos el tutelado para hacerlos. Esta diferencia consiste en que, para el primer caso se autoriza al tutor para que le proporcione fondos al incapacitado; y en el segundo, se le ordena al tutor que anticipe los gastos que posteriormente le serán reembolsados. No comprendemos la razón de esta medida, toda vez que se podía implantar que para ambos casos, el tutor, con la aprobación judicial, pudiera conseguir los fondos necesarios para cubrir los gastos que se hayan originado. Sin embargo, consideramos acertada la medida en cuanto se trata de que el tutor haya intervenido con dolo o culpa, puesto que en este caso tendrá la obligación de soportar los gastos que son consecuencia de sus propios actos.

Cuando el incapacitado guarda cierto respeto para con el tutor, es probable que por esos sentimientos no pueda exigir algún saldo proveniente de las cuentas de la tutela, que se tenga en contra del tutor, por lo que previniendo esto, el legislador dispuso que si de las cuentas presentadas por el tutor resultara algún saldo a favor de éste, o en su contra, en uno u otro caso, es justo que el adeudo produzca intereses legales si no se cubren al momento.

Se presentan dos hipótesis respecto al saldo que pudiere resultar en pro o en contra del tutor, en el desempeño de la tutela. En el primer caso, correrá desde que, previa entrega de los bienes, se haga el requerimiento legal para el pago, y en el segundo caso, desde la rendición de cuentas si hubieren sido dadas dentro del término designado por la ley, y si no desde que expire el mismo término.

Vimos que la caución dada por el tutor, tenía por objeto asegurar su manejo durante la administración. Tomando en cuenta esto, es lógico que el saldo que resulte en contra del mismo, aunque por un arreglo con el menor o sus representantes, se otorguen plazos al --

responsable, o a sus herederos para satisfacerlo, quedarán vivas -- las hipotecas u otras garantías dadas para la administración, hasta que se haga el pago, a menos que en el arreglo se haya pactado lo contrario.

Ahora bien, en caso de que la caución fuere una fianza, el convenio que conceda nuevos plazos al tutor, se hará saber al fiador; si éste consiente, permanecerá obligado hasta la solución; si no -- consiente, no habrá espera y se podrá exigir el pago inmediato a la subrogación del fiador por otro igualmente idóneo que acepte el convenio. Si no se hiciera saber el convenio al fiador, éste obviamente, no permanecerá obligado.

Cabe agregar que la acción que tiene el incapacitado contra su tutor, fiadores y garantes por los hechos relativos a la administración de la tutela, está sometida a la prescripción, quedando extinguida por el lapso de cuatro años. Este plazo se computará desde el día en que el pupilo cumpla la mayor edad, o desde el momento en -- que hayan sido recibidos los bienes y la cuenta de la tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley.

Como nos podemos dar cuenta, el artículo 616 del Código Civil da un plazo de cuatro años para que esté vigente la acción, en el -- caso de que el menor o el incapacitado tenga que ejercitarla en contra del tutor, de sus herederos o garantes, por todas las acciones -- relativas a la administración de la tutela; pero en el caso de tutela sucesivas es diferente el tratamiento; si la tutela hubiere fenecido durante la minoridad, el menor podrá ejercitar las acciones -- correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos de la pres--- cripción desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de -- los demás incapacitados los términos se computan desde que cese la

incapacidad

CONCLUSIONES

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

PRIMERO.- En el Derecho Romano primitivo el padre tenía poder absoluto sobre la persona del hijo.

- SEGUNDO.- En las legislaciones contemporáneas ya no existe ese poder absoluto, sino un Derecho que bien podríamos llamar proteccionista.

TERCERO.- El Estado tiene la obligación de dictar las leyes necesarias para atender con atingencia el perfeccionamiento del núcleo familiar, del que tan importantemente forman parte los menores.

CUARTO.- La tutela y la curatela son instituciones cuyo fundamento se encuentra no sólo en la naturaleza humana, sino esencialmente en la vocación que el hombre tiene respecto de su propio perfeccionamiento.

QUINTO.- La conducta de los padres, tutores y curadores es de vitalísima importancia en la educación de los menores, así como en su orientación profesional, y en todo caso -

en su formación integral de adultos útiles a sí mismos y a sus semejantes.

SEXTO.- En los primeros años de vida del menor, la protección debe ser esencialmente de educación y orientación moral, y en la adolescencia, debe compartirse esa educación y esa orientación entre la moralidad de su conducta y su plena capacitación para la lucha por la vida.

SEPTIMO.- La autorización judicial para disponer de los bienes del menor en casos de necesidad, debe otorgarse hasta que el juzgador esté plenamente convencido de que es, en efecto, la necesidad del incapaz lo que apremia la venta o disposición del bien, y no la necesidad superflua o injustificada del que ejerce la administración del bien.

OCTAVO.- Independientemente de cualquier otra consideración, el Estado debe dar al incapacitado una protección cada vez más esmerada, a fin de que sus derechos no se lesionen moralmente, ni se disminuyan económicamente.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

## B I B L I O G R A F I A      G E N E R A L

- AGUSTIN VERDUGO.- "Principios de Derecho Civil Mexicano".
- BENJAMIN FLORES BARRUETA.- "Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil".
- BOURJOUN.- "Derecho Común de la Francia". Tomo I.
- CLEMENTE DE DIEGO.- "Instituciones de Derecho Civil"  
Vol. II.
- AMBROSIO COLIN Y H. CAPITANT.- "Derecho Civil". Vol. I.  
Tomo II.
- EUGENE PETIT.- "Tratado Elemental de Derecho Romano".
- JULIEN BONNECASSE.- "Elementos de Derecho Civil". Tomo I.
- LUIS FERNANDEZ CLERIGO.- "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada".
- LOUIS JOSSEMAND.- "Derecho Civil". Tomo I. Vol. I
- MANUEL MATEOS ALARCON.- "Código Civil del Distrito Federal Concordado y Anotado". Tomo I  
De las Personas.
- PLANIOL MARCEL Y JORSE RIPERT.- "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" Tomo I  
Las Personas.
- POTHIER.- "Tratado de la Guarda Noble y Burguesa"
- PROUDHON.- "Tratado de los Derechos de Usufructo". Tomo I.
- RAFAEL DE PINA.- "Elementos de Derecho Civil Mexicano"
- RAFAEL ROJINA VILLEGAS.- "Derecho Civil Mexicano". Tomos  
I y II.

RICARDO COUTO.- "Derecho Civil". Tomo III.

ROBERTO DE RUGGIERO.- "Derecho Civil". Tomo CXXIX.  
Vol. II.

CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE.- "Tratado de Derecho  
Civil Español".

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil Francés.

Código Civil Chileno.

**I N D I C E**

## I N D I C E

INTRODUCCION . . . . .	Pág. 11
------------------------	---------

## CAPITULO PRIMERO

BREVE ANALISIS DE LA PATRIA POTESTAD, LA TUTELA Y LA CURATELA . . . . .	Pág. 15
a) Preámbulo . . . . .	Pág. 16
b) La patria potestad. . . . .	Pág. 17
c) La tutela . . . . .	Pág. 24
d) La curatela . . . . .	Pág. 34

## CAPITULO SEGUNDO

LA PATRIA POTESTAD, LA TUTELA Y LA CURATELA EN EL DERECHO COMPARADO. . . . .	Pág. 43
a) Preámbulo . . . . .	Pág. 44
b) La patria potestad en el Derecho Romano . . . . .	Pág. 44
c) La tutela en el Derecho Romano. . . . .	Pág. 50
d) La curatela en el Derecho Romano. . . . .	Pág. 56
e) La patria potestad en el Derecho Francés. . . . .	Pág. 60
f) La tutela en el Derecho Francés . . . . .	Pág. 71
g) La curatela en el Derecho Francés . . . . .	Pág. 76
h) La patria potestad en el Derecho Chileno. . . . .	Pág. 79
i) La tutela y la curatela en el Derecho Chileno . . . . .	Pág. 81
j) La patria potestad en el Derecho Moderno. . . . .	Pág. 85

## CAPITULO TERCERO

CLASIFICACION DE LOS BIENES DE LOS QUE PUEDE DISPONER EL MENOR DE EDAD . . . . .	Pág. 87
a) Preámbulo . . . . .	Pág. 88
b) Bienes adquiridos por el trabajo del incapaz. . . . .	Pág. 93

x) Bienes que adquiere por cualquier otro título. . . . . Pág. 94

#### CAPITULO CUARTO

REPERCUSION Y ALCANCE JURIDICO DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA SOBRE LOS BIENES DEL MENOR Y DEL MAYOR INCAPACITADO. . . . . Pág. 97

a) Preámbulo. . . . . Pág. 98

b) La administración de los bienes. . . . . Pág. 99

c) El derecho de usufructo. . . . . Pág. 113

d) Limitaciones de la administración. . . . . Pág. 124

e) Fin de la administración y entrega de los bienes . . . . Pág. 136

CONCLUSIONES. . . . . Pág. 142

BIBLIOGRAFIA GENERAL. . . . . Pág. 145

INDICE. . . . . Pág. 148