

321909 3.
2e1



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

**" DESIGNACION DE UN TUTOR ESPECIAL PARA
LOS JUICIOS DE PERDIDA DE LA PATRIA
POTESTAD. "**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ENRIQUETA BELMUDEZ LOPEZ



MEXICO, D. F.

1997.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Agradecimientos :

Al Lic. Enrique Salcedo Lezama, por su apoyo, dedicación y consejos, siendo a él a quien debo la realización de este trabajo y la enseñanza de diversos valores.

A todas aquellas personas que forman parte especial en mi vida, por su apoyo.

INDICE

INTRODUCCION. I
----------------------------	---------

CAPITULO 1.

CONCEPTO Y ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

1.1 Roma. 1
1.2 Francia. 9
1.3 México. 17

CAPITULO 2.

CONCEPTO Y ANTECEDENTES DE LA TUTELA.

2.1 Roma. 20
2.2 Francia. 27
2.3 México. 33

2.2 Francia.	27
2.3 México.	33

CAPITULO 3.

REGULACION JURIDICA VIGENTE.

3.1 Importancia de la Patria Potestad y la Tutela.	44
3.2 Importancia del Tutor y del Consejo Local de Tutelas.	51
3.3 Patria potestad y tutela en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.	54
3.4 Regulación vigente en el Código Civil para el Consejo Local de Tutelas.	56
3.5 Regulación procedimental vigente para el Distrito Federal respecto a las controversias que versen sobre patria potestad.	58
3.6 Ley de Amparo en materia de controversias familiares.	59
3.7 Deficiencias en la regulación vigente.	64
3.8 Consecuencias de la pérdida de la Patria Potestad.	66

CAPITULO 4.

4.2 Designación del tutor.	69
4.3 Requisitos que deberá reunir el tutor. ...	70
4.4 Funciones del tutor.	72
4.5 Organo encargado de vigilar al tutor. ...	73
4.6 Etapas procedimentales en las que deberá intervenir el tutor especial.	74
4.7 Propuestas de modificaciones legislativas..	75

CONCLUSIONES.	82
--------------------	----

INTRODUCCION.

En la práctica, dentro de los problemas reales que nos ocupan en materia familiar, encontramos casos en que los cónyuges pelean el ejercicio de la patria potestad de los hijos, en el entendido que estos son menores de edad; circunstancia que bien puede derivarse del divorcio de los cónyuges, de la separación de los mismos ó, bien, de la simple observación que hay por parte de uno de ellos de que no es conveniente ni la compañía, educación o ejemplo para el menor del otro cónyuge. De ahí que surjan tales controversias mismas que se exponen ante las autoridades competentes, siendo los juzgados familiares los que conozcan de ellas y quienes las deberán resolver. Cabe señalarse que la patria potestad es cumplida a la vez por el padre y la madre, comprendiendo un conjunto de poderes-deberes que ejercen los ascendientes sobre las personas y sus bienes

Esto implica un proceso judicial iniciado por cualquiera de los cónyuges según se trate, en el que deberán citarse las causales y hechos por los cuales se argumente la demanda de pérdida de la patria potestad, así como las excepciones y defensas que oponga en su caso el demandado. Proceso en el que está en juego el sano desarrollo del menor de edad (18 años), pues se encuentra sujeto a resolución del juez su educación y cuidado, su guarda y custodia; finalidades en las que en ningún momento se somete a opinión del mismo menor; ó bien que por diversas circunstancias no se llegue a probar en juicio las imputaciones de los cónyuges.

Esto me lleva a observar que es la misma Ley en el artículo 424 del Código Civil para el Distrito Federal la que señala "El que esta 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."(1), resultando contradictorio a la controversia señalada, en razón de lo siguiente : los cónyuges quienes están en controversia sobre el ejercicio de la patria potestad del menor, no están en la facultad de ejercerla durante el tiempo que dura el proceso; por lo que en ninguna forma podrán llevar a cabo los términos que se encuentran pre-establecidos en el artículo citado, toda vez que serían juez y parte en el mismo juicio, provocando con ello una falta de equidad.

Cabe hacer la advertencia de que a pesar de que existe la figura del Ministerio Público, quien es el encargado de tutelar los intereses de la sociedad, dadas las circunstancias reales del ejercicio de su función, en la presente investigación se propone para éstas controversias, la creación de una figura especial que actúe de forma autónoma representando los intereses del menor, pues se supone que el cónyuge que haya dado motivo a la pérdida de la patria potestad, se opondrá a la comparecencia del menor.

Ahora bien, el menor al no poder comparecer, podría hacerlo en su lugar aquella persona que se encuentre facultada con la

finalidad de que lo representase legalmente en juicio, de ahí que se derive la propuesta de crear un tutor especial que se encargue de su representación legal, debiendo vigilar los intereses que atañen al menor.

Para ello sus funciones deberán implicar :

- 1o. Cuidar de los intereses individuales del menor con la finalidad de protegerlo; y
- 2o. En razón de así necesitarlo podrá recurrir a cualquier instancia para la salvaguarda de tales intereses.

Se advierte que la omisión del Ministerio Público no tiene por objeto desconocer su labor, sino que se hace con la finalidad de evitar confusión entre tales figuras, en relación a sus funciones y deberes.

Cabe señalar que no existe artículo expreso en el Código Civil que establezca de forma específica las funciones del Ministerio Público, únicamente alude a él para que represente los intereses del menor.

En consecuencia y a lo que se quiere llegar con las anteriores afirmaciones, es a la propuesta de crear la figura de *un tutor especial* que se constituya como figura autónoma que intervenga únicamente en los casos de controversia en las que se discute el ejercicio de la patria potestad; quien en cierta forma revestirá una figura jurídica y una figura social. Para ello analizo las figuras de la Patria potestad y la Tutela.

La figura jurídica sería en razón de que se encontrara regulado por la Ley competente, que represente un carácter de obligatoriedad para él y para la autoridad que deberá designarla, que su intervención se vea regulada; la figura social sería en razón de que reuniese ciertas características a efecto de que pueda llevar estudios socio-económicos con los que se puedan vigilar o tutelar los intereses del menor.

Tal tutor deberá servir no sólo a aquellos menores que teniendo una edad considerable pudiesen manifestar su voluntad; sino también para aquellos que no lo puedan hacer, esto nos lleva a señalar que la persona que representase a un menor de edad deberá cuidar también si el cónyuge que se quedase con la patria potestad sea el indicado o no.

Cabe señalar que quien deberá cuidar del cumplimiento de los deberes del tutor hacia el menor, será el Consejo Local de Tutelas.

¿Qué pasaría si el menor no está conforme y quisiera apelar la resolución dictada en primera instancia o bien recurrir al juicio de amparo? El *tutor especial* sería el encargado de realizarlo. De ahí que pudiese surgir el objetivo de que en forma obligatoria, el Juez de lo familiar nombrase un tutor especial durante el tiempo que durase el conflicto citado, teniendo éste la facultad de representar al menor, así como a sus intereses, pudiendo recurrir con ello a las instancias antes señaladas, manifestando su

inconformidad con la resolución dictada bajo causas justificadas que deberán probarse cuando se esté en litigio.

La creación y designación del tutor que se propone, deberá estar a cargo del Poder Judicial, quien tendrá que vigilar que sea la persona idónea para tal comisión. Deberán ser fijados requisitos y condiciones, tales como los siguientes : que sea preparada profesionalmente, ello para efecto de que en base a su criterio pueda defender mejor los intereses del menor.

La posible solución al problema planteado es la designación de un *tutor especial* el cual deberá comparecer con la finalidad de proteger los intereses del menor de edad en los juicios familiares, en los que se encuentra en discusión la patria potestad de éste entre los ascendientes. *Tutor* en el que deberán cuidarse su profesión, aptitudes y demás facultades para poder ocupar tal cargo; así como la delimitación de sus deberes y obligaciones; las etapas procedimentales en las que deberá comparecer si así lo estimase conveniente; la edad en la que deberá considerar las manifestaciones del menor a efecto de hacerlas valer en juicio; los medios de los cuales podrá valerse para probar los extremos que llegase a argumentar; y el valor que adquieran sus argumentos al momento de dictar resolución. Cabe señalarse que las funciones del citado tutor deberán ir mas allá de las que tiene designadas el Ministerio Público, es decir, deberá allegarse de constancias que acrediten la educación, la economía, el nivel social y cultural en el que se desenvuelven los ascendientes y así mismo el estado psicológico de ellos.

Dentro de tal propuesta se contemplará la obligación del Juez para nombrar al tutor especial en los casos de controversia en los que se ventile la pérdida de la patria potestad, debiendo ser sin excepción alguna.

Pudiese surgir como interrogante : por qué ? de crear una figura así, y el por qué ? denominarle *tutor especial*. La institución de la tutela se encuentra muy apegada a los principios que rigen a la patria potestad, y es que en razón de ser dos instituciones que dentro de sus objetivos tienen bajo su cuidado y protección a menores de edad, aunque derivados de distintas circunstancias. A la tutela, como lo veremos se le ha determinado como una institución supletoria de la patria potestad, pues de acuerdo con nuestra legislación vigente, la tutela cabe cuando no hay quien ejerza la anterior.

En virtud de que tanto el Código Civil como el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no son lo suficientemente explícitos en esta materia y en conceptos que son de vital importancia para la vida y desarrollo de un menor, hay que considerar de amplia trascendencia que la presente investigación tiene por finalidad propuestas de modificación a los diversos ordenamientos antes señalados, de conformidad con lo que más adelante se expresará. Cabe mencionar que tales ordenamientos no definen en ningún momento a las instituciones a las que hemos venido aludiendo como son la patria potestad y la tutela.

OBJETIVO GENERAL.

La finalidad principal que se persigue con la presente investigación es proteger legalmente al menor de edad que se encuentra sujeto a la pérdida de la patria potestad de alguno de los que la ejercen dentro del proceso judicial, en cualquiera de sus instancias, no descartando el orden que éstas tengan, es decir, en atención al principio de definitividad. Es de señalarse que tal fin deberá regularse en la Ley correspondiente.

OBJETIVOS ESPECIFICOS.

- Nombramiento de quien represente legalmente (tutor especial) al menor de edad en controversias en las que se discute la pérdida de la patria potestad, mientras dure el proceso.
- Establecer su regulación jurídica.
- Proponer reformas y modificaciones a los artículos correspondientes (414, 422, 423, 441, 447 y 454 BIS del Código Civil; y 256 y 256 BIS del Código de Procedimientos Civiles ambos para el Distrito Federal.

- Establecer en qué etapas del proceso judicial deberá comparecer.
- Señalar que la edad para que puedan tomarse en cuenta las manifestaciones del menor, es la que indique el artículo 282, último párrafo del Código Civil.
- Definir las figuras de la Patria Potestad y la Tutela.

Es pertinente señalar que para evitar confusiones, el término "el menor" que es utilizado en el presente estudio, implica uno ó varios según se trate del número de hijos sobre los que verse la controversia.

De conformidad con los objetivos enunciados, la presente investigación es de carácter eminentemente propositivo, pues supone la culminación de propuestas concretas de modificación y adición de diferentes ordenamientos jurídicos.

Como todo trabajo de éste tipo, contiene también elementos analíticos, los correspondientes a las diferentes disposiciones jurídicas que regulen y protejan lo relativo a la "patria potestad". Finalmente se manifiesta, que como todo investigación de esta índole, se incluyen dos apartados de antecedentes históricos, que nos permitirán contrastar la evolución de las instituciones de la Patria Potestad y la Tutela, para comprender lo que hoy existe en nuestra legislación.

CAPITULO I

CONCEPTOS Y ANTECEDENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Al hablar de algunas instituciones jurídicas, como lo es el caso de la presente investigación, señalándose que en el capítulo a desarrollar se trata a la Patria potestad, resulta trascendente remitimos a los antecedentes más importantes por los que ha pasado durante su evolución; a efecto de conocer el origen de tal figura y poder entender los lineamientos que ahora observamos. Por ello que se haga hincapié de sus orígenes en Roma, Francia y México.

1.1 ROMA.

Roma conforma un papel importante dentro del Derecho, pues en ella es donde tiene su origen, por ello que sea trascendente remitirnos a tal época con la finalidad de estudiar el origen de la patria potestad. Observemos primero que existe una diversidad de concepciones, de las cuales las que se invocan se consideran de las más completas. La relevancia de allegarnos al menos de algunas, es con la finalidad de establecer de forma clara cuales son sus objetivos y su entorno.

CONCEPTO.

“La potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil ... es un derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano.” (1)

“*Patria Potestad*. Es la autoridad que el pater familias ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrojados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados.” (2)

Estas, son tan sólo dos de las diversas concepciones que existen sobre la figura de la Patria Potestad. Son citadas toda vez que se contemplan elementos indispensables en tal concepto, como lo es la existencia de quién la ejerce y de quiénes están sujetos a ella; sin embargo las dos aluden al concepto en los tiempos de Roma, en razón de cómo se encontraba conformada su sociedad.

En Roma la familia no se refiere a una idea de generación o de paternidad, sólo indica una organización autónoma con un poder de mando. La Patria Potestas, considerada como el poder que se

(1) Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano: p. 100.

(2) Ventura Silva, Sabino: Derecho Romano: p.91.

ejercía normalmente hasta la muerte del *paterfamilias*, mostraba diversos aspectos como los siguientes :

a) Se ejercía un poder disciplinario, casi ilimitado por el padre o el abuelo hacia el hijo, pudiendo incluso matarlo;

b) El *paterfamilias* por ser considerada como la única persona dentro de la familia, el hijo no podía ser titular de derechos propios, señalándose que todo aquello que pudiese adquirir, ingresaba al patrimonio del *paterfamilias*, circunstancia que se fue disminuyendo poco a poco en razón de la independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados. Los derechos que se ejercían sobre los bienes en ningún momento podían ser del hijo, siendo del *paterfamilias*; considerándolo como un instrumento de adquisición.

Este aspecto se caracterizaba por :

1.- El único titular de los derechos patrimoniales era el *paterfamilias*.

2.- El hijo tenía capacidad de realizar negocios jurídicos con la limitante de que no se tratase de enajenación o gravamen; en razón de que carecía de propiedad y derechos reales, pero sin embargo podía adquirir derechos reales o de crédito en favor del *paterfamilias*.

3.- En cambio por la realización de los actos mencionados, el *paterfamilias* nunca quedaba como deudor; sino el hijo.

Según Sabino Ventura Silva señala en su obra *Derecho Romano* (3), es Augusto quien permite que el hijo sea propietario de un "peculio castrense" mismo que era ganado por su actividad militar, conformado tanto por su sueldo, como por el botín que adquiría de tal actividad. Así Constantino es quien añade un privilegio a éste derecho siendo el "peculio quasi-castrense", el cual se obtenía por el desempeño de alguna función pública o eclesiástica. Originalmente era el *paterfamilias* quien se quedaba con el usufructo que se obtuviera de los peculios. En los tiempos de Justiniano, eran sólo *los bona adventicia* los que quedaban bajo la administración del *paterfamilias*, quien gozara de una especie de usufructo. El sistema romano acentúa que tanto la administración, como el usufructo duraban normalmente toda la vida del *paterfamilias*. en tanto que la diferencia para con nosotros, es que dura hasta que el hijo cumple dieciocho años. A pesar de que la personalidad del hijo era absorbida por el jefe de familia, implicando con ello que no pudiese tener bienes propios, el Derecho Civil no admitía que lo pudiera hacer deudor.

c) El padre dentro del ejercicio de la patria potestad podía también mancipar al hijo. es decir, cederle a un tercero la autoridad. Generalmente el padre realizaba dicha conducta en un

(3) Ventura Silva. Sabino: Tratado Elemental de Derecho Romano: 4a. ed.

momento de miseria y en un precio en efectivo, realizando con ello una venta, y en ocasiones también lo mancipaba a su acreedor como señal de garantía. El hijo podía quedar en libertad después de un tiempo al que se comprometía el adquirente. El Derecho Romano muestra su interés al respecto, reflejándose así en la Ley de las XII tablas, en la que establecía que el hijo mancipado por tres veces, fuese libertado de la autoridad paterna, admitiendo que por lo que respecta a las hijas y los nietos una sola mancipatio producía el mismo efecto. En esta forma el hijo tenía una condición semejante a la de un esclavo, aunque temporalmente;

d) En la facultad del padre podía también abandonar al hijo, decidiendo Constantino que el hijo abandonado, estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, pudiendo ser en la calidad de hijo o esclavo; siendo Justiniano quien lo declara libre en caso de que se encuentre en el mismo caso;

e) La figura de la patria potestad que en su origen era un beneficio para el padre, durante la fase Imperial se convierte en una figura jurídica sujeta a derechos y obligaciones para ambas partes. Es en tiempos de Marco Aurelio donde ya se reconoce la existencia de una relación de padre-hijo, así como un derecho recíproco de alimentos. A pesar de la influencia del derecho romano en el nuestro, es de considerarse que algunas aptitudes no se adoptaron, tal como el hecho de que la patria potestad

tenía una duración excesiva siendo hasta la muerte del *paterfamilias*.

Entre los romanos no solo constituía un poder que se ejercía sobre los hijos, sino que constituía un verdadero derecho de propiedad sobre ellos, toda vez que podían venderlos, esclavizarlos, abandonarlos, matarlos, etc.

En tiempos de la República se hacía con más moderación. En el bajo Imperio hubo en las familias ciertos abusos de autoridad. Fue Adriano quien castigó a un padre con la expatriación por haber matado a su hijo. A fines del S. II de C. se reducen los poderes del *paterfamilias* a un derecho de corrección; no podía castigar con la muerte, sino que por el contrario, tenía que realizar una acusación ante el magistrado y mediante juicio y sentencia.

Constantino es quien decide que en todos aquellos casos en que se hubiese mandado a matar a su hijo, el padre sería castigado como parricida.

Esta autoridad se caracteriza por su interés por el jefe de familia, no importando la protección del hijo. Como consecuencias observamos que tal autoridad solo pertenece al jefe de familia y al abuelo paterno, y la madre no puede tener nunca la potestad paternal. Tal figura es un verdadero magistrado doméstico, el cual ejecuta las penas más rigurosas sobre sus hijos.

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD.

Son aquellas instituciones que crean la relación de dependencia, así encontramos en el Derecho Romano las siguientes :

- El matrimonio conceptuándolo como "la unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano." (4)

Deribándose así la importancia de la familia dentro de la sociedad romana; teniendo como objetivos la conservación de la institución del matrimonio y la procreación de los hijos.

- La adopción, la cual es definida como : "la institución de derecho civil cuya finalidad es establecer determinadas relaciones de carácter agnático semejantes a las existentes entre el *paterfamilias* y el *filiusfamilias*." (5)

Esta institución adquiere relevancia en razón de que el *paterfamilias* ejercía la patria potestad sobre los *filius* que adoptara.

(4) Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román; Derecho Romano, p. 82.

(5) *Ibidem*; p. 88.

- La legitimación, "es el procedimiento para establecer la patria potestad sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio." (6)

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

Señalamos primeramente que los derechos relacionados con el parentesco solo pueden extinguirse o modificarse de acuerdo con modos limitativamente previstos por el derecho objetivo.

En materias tan delicadas y de orden público, no podemos dar rienda suelta a la voluntad de los particulares; *inra sanguinis nullo iure dirimi possunt*; una formulación algo torpe para decir que los derechos de la sangre no pueden anularse libremente por actos jurídicos privados. Un simple convenio entre padre e hijo no basta para terminar con la patria potestad.

De conformidad con lo comentado por Marta Morineau y Román Iglesias en su obra "Derecho Romano" (7), ésta se extingüía por las siguientes causas :

a) Por la muerte del padre (o por su *capitis deminutio maxima o media*)

b) Por la muerte del hijo (o por su *capitis deminutio máxima o media*)

(6) Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román: Derecho Romano: p. 91.

(7) *Ibidem*: 95.

- c) Por la adopción del hijo por otro *paterfamilias* o la adrogatio de ésta última.
- d) Por casarse una hija *cum manu*.
- e) Por el nombramiento del hijo para desempeñar ciertas altas funciones religiosas, o en el derecho justiniano también por funciones burocráticas.
- f) Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la *domus*) hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.
- g) Por disposición judicial, como castigo del padre o, automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio, caracterizado por su nobleza general.
- h) Por prostitución de la hija.

1.2 FRANCIA.

De conformidad con el paso histórico de las épocas observamos que en materia familiar, por lo menos en lo que respecta a la Patria Potestad, Roma es quien da nacimiento a tal figura, pero de ella se vale Francia para poder considerarla y regularla jurídicamente. Retomando ésta última, su importancia radica en razón de haber sido Francia la que más influyó en la Legislación Mexicana.

El concepto de familia, nos remite al término de patria potestad. Por lo anterior es que hacemos referencia a que el pensamiento

cristiano que antecede a la Revolución Francesa dejó huella en diversos países, entre los que encontramos a Francia. Sin embargo, es con la Revolución Francesa de 1789 a partir de la cual se expresan principios de los que surgen diversos proyectos. En relación a los primeros, algunos hacen mención de la autoridad paterna, dando como proyecto la creación de un Tribunal de Familia y un Juez que conozca de las discrepancias entre padres e hijos; así también dan como resultado el establecimiento de principios como "el de que los hijos pertenecen a la República antes de pertenecer a los padres." (8) Lo anterior nos demuestra que la concepción que se tenía sobre la familia no era de relevancia, no importando que pudiese trascender o quienes las conformaban. No se perseguía el mantenerla unida o consolidarla.

De esta Revolución surgió como producto el Código Civil, siendo un convenio entre el derecho antiguo y el revolucionario con el consuetudinario, el escrito, el romano y el canónico.

Posteriormente, una vez creado el derecho francés se acentúa el principio de la autoridad paterna en la familia a través de la patria potestad. En el Código Civil de 1804 se otorga al padre la facultad de la patria potestad, poder que se extingue con la mayoría de edad del hijo. Adquiere así la institución de la patria potestad el carácter de una función temporal, ejercida en interés del grupo familiar legítimo.

(8) Güitrón Fuentesvilla, Julián: Derecho Familiar; p p. 64 y 65.

Réal señala que la potestad paternal, tal como existía en Francia, recordaba siempre su salvaje origen, en razón de que el padre tenía la potestad a pesar de los derechos que sólo le da la naturaleza; la madre no la compartía. El hijo permanecía bajo la potestad durante toda la vida de su padre, por más que él fuese también anciano a menos que *plugiase* al padre emanciparlo. El hijo casado pero no emancipado, estaba bajo la potestad con sus hijos. La naturaleza señala que el interés del hijo es lo que debe dominar. He aquí por qué en Francia como en Roma, los bienes del hijo pertenecían al padre, con excepción de los *peculios*.

Montesquieu (9), se queja de que Francia haya adoptado diversas Leyes romanas que son extrañas a los usos y al gobierno. Hablando de potestad paternal se invoca el interés de las buenas costumbres olvidándose de que la base de la moral son las ideas de concepciones como el sacrificio y la abnegación.

Sin embargo existe la interrogante en razón de que si el padre puede acaso dar lecciones de desinterés a sus hijos, cuando la familia vive para él, pero ello se deriva de la concepción que se toma de Roma, en donde la familia tiene apenas una personalidad distinta de aquél; todo ello basado en viejas costumbres que debemos a pueblos bárbaros que no tenían respeto hacia la personalidad del hijo.

La expresión de la potestad paternal se encontraba basada en

(9) Laurent, F.; Principios de Derecho Civil Francés, p. 384.

diversas costumbres, mismas en las que vivían jurisconsultos como Laysel, Laferrière y Bacquet. Esta idea era distinta de la del derecho romano, se dice que las costumbres inauguraron una revolución en la moral y en el derecho, abriendo paso a un nuevo principio como la personalidad y la individualidad humana; toda vez que los germanos resumían la institución de la familia en el jefe, él la representa; a él le corresponde la composición de todos los suyos; pero ya no es su señor, sino únicamente su protector, lo que explica la siguiente frase: "La *potestad* se cambia en tutela; el *dominio* de padre de familia se vuelve la *mainbournie*, la *guardia* ó *custodia*." (10) Deja de ser autoritaria para proteger más a los hijos.

"¿Qué era pues ésta autoridad? El padre tiene derecho sobre sus hijos, pero ese derecho de protección, más bien es deber que derecho. Establecido en favor de la debilidad de la edad, cesa cuando el hijo no necesita de apoyo. No destruye su personalidad, el hijo puede adquirir y adquiere para sí. La madre tiene ésta autoridad con el mismo título que el padre; ¿quién mejor que ella guiará a la niñez?" (11) Este párrafo deja ver que se concibe a la potestad paternal como un deber inherente de los padres sobre los hijos, dejando atrás el autoritarismo que se ejercía sobre los mismos, para ser una protección. Así también deja de ser exclusivo del padre, dándole el mismo poder a la madre, pues ambos tienen la misma calidad de padres.

(10) Laurent, F.; Principios de Derecho Civil Francés; p. 386.

(11) *Ibidem*; p. 386.

Los principios germánicos pasaron a las costumbres y de ahí al Código Napoleón. Singular resulta que los autores de éste ordenamiento no tienen conciencia de la filiación existente entre ambas, repudiando el derecho consuetudinario; creían que las costumbres nacieron de los abusos del régimen feudal y que las dictó el derecho del más fuerte.

La concepción otorgada a la potestad paternal dentro del derecho consuetudinario según Réal "...Es un derecho fundado de la naturaleza y confirmado por la Ley, que da al padre y a la madre, durante un tiempo limitado y con ciertas condiciones, la *vigilancia* de las personas, la administración y el goce de los bienes de sus hijos." (12) Conceptualización que venimos observando hasta nuestros tiempos y que conforma la realidad.

De conformidad con lo comentado por Laurent, en su obra "Principios de Derecho Civil Francés" (13), es *Pothier* alude que en los países donde se encuentra establecido un régimen consuetudinario, el poder del padre no consiste más que en dos casos :

- 1o.- El derecho que tienen los padres de gobernar a la persona y los bienes de los hijos, hasta que tengan edad para gobernarse por sí mismos; y
- 2o.- El derecho de exigir a sus hijos ciertos deberes de gratitud y

(12) Laurent, F.: Principios de Derecho Civil Francés; p. 387.

(13) *Ibidem*: p. 388.

respeto.

El Código Napoleón no hizo más que establecer éstas reglas en la Ley.

El padre tiene deberes. quien tiene derechos es el hijo. Las Leyes le dan al primero cierta autoridad sobre el hijo, pero es por que ésta es necesaria para que pueda cumplir su deber de dirección y educación, teniendo el derecho de guarda y corrección.

En Roma la potestad paternal establece un poder de acuerdo al interés de quien lo ejerce, mientras que en las costumbres y leyes francesas, el hijo tiene derecho a ser educado, mismo que impone al padre una obligación.

Se señalaba que en el Código Civil no había lugar para la potestad paternal, por lo que se podía ver que dicha frase ya no se encontraba en las Leyes francesas, habiéndose borrado deliberadamente. En razón de ello, surgieron discusiones en el Consejo de Estado, proponiéndose diversas frases para poder denominarla, *Boulay* (14) señalaba que debería nombrarse *De los derechos y de los deberes de los padres*, *Tronchet* (15) aludía a que debería denominarse como *autoridad paternal* a efecto de que no se debilitara la idea que perseguía.

(14) Laurent. F.: Principios de Derecho Civil Francés; p. 390.

(15) *Ibidem*; p. 390.

En el proyecto de Ley se propuso como título *De la autoridad del padre y de la madre*; habiéndose conservado éste en la redacción definitiva, sin embargo en los artículos que correspondían al título IX ya no hablaban de *potestad*, refiriéndose así a la denominación de *autoridad*. A pesar de conservar la palabra *potestad*, ésta lo que representaba era nuevas ideas, por lo que la *potestad* del padre no es otra que una protección y una dirección.

En términos del Código Civil el hijo permanece bajo la autoridad de los padres hasta que sea mayor de edad ó se emancipe; pero es importante señalar que el Código llama al padre y a la madre con igual título a la autoridad que la Ley les concede, lo que quiere decir que la madre no se encuentra extraña a la educación del hijo, toda vez que la Ley no persigue desprenderla de un deber que la naturaleza le impone, sin embargo su intervención no es más que únicamente moral. En razón de ello se reconoce la necesidad de una correcta dirección durante la infancia, debiendo deliberarse tales circunstancias entre el padre y la madre, y en caso de discernimiento había que darle el poder a uno de ellos, naturalmente era al padre por encontrarse investido de potestad marital, por lo que debía tener también la potestad paternal.

En el antiguo derecho francés cuando el marido no podía ejercer la potestad por causas como demencia o ausencia, se admitía que la madre tuviera el ejercicio de ésta.

El Código Civil establece que el padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio, después de la disolución la ejerce la madre, sin embargo se contemplaba que el padre podía seguir ejerciendo la potestad paternal pero le era restringido su poder de corrección, en el caso de la madre las restricciones eran más graves. También se contempla que en el caso de que el padre ha quedado viudo y no ha vuelto a casarse, podrá seguir ejerciendo la potestad paternal. En esencia se consideraba a la potestad paternal como un deber de educación.

El derecho de guarda era concebido de conformidad con lo establecido en el Código Civil, señalándose que el hijo no podía abandonar la casa paterna sin que lo permitiera el padre. Esto es lo que se le llama guarda y deja ver que el padre necesita de ella para poder cumplir su deber de educación.

El derecho de educación, implica un poder de corrección, sin embargo el Código Civil omite regular sobre éste punto, pero observemos que ésta cuestión depende de las costumbres y grado de desarrollo que se guarden en un Estado.

FIN DE LA PATRIA POTESTAD.

De acuerdo con el Código Civil, ésta concluye con la mayoría de edad, ello atendiendo al interés del hijo, pues no concibe que la autoridad del padre dure todavía cuando el hijo ha llegado a la

edad en que es capaz de realizar todos los actos de la vida civil, pero *Portalis*, (16) señala que la potestad paterna no cesa, más que en sus efectos civiles, toda vez que el respeto y la gratitud continúan exigiendo miramientos y deberes que el legislador ya no ordena. La potestad paterna también puede terminar antes de la mayoría de edad, en razón de la emancipación.

La Ley de 22 de mayo de 1946 es la que proclama que los tribunales pueden privar del ejercicio de la patria potestad al padre o a la madre que por su salud o conducta pudiesen comprometer la formación de los hijos.

1.3 MEXICO.

Como ya se ha mencionado la influencia de Francia en la Legislación Mexicana fue de gran relevancia, tan es así que de ahí observemos el Código Civil que nos rige. En relación a la patria potestad los Códigos de 1870 y 1884 establecían que era ejercida en primera instancia por el padre y después por la madre; así lo señalaban los artículos 392 y 366 de tales ordenamientos. Sólo por causas como la muerte, la interdicción, la ausencia del llamado preferentemente, podían entrar en ejercicio de la patria potestad quienes seguían de acuerdo con el orden que establecía el mismo Código, como es el caso que después de la muerte seguían el abuelo paterno y posteriormente el materno.

(16) Laurent, F.: Principios de Derecho Civil Francés; p. 397.

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, estableció en su artículo 241 que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término, después por los abuelos paternos y por último los abuelos maternos, regulación que aún se encuentra vigente en nuestro Código, ejerciéndose de forma mancomunada.

Don Venustiano Carranza, fue quien con carácter humano promulgó en 1917 la Ley sobre Relaciones Familiares.

Al haber analizado el origen de la Patria Potestad, se ha observado que ésta presenta algunas modificaciones, lo que dan como resultado la concepción y regulación jurídica que ahora tenemos. Así se reitera la importancia del por qué de haber invocado sus antecedentes en Roma y Francia, siendo, por que de estos se forma el Derecho que nos rige. Como se pudo observar el padre era quien tenía una presencia única, la cual dentro del ejercicio de la Patria Potestad gozaba de privilegiados derechos.

En razón de la influencia de Roma y Francia en México respecto al Derecho, éste último retoma varias de sus concepciones, y en el presente caso así lo denota en lo que se refiere a la Patria Potestad. La definición que ahora citaremos es referida por el *Dr. Galindo Garfias* quien señala "que la Patria Potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los

ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.” (17)

La anterior definición es citada, en razón de considerarse como una de las más completas y acertadas, toda vez que señala las circunstancias que rodean tal figura, como el observar que implica, quienes la ejercen, quienes se encuentran sujetos a ella y su objeto.

(17) Chávez Ascencio, Manuel F.: La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, p. 276.

CAPITULO 2

CONCEPTOS Y ANTECEDENTES DE LA TUTELA.

Así como se ha referido a los antecedentes de la Patria potestad en el capítulo anterior, se invocarán ahora con la figura de la Tutela, toda vez que forman parte del objeto de esta investigación. Ya se ha aludido a los lugares de los cuales se toman sus orígenes, siendo la razón que nuestro Derecho y Legislaciones en ellos encuentran su fundamento.

2.1 ROMA.

Cabe señalar que el concepto de la Tutela nace en Roma, de ahí la importancia que adquiere el remitirnos a ella. Resulta trascendente que para poder introducirnos en la presente investigación fijemos primeramente un panorama de lo que implican los conceptos que en ella se tratan. Las concepciones son diversas, por ello que después de observarlas, haga referencia a las siguientes, en razón de considerarlas las más acertadas.

CONCEPTO :

"Servio Suplicio, contemporáneo de Cicerón, definió la tutela del

siguiente modo: *es vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iuri civili data ac permissa*; 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 defenderse por sí mismo." (1)

Se señalaba entonces que el tutor no tiene sobre el pupilo ni derecho de corrección, ni autoridad sobre su persona y su posesión al momento de que el menor llega a la pubertad.

El Derecho Romano establecía que las personas *sui iuris*, se dividen en :

a) Capaces, que pueden cumplir solas los actos jurídicos; e

b) Incapaces, para las cuales el Derecho tiene organizada una protección, dándola bien un tutor, o un curador.

De ahí que encontremos que existían cuatro causas de incapacidad, siendo :

1. La falta de edad, que se refería a la asignación de un tutor a los impúberos, y en cierta época les fue asignado también a los menores de veinticuatro años.
2. El sexo, que se refería a las mujeres, las cuales en el Derecho

(1) Petit, Eugene: Tratado Elemental de Derecho Romano: p. 125.

antiguo se encontraban bajo una tutela perpetua.

3. La alteración de las facultades intelectuales, pues los que se encontraban en tal circunstancia, estaban bajo un curador.

4. La prodigalidad, refiriéndose al pródigo quien se encontraba impedido y se encontraba bajo una curatela.

La Tutela es aquella figura que nace como un poder establecido con interés de la familia del pupilo, quien es propietaria de los bienes de éste. Es un cargo que poco a poco se va convirtiendo en favor del pupilo. "De un derecho del tutor, un poder juridico, *in minus*, pasa a ser *in omnis*, una molesta obligación a la cual el nombrado puede sólo sustraerse alegando y comprobando una causa de dispensa (edad, enfermedad, otras tutelas a cargo del nombrado, altas funciones. etc.)" (2)

Se ha pretendido que la figura de la tutela se encontrara ideada para situaciones normales, es decir, la infancia, impubertad, sexo femenino. Así también ha surgido la idea de que el tutor fuera un hombre fuerte con la finalidad de proteger a los que se encontrasen bajo su tutela, en razón de que en dichos tiempos se hacían justicia por su propia mano. Por otro lado el curador era un sabio consejero para personas que eran físicamente capaces, pero mentalmente algo débiles. Así en el derecho romano un incapaz tiene en algunos casos tutor y en otros curador.

(2) Floris Margadant, S. Guillermo: El Derecho Privado Romano, p. 219.

antiguo se encontraban bajo una tutela perpetua.

3. La alteración de las facultades intelectuales, pues los que se encontraban en tal circunstancia, estaban bajo un curador.

4. La prodigalidad, refiriéndose al pródigo quien se encontraba impedido y se encontraba bajo una curatela

La Tutela es aquella figura que nace como un poder establecido con interés de la familia del pupilo, quien es propietaria de los bienes de éste. Es un cargo que poco a poco se va convirtiendo en favor del pupilo. "De un derecho del tutor, un poder jurídico, *in minus*, pasa a ser *in omnis*, una molesta obligación a la cual el nombrado puede sólo sustraerse alegando y comprobando una causa de dispensa (edad, enfermedad, otras tutelas a cargo del nombrado, altas funciones, etc.)" (2)

Se ha pretendido que la figura de la tutela se encontrara ideada para situaciones normales, es decir, la infancia, impubertad, sexo femenino. Así también ha surgido la idea de que el tutor fuera un hombre fuerte con la finalidad de proteger a los que se encontrasen bajo su tutela, en razón de que en dichos tiempos se hacían justicia por su propia mano. Por otro lado el curador era un sabio consejero para personas que eran físicamente capaces, pero mentalmente algo débiles. Así en el derecho romano un incapaz tiene en algunos casos tutor y en otros curador.

(2) Flonis Margadant, S. Guillermo: El Derecho Privado Romano: p. 219.

DESIGNACION DEL TUTOR.

La Ley de las XII tablas permitía al jefe de familia escoger un heredero, concediéndole así el derecho de designar un tutor para su hijo a través del testamento. A falta de ésta, la designación de la tutela pasa a los miembros de la familia civil que llama a la sucesión del impúbero, es decir, en primer término al agnado más próximo y después a los gentiles, debiendo interesarse los tutores personalmente de la conservación del patrimonio del pupilo. Posteriormente, surge el supuesto de que a falta de agnado o tutor testamentario, el magistrado se encargaba de nombrarle un tutor. Dicho tutor tenía que reunir ciertas cualidades como ser libre, civil y del sexo masculino.

Atendiendo a la designación del tutor, encontramos que hay diversos tipos de tutela como son:

La *Testamentaria*. Considerada como la más importante, que deriva de un atributo de la potestad paterna, la cual tenía el padre de familia sobre los impúberes. Sólo se designaban tutores a los que por derecho se podían elegir como herederos; pudiendo el jefe de familia designar en su testamento uno o varios herederos.

La *Legítima*. A falta de la designación testamentaria se abre la

legítima de los agnados. Con Justiniano, la tutela era otorgada al pariente más próximo, bien sea agnado o cognado, y era diferida a la madre o al abuelo del impúber.

Si al finalizar la tutela, el tutor legítimo se queda con objetos del pupilo de forma fraudulenta; éste comete un delito, pudiendo el pupilo ejercer acción en contra del tutor, por la que era condenado por el doble del valor de los objetos que se hubiesen sustraído, tratándose de una acción penal.

La Dativa. A falta de tutor testamentario y legítimo, la *Lex Atilia* da derecho al Pretor Urbano de nombrar tutores. Los interesados por el pupilo podían provocar el nombramiento; y eran obligados la madre, presuntos herederos y libertos de su padre.

DE LAS FUNCIONES DEL TUTOR.

Era costumbre imponer ciertos deberes a los tutores para con su pupilo, debiendo tener como primordial objetivo y ante cualquier circunstancia, la defensa de sus intereses. En cuanto a las funciones legales del tutor, los romanos establecían que únicamente debería encargarse de la fortuna del pupilo, es decir, de los intereses pecuniarios del mismo, y no así de su guarda, ni educación. El pretor era, quien en presencia de los parientes

cercanos designaba a la persona destinada a educarle. El tutor debía reunir una serie de formalidades, como el hecho de que debía hacer un inventario de los bienes del pupilo. Con ello se trataba de asegurar que al fin de la tutela se restituyeran. Así mismo, el tutor se compromete a mantener intacto el patrimonio del pupilo. Los poderes que tenía el tutor se veían limitados; como el hecho de que éste no podía hacer donación alguna con los bienes del pupilo; ni siquiera a título de dote en razón de alguna hermana del impúber; sólo podía realizar los regalos de costumbre en proporción a la fortuna de éste. El tutor no podía hacer uso personal del capital del pupilo; pues debía depositarlo en algún templo, en forma provisional hasta que realizara algún negocio ventajoso.

Las obligaciones del tutor están sancionadas por la acción *tutelae directa*; misma que puede ser ejercida por el pupilo o sus herederos. El tutor en ningún momento podía ser acreedor, o deudor del pupilo; si llegase a suceder tal circunstancia, debía renunciar al cargo y para el caso de que fuere así, perdía su crédito o no se le reconocía como acreedor.

TERMINACION DE LA TUTELA.

La tutela de infantes o impúberes termina con la muerte, la pérdida de libertad o de la ciudadanía, la adrogatio o el matrimonio *cum manu*. por parte de la persona incapaz; y

además, se extinguía cuando ésta llegaba a la pubertad. Se cambiaba al tutor en caso de muerte o *capitis deminutio* de éste, y también cuando presentaba una excusa válida o se comprobaba que había cometido el crimen *suspecti tutoris*.

“Al terminar la tutela, el tutor rendía cuentas y se ajustaba la relación financiera entre tutor y pupilo, mediante un traspaso del saldo que el uno debía al otro. Si el tutor estaba en deuda con el pupilo, éste disponía de la *actio tutelae* (directa), pero si el saldo era favorable al tutor, éste podía ejercer la *actio tutelae* contraria.” (3)

DE LA TUTELA DE LOS IMPUBEROS.

“El impúbero tiene necesidad de un protector habiendo nacido *sui iuris*, fuera de matrimonio legítimo, o bien, si nacido bajo la potestad paterna, ha salido de ella antes de la pubertad. Este protector se llama tutor.” (4) El tutor en ningún momento tiene derecho de autoridad sobre el pupilo, terminando ésta en la pubertad. Se admitió una edad fija siendo para las mujeres 12 años y para los varones 14 años. Este criterio prevaleció en la época de Justiniano.

(3) Folris Margadant, S. Guillermo: El Derecho Privado Romano: p. 225.

(4) Petit, Eugene; Tratado Elemental de Derecho Romano: p. 125.

CURATELA.

La "Cura o Curatela, es la protección dispensada a bienes de patrimonios necesitados de vigilancia y cuidado." (5)

La Ley de las XII Tablas organiza a ésta para remediar a los incapacitados accidentales, *los furiosi y los prodigi*. Posteriormente por disposiciones del pretor se protege a los *mente capti*, los sordos, los mudos, a aquellas personas sui iuris menores de 25 años pero mayores de 14, es decir, aquellos individuos que por razón de la pubertad ya no estuviesen bajo el régimen de la tutela, los locos y los pródigos; éstos dos últimos tenían curadores legítimos de conformidad con lo establecido en la ley, a falta de éstos eran nombrados por el magistrado. Dentro de ésta figura no existía la designación testamentaria.

Dentro de las funciones del curador estaba el cuidar del patrimonio del enfermo; debiendo al final rendir cuentas sobre tal administración.

2.2 FRANCIA.

Francia adquiere relevancia en razón de su influencia en la Legislación Mexicana, de ahí el que se considere como parte de los antecedentes en la presente investigación.

(5) Ventura Silva. Sabino: Derecho Romano; p. 121.

La tutela era definida como "un encargo civil conferido a una persona por la ley ó en virtud de sus disposiciones, para administrar gratuitamente la persona y los bienes de un menor."

(6) El tutor es el protector, el defensor legal del menor. Estableciendo así el Código, que él cuida la persona del menor y que lo representa en todos los actos civiles.

La Ley debe velar la educación y los intereses de los que por sí mismos no pueden gobernar su persona y sus bienes, objetivo que persigue el Código Civil francés. De conformidad con lo señalado en éste ordenamiento, no hay tutela durante el tiempo que dure el matrimonio de los padres; pues el hijo se encuentra bajo su potestad.

Dicho Código establece "la tutela se abre después de la disolución del matrimonio; el superviviente reúne en sus manos la autoridad del padre y el poder del tutor... si el superviviente no es tutor, conserva, no obstante, la potestad paternal en lo que concierne a la educación del hijo, pasando la administración de los bienes al tutor. Por el momento consideramos la tutela como un poder distinto, haciendo abstracción de la patria potestad."

(7) Del presente párrafo se desprende que en Francia y de acuerdo con lo dispuesto en el Código en comento, la tutela surgía por el sólo hecho de faltar alguno de los padres por las causas que se invocan.

(6) Miranda, José: Las Ideas y las Instituciones Políticas Mexicanas; p. 39.

(7) Floris Margadant, S. Guillermo: El Derecho Privado Romano; p. 50.

Se da cavidad a la tutela cuando fallece uno de los padres; cuando uno de ellos se encontrase ausente en el sentido legal de la palabra; también el divorcio causa la iniciación de la tutela, aunque la Ley no lo señala así expresamente, limitándose a señalar que se confiarán los hijos cuando se pronuncie el divorcio por causa determinada, conservando los padres el derecho de vigilar el sostenimiento y educación de sus hijos, indicándose que la patria potestad subsiste, salvo en los casos que la misma Ley autoriza a que los Tribunales intervengan para mayor ventaja de los hijos.

La tutela del derecho francés difiere de la tutela romana. En el derecho romano, el pupilo una vez que salía de la infancia podía gestionar él mismo sus negocios, limitándose el tutor únicamente a asistirlo; mientras que el Código Napoleón señalaba que el tutor representaba al menor en todos los actos civiles, considerándose como su mandatario legal, por lo que se ha definido a la tutela como un cargo civil.

En Francia se establecía que la tutela es un cargo público, en razón de que quienes son llamados a ejercerla los cuales, no pueden rehusarse, siendo el objeto de la tutela el de vigilar a la persona y los intereses de los incapaces, basándose éste principio en el modo en que era establecida y no en su objeto; siendo la Ley, el padre moribundo ó el consejo de familia los que confieren la tutela. En el derecho antiguo, toda tutela era dativa,

al menos en los países en que regía el derecho consuetudinario, conferida por los tribunales y luego por autoridad pública, aspecto que no existe en el Código Napoleón.

Este jurisconsulto también hacía referencia a que los extranjeros y las mujeres no podían ser tutores.

La tutela se abre por la muerte de uno de los padres, otorgándola la Ley al que sobrevive; si el tutor legal llega a morir durante la menor edad de los hijos, puede elegirle un tutor; cuando no se hace uso de ésta facultad, de conformidad con la Ley, la tutela pasa a los ascendientes, a falta de éstos, el consejo de familia es quien nombra al tutor.

La tutela se ha organizado por interés de los menores, mismo que ha debido guiar a los legisladores, ello basado en que el huérfano necesita un protector que reemplace al que la naturaleza le había dado y que por causa de muerte lo ha perdido.

En los países de régimen consuetudinario, todas las tutelas eran dativas, es decir, que todas eran nombradas por el juez del lugar en donde el padre tenía su último domicilio. Los autores del Código Napoleón admitieron las tutelas legítimas, y es por ello que al efecto se consideran a los ascendientes como la garantía más fuerte que puede adecuarse al interés del menor.

En el antiguo derecho, se nombraban en algunas ocasiones a dos tutores, a uno honorario y a otro onerario, el primero se encargaba de la educación del pupilo, mientras que el segundo administraba los bienes. Sin embargo, de acuerdo con lo que señala el presente Código, y con la finalidad de que ésta figura no sea dividida, el menor no puede tener más que un sólo tutor.

Es importante señalar que el Código Civil aludía a evitar los cambios de tutor mientras desempeñaba su cargo, pues no era conveniente tanto para la educación de los menores, como para la administración de sus bienes. Al ser el tutor quien administra los bienes de sus pupilos, el mismo era responsable de los daños que se causaran por incapacidad, negligencia ó dolo, pero para ello la Ley contempla una garantía real a los menores, imponiendo a los bienes del tutor una hipoteca legal en favor de ellos; sin embargo la Ley no somete al tutor a dar caución.

A pesar de tales garantías, la Ley no se conforma con ello, por lo que ha organizado una inspección de la tutela, con el objeto de salvaguardar los intereses del menor, existiendo así en toda tutela un subrogado tutor, que está destinado a vigilar al tutor y propiciar su destitución en caso de que éste sea incapaz ó infiel. La función del subrogado tutor es administrarlos, y promover por excepción cuando los intereses del tutor se encuentran en oposición a los del menor.

El Consejo de familia es una institución que deriva del derecho consuetudinario, y resulta importante su desempeño dentro de la tutela, en razón de ser quien nombra al tutor dativo y al subrogado tutor; ejerce una vigilancia constante, pues obliga al tutor a rendir cuentas anuales; destituye al tutor incapaz ó infiel; y, debe consentir el matrimonio del huérfano o el que se emancipe. Pero a pesar de ello la Ley le provee de límites, los cuales no deberá sobrepasar.

En el derecho romano era admitida una tutela de hecho, denominada protutela, circunstancia que sucedía en el antiguo derecho, en razón de ello el que administraba en calidad de tutor, aunque legalmente no lo estuviese, se encontraba sometido a todas las obligaciones de un verdadero tutor.

En términos del Código Civil "...el padre no puede nombrar a la madre superviviente y tutora, un consejo especial, sin cuyo dictamen ella no podrá ejecutar ningún acto relativo a la tutela..." (8) El padre no puede privar a la madre de un derecho natural, aunque se consideraba que ella podía darle todo el cuidado al menor, pero por el contrario se aludía que no tenía experiencia para los negocios, por lo que entonces encontramos una división de poder en el que la madre conserva la patria potestad y el tutor es el que maneja los bienes.

(8) Soberanes Fernández, José Luis: Historia del Sistema Jurídico Mexicano; pp. 53 y 54.

Si el padre ó la madre tutor quisieran volver a casarse, antes de llevar a cabo el acto de matrimonio debían convocar al Consejo de familia, el cual decidirá si deberán conservar la tutela. En el caso de que el citado Consejo decidiese que la madre deberá conservar la tutela, esta cambia de naturaleza, dejando de ser una tutela legal, para ser un tutela dativa.

En razón de que la tutela es de orden público, el Consejo de familia no puede extender las atribuciones del tutor, ni imponerles restricciones.

La tutela de los ascendientes surge cuando no se le ha elegido al menor, un tutor por el último de sus padres que muere, lo que implica que la tutela no se confiere a los ascendientes; el consejo de familia es el que nombra al tutor. El orden que seguía la tutela de los ascendientes era que primero pertenecía al abuelo paterno, a falta de éste al materno, y así subiendo, de tal forma que el ascendiente paterno sea preferido al materno del mismo grado. El Código Napoleón no permitía que los ascendientes rehusaren a ejercer la tutela, pero si establecía dispensas de edad o de enfermedad.

2.3 MEXICO.

El hecho de invocar los antecedentes del concepto de Tutela, tiene como objetivo observar someramente el cómo se

encontraba conformada y regulada en nuestro país, en razón de la relevancia que representa en ésta investigación, por considerarse su legislación y aplicación.

En principio hay que entender al Derecho Colonial, como el régimen jurídico que se aplicó en nuestra patria durante los 300 años que duró la dominación española y que por consiguiente fue de trascendencia para nuestro Derecho.

En esta etapa se aludía a que "las ideas sobre la colonización están, a nuestro entender, íntimamente relacionadas con los fines primordiales atribuidos a la dominación española por las Instituciones y grupos que aparecen en primer término en la escena Indiana : la iglesia, el Estado, los religiosos y los conquistadores encomenderos" (9) De ahí que observemos en qué forma y cómo era que se daba la dominación de quienes éramos objeto de la colonización.

En esa época los padres de familia realizaban sacrificios soportando las actitudes de los conquistadores, y así mismo cumplían con sus obligaciones, considerándose guardadores de la tierra, todo ello con la finalidad de constituir sólidos patrimonios para proteger a sus hijos.

En virtud de la colonización de las Indias por España, éstas se ven incorporadas a la Corona de Castilla, de ahí que el Derecho

(9) Gúitrón Fuentesvilla, Julián; Derecho Familiar; p. 124.

Castellano fuese el que rigiera la posesiones españolas en América y Asia, es decir, en las Indias, pero en razón de ser distinta la realidad Indiana de la castellana fue creado un Derecho Indiano coexistiendo así dos regímenes legales, sin que a éste último se le reconociera su existencia.

Este Derecho era expedido por las autoridades españolas peninsulares o sus delegados u otros funcionarios y organismos en los territorios ultramarinos. Además este derecho se ve complementado por aquellas normas indígenas que no contrariaban a los intereses de la Corona.

El fundamento de toda la legislación Indiana fue la Corona, por ello es que se volvió necesaria la ratificación de la misma en todas las medidas.

Finalmente logró formarse el proyecto que, oficialmente aprobado, se convirtió en la Recopilación de Leyes de las Indias en 1680, para cuyo toque final colaboró el famoso jurista peruano Juan de Solórzano.

Cabe aludir que en relación con el derecho de familia, encontramos la Real cédula del 12 de julio de 1564 que declara que los cánones del Concilio de Trento son "Ley de Reyno", con ésta se obtiene la castellanización del Derecho Canónico. Pero a este fondo general, el derecho indiano aporta sus propias

disposiciones, como por ejemplo tener una mayor flexibilidad para obtener dispensas respecto de los excesivos impedimentos matrimoniales, una suavización en beneficios de negros y mulatos del principio de que se necesite la licencia paterna para el matrimonio; una presión legal para que los solteros se casen, un control por parte del Consejo de Indias; un especial control por parte de los cabildos sobre la tutela y las fianzas respectivas; y finalmente, normas para preservar la unidad de la familia indígena.

En ésta etapa se empiezan a crear las Leyes que deberán estar vigentes en el país, por lo que encontramos que el artículo 12 del "Tratado de Córdoba" del 24 de agosto de 1821 mandaba que se independizara el país, se gobernase interinamente conforme a las Leyes entonces vigentes en todo lo que no contrariase a ambos textos, es decir, a éste y al "Plan de Iguala", mientras no se fueren expidiendo las Leyes nacionales. Así pues, consumada la Independencia, el 27 de septiembre de 1821, asumió el poder una Junta Provisional, denominada de Gobierno, la que tomó el título de "Soberana" y dispuso en decreto a todas las autoridades coloniales.

Posteriormente, el Primer Congreso Constituyente por decreto de 26 de febrero de 1822, confirmó a todos los Tribunales y Justicias establecidas, con carácter interino para que continuasen administrando justicia según las Leyes vigentes.

Siguiendo a José María Álvarez, pues como dice *María del Refugio González*, (10) puede tomarse como prototipo, ya que los demás autores de la época en términos generales estuvieron de acuerdo con él, encontramos el siguiente orden :

- 1o. Decretos dados por los Congresos Mexicanos.
- 2o. Decretos dados por las Cortes de España, publicados antes de declararse la Independencia.
- 3o. Reales disposiciones novísimas aún no inscritas en la Recopilación
- 4o. Leyes de la Recopilación. Primero las más modernas.
- 5o. Leyes de la Nueva Recopilación.
- 6o. Leyes del Fuero Real y Juzgo.
- 7o. Estatutos y fueros municipales de cada Ciudad, en lo que no se oponían a Dios, a la razón y a las Leyes escritas.
- 8o. Las Partidas en lo que no estuvieran derogadas." (11)

Los constituyentes de 1857 no reglamentaron en momento alguno a la familia; su estudio se abocó únicamente al matrimonio dándole un carácter religioso. El cambio surge cuando Ignacio Comonfort renunció a la Presidencia de la República y Juárez lo sustituyó, creando las Leyes de Reforma Políticas, Económicas y Religiosas.

La tutela en México se reglamentó a partir del Código de 1870.

(10) Chávez Ascencio, Manuel F.: La Familia en el Derecho; p. 343.

(11) *Ibidem*; p. 346.

El objeto de la tutela que en este ordenamiento se establecía ha permanecido constante desde entonces, contemplado en el artículo 430 que decía : "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse a sí mismos." (12) Lo anterior reitera la idea que se ha manifestado ya en razón de que la tutela que se propone en la presente investigación, es en esencia la misma que la que ya se encuentra establecida en el presente ordenamiento, siendo igual el objetivo que se persigue. Así se reproduce textualmente en el Código de 1884, en la Ley sobre Relaciones Familiares, y en el primer párrafo del artículo 449 del Código vigente.

El Código de 1870 señala el diferimiento del tutor y del curador, mientras que los otros ordenamientos legales sólo tratan del diferimiento del tutor, y se señalaba que lo sería en testamento por ley, por elección del mismo incapaz, confirmado por el Juez, y por nombramiento exclusivo del Juez.

"En relación a la tutela legítima, los Códigos anteriores y la Ley sobre Relaciones Familiares, señalaban que había tutela legítima en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad. En el caso de la tutela dativa, los ordenamientos legales anteriores se prevenía que el mayor de catorce años podía nombrar al tutor (Arts. 55-458-346). El predominio masculino se puede percibir

(12) Chávez Ascencio, Manuel F.: La Familia en el Derecho; p. 347.

en las Legislaciones anteriores. Las mujeres no podían ser tutoras, salvo en los casos de la tutela legítima del marido o de los hijos legítimos o naturales (Arts. 562-462-348). Tampoco podía serlo el extranjero que no estuviere domiciliado en el Distrito Federal o en la California, o como después se dijo en la Ley de Relaciones Familiares, en el Distrito o en los Territorios Federales.” (13)

El Código Civil de 1928 en su libro Primero está dedicado al derecho de personas y a la organización de la familia; adoptó en relación a la protección de los menores que no se encuentran sujetos a la patria potestad y a los incapacitados, un sistema que permite la intervención de la autoridad judicial en el nombramiento del tutor y en la vigilancia del ejercicio de la tutela, creando para ello los Consejos Locales de Tutela y los Jueces Pupilares, siendo los últimos quienes más tarde serían denominados Jueces de lo familiar.

El Código en comento ha sufrido el mayor número de reformas, especialmente a partir de 1952, en las que se deja notar la protección de los menores. Cabe señalar la concepción que se tenía de la familia en el momento en que se comenzaba a redactar el Código Civil, pues de ello se derivan las finalidades que se perseguían en la creación del Código respectivo, por lo que

(13) Chávez Ascencio, Manuel F.: La Familia en el Derecho: p. 348.

citaremos la concepción del Lic. Francisco H. Ruiz, quien formaba parte de la Comisión Redactora del Código Civil de 1928;

“La familia, como casi todas las instituciones jurídicas, presenta dos aspectos : un aspecto individual y un aspecto social. porque la familia puede ser considerada en su conjunto de relaciones, que se traducen en derechos y deberes recíprocos, establecidos entre los individuos que la forman para crear relaciones personales entre ellos y realizar fines individuales, o puede también ser considerada desde el punto de vista

social, como una entidad sociológica formada por un conjunto de personas que tienen fines sociales que realizar y que deben mantener relaciones entre ese grupo llamado familia y el Estado. No se puede hacer un estudio completo integral, de la familia, si no se considera a la vez su aspecto individual y su aspecto social.” (14)

Esta concepción alude concretamente al entorno de lo que implica la familia, explicando a su vez qué es; resultan importantes los aspectos a los que hace mención y que sin lugar a duda los seguimos observando a pesar del transcurso del tiempo y de reformas constantes, lo que nos reitera el papel tan importante que tiene la familia y el por que le es considerada como el pilar de la sociedad.

A través de los Decretos de 3 y 10 de marzo de 1971 fueron

(14) Barrera Graf, Jorge; Galindo Garfias, Ignacio; LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo; p. 136.

reformados el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles en los que se creaba a los jueces de lo familiar, quienes conocen de todo lo relativo al estado y capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares en las que interviene la autoridad judicial, incluyendo en ellas a figuras como la tutela, entre otras; así fueron segregados los jueces de lo civil del conocimiento de aquellas cuestiones de las que debían conocer únicamente los jueces de lo familiar, creándose con ello Tribunales especializados para desempeñar funciones jurisdiccionales sobre los problemas de la familia.

El Código Civil de 1928 ha seguido la trayectoria de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, misma que traía consigo reformas que fueron sustantivas a instituciones como la tutela, la paternidad, la filiación, etc.

El Código Civil de 1928 señala en su artículo 522 "La garantía que presten los tutores no impedirá que el Juez de lo familiar, a moción del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los parientes próximos del incapacitado o de éste si ha cumplido dieciséis años, dicte las providencias que estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo." (15)

Respecto al otorgamiento de garantías para poder manejar la tutela, nuestro Código Civil se inspiró en los de Guatemala y España; por lo que se refiere al desempeño de la tutela fue

(15) Gúitrón Fuentevilla, Julián; Derecho Familiar: p. 124.

establecido por el Legislador de 1928 en diversos artículos.

En la exposición de motivos del Código de 1828, se señala que la tutela fue reorganizada sobre nuevas bases, procurando que se tendiera preferentemente a la persona de los incapacitados más que a la administración de los bienes; y, al efecto, comenzaron a instituirse organizaciones especiales, tales como las de los Consejos Locales de Tutela y los Jueces Pupilares (hoy jueces familiares) para velar y proteger a la persona o los bienes de los incapacitados, llegando a imponer incluso al Estado la obligación de sustentar y educar a los menores, que por no tener bienes ni familiares que cuidaran de ellos, necesitan forzosamente que la sociedad vaya en su auxilio.

De lo anterior podemos observar que la Tutela ha tenido diversas modificaciones, sin embargo, no ha perdido su esencia, es decir, esta ha sido el mismo objetivo a través de los tiempos, siendo así una figura substituta del papel que ejerce la Patria Potestad.

En nuestros días resulta importante, precisamente por el papel que desempeña, además del cuidado que debe tenerse para elegir a quienes realizan tal función

Galindo Garfias define a la Tutela señalando : "es un cargo que la Ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la

protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio." (16)

La definición citada hace referencia a diversos aspectos que son importantes en el desarrollo de la institución en comento, como lo es a través de que medio se faculta para ejercerla, sobre quienes específicamente se aplica y qué tipo de cargo es el que se tiene. Todo ello son puntos que deben ser considerados en el momento de encomendar el ejercicio de la Tutela.

(16) Chávez Asencio, Manuel F.; La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales; p. 338.

CAPITULO 3

REGULACION JURIDICA VIGENTE.

La importancia de concepciones jurídicas como la patria potestad y la tutela adquieren tal relevancia por el hecho de tener como objetivos el conservar y proteger a la familia, considerándose a ésta como el pilar de la sociedad. De ahí que el entorno de la misma se encuentre regulado jurídicamente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal.

3.1 IMPORTANCIA DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad es una relación paterno-filial, la cual implica deberes y obligaciones en relación a la persona de los hijos y a sus bienes; este concepto es un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la Ley, es decir, que se funda en las relaciones naturales paterno-filiales; toma su importancia en razón de los sujetos que la conforman, como son los abuelos paternos y maternos, los padres y los hijos, quienes desempeñan distintas funciones, facultades y obligaciones. En mi opinión los más importantes son los padres, pues de ellos es en primer término la tarea de mantenerla unida, de guiar a los hijos, de proveerlos de una educación, cultura, bienestar y buen ejemplo.

Hay que considerar que los padres se ven investidos de diversas atribuciones que son reguladas por la Ley de la materia, las que en su conjunto conforman a la Patria Potestad, figura cuya existencia data desde Roma como se ha manifestado en el Primer Capítulo de ésta investigación, la cual sólo era ejercida por el padre (pater familias), incluyendo a los filius adoptados, así como a los nacidos fuera de matrimonio, y en la que toda actividad era sometida a su consideración para su proceder.

Es a partir de la Ley de 22 de mayo de 1946 en Francia, el hecho de que dentro de los Tribunales se considera el ejercicio de tal facultad no solo es del padre, sino también de la madre.

Pero es con la Ley sobre Relaciones Familiares a partir de la cual se establece en México que la patria potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término, después por los abuelos paternos y por último los maternos.

La importancia que este concepto entraña, radica en la tarea que realizan los padres en torno a la guarda y educación de los hijos menores de edad, pues sobre ellos es en quienes se ejerce. Lo anterior se reitera sin detrimento de la relevancia que adquieren los abuelos, considerando lo dispuesto por el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 414, en el que se establece quiénes tendrán la facultad de ejercer la patria potestad además de los padres, señalando en que casos procederá.

Otro factor importante es la edad de los hijos, a pesar de que existe artículo expreso en el que la Ley señala :

Artículo 282, último párrafo :

"Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes : ...

... Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre." (1)

Habría que considerar que los menores de esa edad que se encontrasen en riesgo de algún factor dependiente de la madre, ésta podrá perder la patria potestad, aunque el artículo mencionado establezca disposición en contrario.

¿Qué importancia adquiere éste concepto en razón de los sujetos que forman parte de ella? Los ascendientes (padres, abuelos paternos y maternos) son quienes tienen a cargo la guarda, custodia y educación de los hijos menores de edad de conformidad con el artículo 414 antes citado. Lo anterior en razón de ser quienes más necesitan de las atenciones y cuidados derivándose de ello su formación.

(1) Código Civil para el Distrito Federal: p. 98.

La patria potestad adquiere de igual forma importancia en razón de los caracteres que lo conforman, como son :

a) Personal. Hay que considerar que la patria potestad conforma un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidos por terceros.

b) Participación de ambos. En nuestro derecho participan el padre y la madre, tanto para el caso de matrimonio, como para el de concubinato. y en su ausencia, los abuelos paternos o maternos. Sólo en los casos en que el padre o la madre legalmente o por muerte no pudieran ejercerla, lo hará el que quede.

c) Obligatorio. Ejercer la patria potestad es obligatorio, en razón de su propia naturaleza. De ella no pueden desligarse los padres, por ello que sea irrenunciable, salvo las causas de excusa que contempla la Ley, en relación a la edad ó el estado de salud de quienes la ejercen.

d) Representación Total. Hay que reiterar que la patria potestad es un conjunto de deberes orientados a la persona del menor, no valorables en dinero, y que se refieren a la buena educación y atención del menor, pero también existe una serie de obligaciones orientadas a la administración de los bienes del mismo; ello significa una representación total, toda vez que comprende a la persona y sus bienes.

e) Temporal. Se señala que es temporal, toda vez que termina o

acaba por la muerte de quien la ejerce, si no hubiera otra persona en quien pudiera recaer; por la emancipación derivada del matrimonio; ó por la mayoría de edad del hijo.

f) Irrenunciable. Al ejercicio de la patria potestad no puede renunciarse, a excepción de las causas de excusa ya manifestadas en el inciso c). La razón de esto, es que se trata de una función de orden público, además que deberá observarse que no afecte derechos de terceros.

g) Intransmisible. Los derechos, deberes y obligaciones que implica el concepto en estudio se encuentran fuera del comercio; por lo que no pueden ser materia de transferencia o enajenación, correspondiendo exclusivamente a los padres y a los abuelos. Lo anterior se da en atención a la relación jurídica existente.

h) Imprescriptible. Significa que los deberes, obligaciones y derechos que implica la patria potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo, en razón de ser parte del Derecho de Familia.

i) Tracto sucesivo. Su ejercicio es continuado y por el tiempo requerido, hasta que como institución se acaba. No se agota al cumplirse. Implica una serie sucesiva de actos en beneficio a la educación, guarda y atención de los menores.

j) Orden público. La patria potestad es de orden público no sólo por quienes la ejercen, sino también por los intereses que observa el Estado a través de los funcionarios adecuados, el interés de éste se origina en razón del objeto de la patria potestad en relación de la formación de los menores quienes serán los futuros ciudadanos.

le) Responsabilidad en el ejercicio de la patria potestad. Esta se ejerce en relación de la persona y los bienes. Por lo que se refiere a éstos últimos cabe la posibilidad de que se de una mala administración que genere daños y perjuicios, no existiendo pena alguna para ello. En éstos casos la pérdida de la patria potestad no compensa al hijo.

De ahí que en la presente investigación resulte conveniente para los intereses del menor, cuidar y vigilar que los ascendientes cumplan con todos sus deberes y obligaciones, además de constituir un buen ejemplo, pues de ello depende el desarrollo de los mismos. Las condiciones, los medios por los que pueden subsistir, la educación, la cultura, las costumbres forman parte importante para un buen desarrollo de los hijos, siendo así la necesidad de que todas estas se vean reguladas jurídicamente a efecto de que se salvaguarden los intereses del menor.

IMPORTANCIA DE LA TUTELA.

La importancia de la tutela se da en razón de que se trata de una figura jurídica que surge en el momento en que no hay quien ejerza la patria potestad sobre las personas que tienen incapacidad legal o natural, ó bien cuando su ejercicio se encuentre suspendido por alguna de las causas estipuladas en la Ley.

En la forma en que los ascendientes están obligados a cuidar del menor, tendrá que ser la misma que realice el tutor, por ello que resulte trascendente tal figura. Este deberá tener plena conciencia de su objetivo y de las tareas que le son encomendadas, pues de ello depende el desarrollo y formación de la persona.

La Tutela adquiere importancia en razón de que se trata de relaciones cuasi-familiares, es decir, a pesar de que no existe una relación de familia, se satisfacen las necesidades que sólo en ésta pueden tener solución, como lo son : la asistencia y cuidado, protección y representación de aquellas personas que por su situación jurídica no pueden bastarse así mismas.

Por lo anterior, podemos considerar a la tutela como una institución supletoria de la patria potestad, que comprende tanto a la persona, como su patrimonio.

Esta relación jurídica que se establece entre el tutor y el pupilo implica una serie de deberes, derechos y obligaciones, cuyo objeto es la guarda de la persona, el cuidado de los bienes y la representación de quien tienen alguna incapacidad. Dicha institución representa un cargo de interés público y se considera de ejercicio obligatorio.

Cabe señalar que la incapacidad que nos interesa para la presente investigación, se trata de aquellos que son menores de edad y

que están bajo la patria potestad.

Se destaca que la tutela objeto de la presente investigación versa, sobre los menores sujetos de las controversias en las que se disputa la patria potestad, pues el ejercicio de esta última se encuentra suspendido, de tal manera que deberá ser *un tutor especial* quien vigile los intereses del menor de edad y cuide del mismo.

3.2 IMPORTANCIA DEL TUTOR Y DEL CONSEJO LOCAL DE TUTELAS.

TUTOR.

Es importante señalar que, en razón de la propuesta que se hace en la presente investigación sobre la creación de una figura especial que proteja al menor en los casos en que la controversia verse sobre la patria potestad, se propone que dicha figura sea denominada como tutor especial; es por ello que se venga hablando sobre la tutela, la cual implica la figura del tutor, por lo que cabe señalar el entorno de éste.

Concepto. -"Es aquella persona física a quien legalmente compete la gestión tutelar de un menor o de un incapacitado." (2) Tal concepción es una de las diversas que hay, señalando ésta por

(2) Chávez Asencio, Manuel F.; La Familia en el Derecho; p. 369.

considerarla en mi opinión como una de las más explícitas y concretas.

Al hablar de la importancia y las características de la tutela, se ha mencionado que es obligatoria y remunerada, debiendo entenderlo así también para el tutor, además de tener las siguientes características :

a) Unidad del cargo. Ya se ha indicado que el tutor debe ser una sola persona, y que no puede haber más de uno para cada menor. Salvo las excepciones que establece la Ley, como lo es el caso de que exista conflicto entre el tutor y el pupilo.

b) Legalidad del cargo. Quiere decir que sólo podrán desempeñar el cargo aquellos que han sido designados a través de testamento, aquel que prevé la Ley ó el designado por el Juez de lo familiar. Cabe señalar que el tiempo durante el cual se realizan los trámites para legalizar tales designaciones, se da el caso de que el tutor ya ejerce funciones, pudiéndole denominar como tutela de hecho.

c) No puede ser removido. Se prevé que el tutor no puede ser removido del cargo sin ser oído y vencido en juicio.

d) Unidad Tutelar. Este principio significa que la tutela es unipersonal, es decir, ningún incapaz puede tener más de un tutor o un curador. Pero por el contrario puede haber una pluralidad de pupilos.

e) Temporal. La duración de éste varía según las circunstancias, como lo es el caso de la tutela de menores, pues la misma se termina en el momento en que éstos cumplen la mayoría de edad; en el caso del mayor de edad incapacitado se termina una vez que

deja de existir la incapacidad ó bien si éste fuere un extraño podrá ser relevado del cargo después de diez años de estarlo desempeñando.

f) Excluyente de la patria potestad en la testamentaria. En caso de que el tutor sea nombrado a través de testamento, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes.

Esta relación jurídica que se establece entre el tutor y el pupilo implica una serie de deberes, derechos y obligaciones, cuyo objeto es la guarda de la persona, el cuidado de los bienes y la representación de quien tiene alguna incapacidad. Dicha institución representa un cargo de interés público y se considera de ejercicio obligatorio.

Cabe señalar que la incapacidad que nos interesa para la presente investigación, se trata de aquellos que son menores de edad y que están bajo la patria potestad.

También es pertinente señalar que la incapacidad que nos interesa para la presente investigación, se trata de aquellos que son menores de edad y que están bajo la patria potestad.

Por otro lado la tutela objeto de la presente investigación versa, en relación a los menores que durante el tiempo en que dura la controversia del orden familiar en la que se disputa el ejercicio de la patria potestad, se encuentra suspendido, de tal manera que

deberá de ser *un tutor especial* quien vigile los intereses del menor de edad y cuide del mismo.

IMPORTANCIA DEL CONSEJO LOCAL DE TUTELAS.

En relación a la institución de la tutela, observamos que existe un órgano encargado de vigilar la conducta del tutor, siendo así el Consejo Local de Tutelas, el cual "...es un órgano de vigilancia e información para cumplir las funciones que expresamente le confiere el Código Civil, en relación a la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen alguna incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse a sí mismos." (3) Tal concepción nos lleva a observar que su función es cuidar del cumplimiento de las obligaciones del tutor designadas por la Ley.

3.3 PATRIA POTESTAD Y TUTELA EN EL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

PATRIA POTESTAD.

Cabe señalar que en el Libro Primero del Código Civil vigente en el Distrito Federal en el Título 8o., Capítulo del I al III, se establece la normatividad por la que deberá regirse la patria potestad. A pesar de ello, omite establecer concepción alguna

(3) Chávez Ascencio. Manuel F.: La Familia en el Derecho: p. 371.

sobre tal figura jurídica, no obstante contempla todas las circunstancias que se dan en relación a quienes la ejercen, quienes se encuentran sujetos a ella, las facultades y obligaciones de los mismos, los efectos de ésta sobre los bienes de los hijos, y los casos en los que deberá terminarse o suspenderse.

Hay que observar que es la misma Ley la que establece que los hijos menores de edad no emancipados estarán bajo la patria potestad, mientras exista quienes la ejerzan. De igual forma contempla el orden de los ascendientes que la tendrán a su cargo; todo ello encausado a la obligación de educar de forma conveniente al hijo.

Para verificar lo anterior existe un organismo denominado Consejo Local de Tutelas, el cual será el encargado de vigilar el cumplimiento y desarrollo de las obligaciones anteriores, señalando que para el caso de que no lo hiciera, será éste quien de vista al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda de conformidad con la Ley. A pesar de que el presente párrafo es regulado jurídicamente, no se cubren todas las necesidades del menor para su mejor proveer, es por ello que la presente investigación realiza propuestas en torno a tal circunstancia.

TUTELA.

La tutela de que se trata en la presente investigación, toma en su

esencia la concepción que establece el Código Civil sobre tal figura. Sin embargo, las modalidades que presenta son diversas, en razón de surgir en distintas circunstancias y momentos. La tutela en ningún instante pierde su objetivo primordial, como es el proveer la representación, la protección y la asistencia de quienes no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, objetivos que se persiguen en ésta investigación.

Por lo que respecta al presente concepto, este se ve regulado en el Código Civil para el Distrito Federal, en el Libro Primero, Título Noveno, Capítulos del I al XVI, siendo su objetivo la guarda de la persona y bienes de quienes no se encuentran sujetas a la patria potestad, teniendo incapacidad natural y legal, quienes deberán ejercerla, asimismo regula qué personas no pueden ser habilitadas para ello; de las excusas para su desempeño; de la garantía que deben presentar los tutores para garantizar, así como las formas de extinción.

3.4 REGULACION VIGENTE EN EL CODIGO CIVIL PARA EL CONSEJO LOCAL DE TUTELAS.

Por lo que respecta al presente rubro, éste se ve regulado en el Libro Primero del Título Noveno en su Capítulo XV del Código Civil para el Distrito Federal. Cabe señalar que dicha regulación estipula que en cada Delegación habrá un Consejo Local de Tutelas, el cual estará conformado por un Presidente y dos vocales, los que deberán durar un año en el ejercicio de su cargo; éstos serán nombrados en el mes de enero de cada año por el Jefe

del Departamento del Distrito Federal, ó en su caso por quien éste designe, ó por los Delegados según se trate, debiendo procurar que las personas en quienes recaiga tal cargo sean de buenas costumbres notorias y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida.

Los miembros del consejo no podrán dejar sus funciones aún cuando hubiese terminado su encargo, hasta que las personas que han sido nombradas para el nuevo período, tomen posesión.

Tales Consejos tienen como funciones : remitir a los jueces de lo familiar la lista en la que se nombran a las personas que por su aptitud moral y legal puedan desempeñar el cargo de la tutela, a efecto de que el Juez nombre como tutor o curador a la persona idónea; vigilar el cumplimiento de los deberes de los tutores, particularmente por lo que se refiere a la educación de los menores, debiendo avisar al Juez de lo Familiar de las omisiones que notare; avisar al Juez de lo Familiar si los bienes del menor se encontrasen en riesgo, para poder dictar las medidas correspondientes; poner en conocimiento del Juez si hubiese incapacitados sin tutor a efecto de poder nombrarlos; cuidar con especial atención que el tutor cumpla con las obligaciones que la Ley le establece; y vigilar el registro de tutelas a efecto de observar si es llevado en forma correcta.

3.5 REGULACION PROCEDIMENTAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL RESPECTO A LAS CONTROVERSIAS QUE VERSEN SOBRE PATRIA POTESTAD.

En la presente materia se ve contemplado un Capítulo Único, señalado en el Título Decimosexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. La importancia procesal radica en vigilar los intereses de las partes en aquellos casos que se están ventilando controversias que atañen la materia familiar en los Tribunales competentes. Para ello, la Ley otorga al Juez de lo Familiar amplias facultades para salvaguardar los intereses de la familia, de ahí que todos los jueces, así como los tribunales están obligados a suplir las deficiencias que pudiesen presentarse durante el proceso en relación a los fundamentos de Derecho.

La materia familiar adquiere tal importancia, que es el mismo ordenamiento jurídico el que señala expresamente que no se requieren formalidades especiales para poder acudir ante el Juez de la materia en los casos que éste mismo marca.

Asimismo establece la facultad del Juez de intervenir de oficio en los asuntos que afecten o pongan en riesgo a la familia.

3.6 LEY DE AMPARO EN MATERIA FAMILIAR.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en materia de Amparo diversas disposiciones, de las cuales algunas se ven relacionadas en materia familiar. Cabe señalar que el juicio de Amparo implica un medio jurídico que preserva las garantías constitucionales del gobernado, contra todo acto de autoridad que las viole; protegiendo también a toda la Constitución, así como a la Legislación secundaria, así como también provee en función del interés jurídico particular del gobernado. Dicho ordenamiento supremo regula la procedencia del juicio de Amparo a través de su artículo 103, el cual lo relaciona con la materia familiar, en razón de lo dispuesto por el artículo 107 del mismo ordenamiento, el cual nos remite a éste, estableciendo lo siguiente.

Artículo 103 Constitucional.

“Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite :

- I. Por Leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II. Por Leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y
- III. Por Leyes o actos de las autoridades de los Estados o

del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.” (4)

Ahora bien los principios y las bases generales de éste juicio se ven reguladas en el artículo 107 Constitucional, que señala :

Artículo 107 Constitucional.

“Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la Ley, de acuerdo con las bases siguientes :

...III. Cuando se reclamen actos de Tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes :

a) Contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, respecto de las cuales no procederá ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o reformados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo; siempre que en materia civil haya sido impugnada la violación en el curso del procedimiento mediante el recurso ordinario establecido por la Ley e invocada como agravio en la segunda instancia, si se cometió en la primera. Estos requisitos no serán exigibles en el amparo contra

(4) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; p. 90.

sentencias dictadas en controversias sobre acciones del estado civil o que afecten al orden y a la estabilidad de la familia,..." (5)

Aquí observamos que la Constitución hace excepciones, siendo una de ellas la materia familiar, por lo que cabe destacar que se da en razón de la importancia que ésta adquiere dentro de la sociedad y quienes se pueden ver afectados si se causa un perjuicio a ésta.

Ahora bien encontramos que la Constitución Política no es el único ordenamiento jurídico que regula el Juicio de Amparo, existiendo así su propia Ley, la que de manera específica establece cuáles son los lineamientos para cada materia. En relación con la presente investigación, la que nos interesa es la materia familiar y de forma específica las repercusiones que pudiese generar respecto de la Patria Potestad y la Tutela (en los términos en que ésta última se ha mencionado), y por ende todo aquello que pudiese beneficiar o afectar al menor de edad.

Es así como encontramos primeramente el artículo 6o. de la Ley de Amparo, el cual señala :

Artículo 6o.

"El menor de edad podrá pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente

(5) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: p. 94.

o impedido; pero en tal caso, el juez, sin perjuicio de dictar las providencias que sean urgentes, le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio.

Si el menor hubiere ya cumplido catorce años, podrá hacer la designación de representante en el escrito de demanda.” (6)

Con tal precepto, observamos que si bien es cierto que la Ley contempla el hecho de que el menor podrá pedir Amparo sin que intervenga su legítimo representante, en razón de que se encuentre éste último ausente o impedido, el Juez sin perjuicio alguno nombrará un representante especial para que intervenga; la propuesta de este trabajo, cubre el hecho o la tarea del Juez en éstos casos de nombrar a una persona especial, pues será el *tutor especial*, el que represente al menor, señalando que el legítimo representante al que se refiere el presente concepto es aquel ascendiente que ejerce la patria potestad sobre el menor, encontrándose impedido en razón de que durante el tiempo que dure la controversia, su facultad de ejercicio de la patria potestad se encuentra suspendida.

Como se ha mencionado ya la Ley establece excepciones, siendo una de ellas la materia familiar. De ahí observemos la suplencia de la queja, para ello, la Ley de Amparo de forma específica

(6) Legislación de Amparo: p. 52.

señala cuales son los casos en que ésta procede, procurando con esto no afectar los intereses, ni contravenir el orden público.

Tales cuestiones se ven reguladas en la Ley de Amparo en sus artículos 76, 76 bis, 79 y 124; los cuales señalan:

Artículo 76.

“ Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.” (7)

Artículo 76 bis.

“Las autoridades que conozcan del juicio de amparo deberán suplir la deficiencia de los conceptos de violación de la demanda, así como la de los agravios formulados en los recursos que esta Ley establece, conforme a lo siguiente :

V. En favor de los menores de edad o incapaces...” (8)

Artículo 79.

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación, los

(7) Legislación de Amparo; p. 91.

(8) Ibidem; p. 91.

Tribunales Colegiados de Circuito y los Jueces de Distrito, deberán corregir los errores que adviertan en la cita de los preceptos constitucionales y legales que se estimen violados, y podrán examinar en su conjunto los preceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda.” (9)

Artículo 124.

“Fuera de los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes :

...II: Que no se siga perjuicio al interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público...” (10)

La suplencia de la queja en materia familiar y de amparo, viene a reafirmar la propuesta de la presente investigación, teniendo como objetivo primordial la protección del menor, por lo que no cabe la menor duda del interés de la Ley con respecto a éstos sujetos.

3.7 DEFICIENCIAS EN LA REGULACION VIGENTE.

Las deficiencias que durante la presente investigación se han

(9) Legislación de Amparo: p. 92.

(10) Ibidem: p. 118.

venido detectando, radican en que tanto el Código sustantivo como objetivo de la materia familiar, son omisos en estipular hasta que extremos deberá llegar el Ministerio Público para poder cuidar de los intereses del menor. Si bien es cierto que se establecen cuales serán las facultades de tal figura, no van más allá de su intervención en los juzgados y salas del ramo familiar como representante social, así como en los juicios familiares en los que sea parte o se le de vista. Siendo éstas muy limitantes, pues de conformidad con las necesidades que se determinan en algunos asuntos, pudiese requerirse de otra serie de datos que pudieran aportarse al juicio con la finalidad de mantener los intereses del menor.

El Código Civil establece en su artículo 424 "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..." (11) Esto resulta contradictorio en los casos sobre controversias de pérdida de patria potestad, en razón de que pudiese someterse al menor bajo presión por alguno de ellos para obtener ventaja, o bien no se puede ejercer tal facultad cuando la misma está en disputa.

Así como se señaló en el párrafo anterior, podemos encontrar diversas deficiencias en torno al tema que nos ocupa, como la omisión de señalar si mientras el término que dura el proceso, la

(11) Código Civil para el Distrito Federal: p. 122.

facultad de ejercicio de la patria potestad se encuentra suspendida o continúa.

Al observarse que puede existir una figura diversa al Ministerio Público, que realice además de sus funciones, otras más que aporten al juicio mayores elementos para salvaguardar los intereses del menor, encontraríamos algunas deficiencias tanto en el Código Civil, como en el Código de Procedimientos Civiles, las cuales forman parte de la presente propuesta, señalándose que más adelante serán estudiadas a fondo.

3.8 CONSECUENCIAS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Las consecuencias pueden ser diversas, según las causales que se hayan invocado para su pérdida, siempre y cuando se hubiesen probado en juicio. Lo que si debe señalarse como invariable es que aquel que haya perdido tal facultad, no podrá ejercer ningún derecho sobre el menor por lo que respecta a su guarda y custodia, así como sus bienes.

Pero lo que podría considerarse con objetividad, que el ascendiente que perdió la patria potestad, no podrá ya causar perjuicio alguno al menor en su desarrollo, ni representar para él un mal ejemplo.

Del punto en comento surgiria la incógnita de saber a quién se le causa más daño con la pérdida de la patria potestad, es decir, si se le afecta más a los ascendientes o al menor. En éste caso se considera que es el menor quien tiene más que perder y en quien pudiese haber más consecuencias, pues en razón de su edad no cuenta con la madurez suficiente para enfrentar tal realidad, además de ser quien más necesita de una orientación dentro de la familia, considerando a ésta última como el pilar de la sociedad. Toda vez que de ello depende el buen desarrollo que tenga el menor y que se pueda ver reflejado en un futuro.

Asi podemos señalar que el objetivo de haber analizado la regulación jurídica vigente con respecto a la Patria Potestad y a la Tutela, es observar las deficiencias que estas presentan, para asi hacer valer la necesidad de fijar una mayor atención sobre ellas, derivándose asi la propuesta que se realiza en la presente investigación.

CAPITULO 4

NOMBRAMIENTO DEL TUTOR ESPECIAL EN LAS CONTROVERSIAS DONDE SE DISCUTE LA PATRIA POTESTAD.

El capítulo a desarrollar hará alusión a las etapas a seguir para nombrar al *tutor especial*, así como los requisitos que deberá reunir y las funciones a desempeñar en tal cargo.

4.1 OBJETIVO DEL NOMBRAMIENTO.

El objetivo de nombrar un tutor especial, es el de proteger adecuadamente los intereses del menor de edad en los casos de controversias en materia familiar en las que se disputa el ejercicio de la patria potestad de éste, mismos en los que sus intereses, su educación, su bienestar y su desarrollo se encuentran en riesgo.

El nombramiento persigue la existencia de una figura jurídica que realice funciones encaminadas a cuidar del menor, todo ello con la finalidad de cubrir las necesidades que pudiesen presentarse en el proceso, para determinar la conveniencia, de quién será el ascendiente adecuado para ejercer la patria potestad.

El nombramiento propuesto, se hace en razón de que durante el

○

tiempo en el cual transcurre el proceso, el ejercicio de la patria potestad se encuentra suspendido, toda vez que se encuentra en controversia.

La Ley omite señalar quién deberá representarlo de forma específica durante ese tiempo, pues si bien es cierto que existe el Ministerio Público, también lo es que las funciones de éste no van más allá de las manifestaciones aludidas en el expediente; reiterándose la advertencia señalada en la introducción de esta investigación. De ahí, la conveniencia de nombrar un tutor especial que pusiese más énfasis en tales circunstancias, y para efecto de evitar confusiones entre ambas figuras, resulta conveniente que sólo quede la figura del *tutor especial*. Lo anterior sin producir detrimento alguno a las funciones del Ministerio Público.

Se contempla que durante el tiempo del proceso el menor quedará a cargo de cualquiera de los parientes de conformidad con el criterio del Juez, considerando como edad pertinente la mayoría de los siete años, de acuerdo con lo establecido en el Código Civil en su artículo 282.

4.2 DESIGNACION DEL TUTOR.

La designación del tutor especial deberá estar a cargo del Poder Judicial a través de las autoridades que se declaren competentes. Esta función tendrá que ser obligatoria para el Juez en los casos

aludidos y en los cuales se ponen en riesgo los intereses del menor.

Cabe destacar que el *tutor especial* debe ser absolutamente imparcial, puesto que es parte en el juicio, debiendo comparecer en el momento y términos dispuestos por la Ley durante el tiempo en que transcurra el proceso, así también deberá estar consciente del cargo encomendado y de la consecuente responsabilidad que implica.

Como se ha mencionado, es el Juez quien será el encargado de designar al tutor, debiendo escoger a la persona idónea para desempeñar tal cargo, de acuerdo a las listas presentadas por el Consejo Local de Tutelas. Con ello existe la necesidad de considerar un Órgano regulador de éste, además de que también se encargue de vigilar las actuaciones del menor, por lo que se alude al Consejo invocado, del cual más adelante se señalará su función.

4.3 REQUISITOS QUE DEBERA REUNIR EL TUTOR.

Esta parte resulta importante en razón de que es el tutor especial quien deberá de cuidar del menor, por lo que tendrá que elegirse a una persona idónea que desempeñe tal función.

Los requisitos que debe reunir son :

- a) Edad, señalándose que como mínimo deberá tener 30 años.
- b) Estudios profesionales.
- c) Solvencia moral y económica.
- d) Tener un modo honesto de vivir.

¿Por qué señalar tales requisitos? No hay que perder el objetivo de la presente investigación, pues es el *tutor especial* el encargado de cuidar los intereses del menor, pero también en razón de suplir temporalmente a los padres quienes ejercen la patria potestad; deben cuidarse aspectos que puedan influir en el ejemplo que se le da a éste.

Para ello se explican los motivos por los cuales se establecen tales requisitos :

- En relación a la edad, consideramos un mínimo de 30 años, a efecto de poder contar con la persona capaz, para poder cuidar del menor, en el entendido de que dicha edad, implica madurez, así como también el hecho de que nos pudiese garantizar una estabilidad en aspectos morales y económicos.

Consideramos necesaria una profesión, a efecto de poder asegurar de alguna forma que la persona que representa al menor en juicio y que está encargado de vigilar y proteger sus interés,

tiene los conocimientos y el criterio necesarios para poder determinar lo más conveniente para éste.

- Por lo que se refiere a la solvencia moral y económica, aludimos a la primera a efecto de que la influencia y el ejemplo que de, este *tutor especial* al menor, sea la más adecuada; en virtud de las causas que pudieron dar origen a la petición de la pérdida de la patria potestad. Por lo que respecta al segundo, se señala en razón de que deberá garantizarse que el tutor cuenta con los medios necesarios y suficientes para poder allegarse de cualquier medio lícito para proteger los intereses del menor.

-En referencia al modo honesto de vivir como requisito que deberá cumplir el *tutor especial*, se establece con la finalidad de que éste, sea la persona adecuada que sirva para ejemplo del menor, además de asegurarse de que los medios de que se allega para solventar sus necesidades, así como cualquier otra actividad que desempeñe sean lícitos.

4.4 FUNCIONES DEL TUTOR.

Sus funciones deben versar en proteger los intereses del menor, como:

■) Intervenir en los juicios relativos a controversias en materia familiar en donde se discute el ejercicio de la patria potestad.

- b) Comparecer en juicio, previa protesta del cargo que realice ante la autoridad competente.
- c) Observar el comportamiento de los ascendientes que estén en controversia sobre el ejercicio de la patria potestad del menor.
- d) Seguir de cerca los beneficios e inconveniencias que pudiese representar para el menor, el hecho de quedarse con ambos ascendientes o con alguno de ellos.
- e) Manifiestarle al Ministerio Público para que proceda, en caso de que pueda promoverse alguna instancia para inconformarse sobre cualquier resolución que fundadamente considere perjudicial.
- f) Escuchar al menor de edad, contemplando como edad razonable la que señala el artículo 282, último párrafo del Código Civil para el Distrito Federal, a efecto de que, de estimarlo pertinente o necesario, comparezca el menor en juicio.
- g) Agotar todos los recursos para allegarse de elementos y pruebas suficientes, tanto en los casos que se beneficie, como en los que se perjudiquen los intereses del menor.

4.5 ORGANO ENCARGADO DE VIGILAR AL TUTOR.

Como ya se aludió en el Capítulo anterior, el Código Civil contempla un Órgano encargado de vigilar las actuaciones del tutor y su conformación, siendo el Consejo Local de Tutelas. Para efectos de la presente investigación se ha determinado que el mismo Órgano sea el encargado de vigilar al *tutor especial* propuesto, conservando los

mismos lineamientos y estructura considerados ya jurídicamente por el Ordenamiento citado.

Este Órgano se reitera con el objeto de que la figura que se propone lleve a cabo el cumplimiento de los deberes y obligaciones que contraiga con su designación, y que en ningún momento por incumplimiento pudiese causar perjuicio alguno al menor; pues iría en contra de la finalidad del trabajo en comento.

4.6 ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE DEBERA INTERVENIR EL TUTOR ESPECIAL.

En primera instancia deberá nombrarse al *tutor especial* en términos de lo propuesto por los artículos 414 del Código Civil y 256, segundo párrafo del Código de Procedimientos Civiles, ambos de aplicación en el Distrito Federal, posteriormente deberá darse vista del presente asunto al *tutor especial* de forma conjunta con las demás partes, proporcionándole copia del escrito de demanda de conformidad con lo que establece el artículo 95 del mismo. Una vez efectuado lo anterior, deberá señalar el Juez el día y hora para que el tutor especial acepte y proteste el cargo conferido en la audiencia respectiva. Realizada la presente comparecencia, entonces se

señalará día y hora para que tenga verificativo la celebración de la audiencia respectiva. Así mismo, cabe mencionar que para el caso de que no se encuentre un tutor especial presente, no podrán llevarse a cabo las audiencias respectivas, ni se podrá continuar con el procedimiento.

En aquellos casos en que se promueva algún recurso, también deberá dársele vista al *tutor especial* para que tenga conocimiento y comparezca en audiencia a efecto de manifestar lo que a su derecho convenga, según los intereses del menor.

4.7 PROPUESTAS DE MODIFICACIONES LEGISLATIVAS.

Es de señalarse que la materia sobre la que versa ésta investigación, se ve regulada jurídicamente tanto por el Código Civil, como por el Código de Procedimientos Civiles, ambos de aplicabilidad en el Distrito Federal, por lo que es en éstos en los que se hacen propuestas de modificación, adición y reformas.

MODIFICACIONES AL CODIGO CIVIL Y AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Las modificaciones propuestas, versan substancialmente en especificar las formalidades del nombramiento del tutor especial,

así como sus funciones, los momentos donde deberá comparecer y finalmente en que casos y etapas procedimentales tendrá que intervenir.

Art. 414. Código Civil.

Dice:

"La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce :

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y abuela paternos;
- III. Por el abuelo y la abuela maternos." (1)

Debe decir :

"La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce :

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y abuela paternos;
- III. Por el abuelo y la abuela maternos.
- IV. Por el tutor especial en los casos de controversia en los que se disputa el ejercicio de la patria potestad y mientras dure la misma."*

Art. 422. Código Civil.

Dice :

"A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

(1) Código Civil para el Distrito Federal; p. 120.

Cuando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen ésta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda." (2)

Debe decir :

"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 Tutela que las personas de que se trata no cumplen ésta obligación, lo avisarán al Ministerio Público ó al tutor especial al que se refiere el artículo 414 de este mismo ordenamiento, para que una vez que se allegue de elementos suficientes, promueva lo que corresponda."

Art. 423. Código Civil.

Dice :

"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." (3)

(2) Código Civil para el Distrito Federal; p. 121.

(3) Ibidem; p. 121.

Debe 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, salvo en los casos en los que esté en disputa el ejercicio de la patria potestad, en la que comparecerá a través del tutor especial al que se hace referencia en el artículo 414 de éste ordenamiento. En caso de irracional disenso, resolverá el juez.”

Art. 441 Código Civil.

Dice :

“Los jueces tienen facultad de tomar 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 medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años ó del Ministerio Público en todo caso.” (4)

Debe decir :

“Los jueces tienen facultad de tomar medidas necesarias para impedir que, por la mala

(4) Código Civil para el Distrito Federal; p. 125

administración de quienes ejercen la patria potestad , 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, *del Ministerio Público ó del Tutor especial en todo caso.*"

Art. 447. Código Civil.

Dice :

"La patria potestad se suspende :

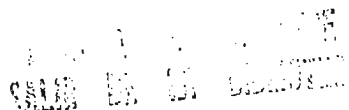
- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión." (5)

Debe decir :

"La patria potestad se suspende :

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión.
- IV. Por controversia en materia familiar en la que se disputa ésta, se suspenderá mientras dure el procedimiento."*

(5) Código Civil para el Distrito Federal; p. 126.



Art. 454. Código Civil.

Dice :

“La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, el Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos en éste código.” (6)

Art. 454 BIS. Código Civil.

Debe decir :

“La tutela especial en los casos de controversia en materia familiar a los que se refiere la fracción IV del artículo 414 de éste Código, se desempeñará por el tutor especial, con intervención del Consejo Local de Tutelas en los términos de éste ordenamiento.”

Art. 256. Código de Procedimientos Civiles.

Dice :

“Presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos, se correrá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que la contesten dentro de nueve días.” (7)

(6) Código Civil para el Distrito Federal: p. 127.

(7) Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: p. 219.

Debe decir :

“ Presentada la demanda con los documentos y copias prevenidos, se correrá traslado de ella a la persona o personas contra quienes se proponga, y se les emplazará para que la contesten dentro de nueve días.

Tratándose de las controversias a las que se refiere la fracción IV del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, el juez estará obligado a designar un tutor especial para el menor de edad, procediéndose a darle vista en los términos previstos en el presente artículo.”

Art. 256 Bis. Código de Procedimientos Civiles.

Debe decir :

“En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo que antecede, el juez una vez que haya dado vista al tutor especial, señalará día y hora para que éste último acepte y proteste el cargo conferido. Si el tutor especial al que se ha hecho referencia no compareciere en las audiencias respectivas, éstas no podrán celebrarse, debiendo diferirse las mismas.”

CONCLUSIONES.

Con el objeto de fundamentar la presente propuesta, se han tomado como punto de partida, dos de las Instituciones más importantes que forman parte del Derecho Familiar, como son la Patria potestad y la Tutela, a las cuales hemos aludido en distintos aspectos, desde su conceptualización, desarrollo histórico, así como su regulación jurídica

En relación a las técnicas de investigación que se han venido utilizando, se ha hecho referencia en cada uno de los capítulos a las conclusiones respectivas, por lo que ahora nos referimos a ellas en forma sucinta con la finalidad de no caer en obvio de repeticiones.

De la presente investigación, podemos concluir que como se propuso en la introducción, el Código Civil no define ni a la Patria potestad, ni a la Tutela; por ello podemos definir las en los siguientes términos : la Patria potestad es aquel conjunto de derechos y obligaciones que los padres o ascendientes ejercen sobre los hijos menores de edad, y que tiene por objeto la buena conducción de ellos, hasta en tanto alcancen la mayoría de edad, o en forma permanente si fuera el caso, lo anterior en razón de que si el Código Civil no la define, si contempla ciertas

circunstancias para darse, las cuales son aludidas en tal conceptualización. A la tutela nos referiremos como la institución encargada de substituir a la patria potestad, la cual surge sobre aquellas personas que no son capaces de gobernarse por sí mismas; teniendo a su cargo la guarda de la persona y de sus bienes.

Una vez analizado el alcance de estas instituciones, hemos podido probar a lo largo de este trabajo, que por lo que respecta a su regulación jurídica, existen algunas deficiencias que se ven reflejadas en la práctica, y cuyas repercusiones pueden ser perjudiciales, finalidad diversa a la que persigue la Ley a través de ellas.

Por otro lado, podemos también concluir que, a pesar de la observancia de la Ley, en relación a aquellos menores que se encuentran sujetos a la patria potestad bajo cuidado y protección de quienes la ejercen, existen circunstancias que la Ley no contempla y que son de gran trascendencia y repercusión para el propio menor. Como el hecho de que en aquellas controversias en las que se pelea la patria potestad, el ejercicio de ésta se encuentra suspendido, no teniendo en esos casos el menor quien lo pudiese representar legalmente. Cabe señalar, de que a pesar de la existencia de la figura del Ministerio Público, encargado de vigilar los intereses de la sociedad y al cual se le atribuyen ciertas funciones con respecto a los menores para representarlos, no es una figura específica que pueda cuidar únicamente de los

intereses del menor.

De ahí el surgimiento de la propuesta que se ha venido desarrollando, reiterándose en la creación de una figura denominada *tutor especial*, cuyo objetivo primordial será el cuidar los intereses del menor. Se propone que dicho *tutor* sólo intervenga en los juicios en los que se demande la pérdida del ejercicio de la patria potestad, debiendo ser designado por el Poder Judicial a través de las autoridades competentes y teniendo el carácter de obligatoriedad para el Juez conocedor del asunto. El proceso para su designación, partirá de ser escogido del listado respectivo de quienes pueden desempeñarse como tutores, previa observación, de haberse reunido los requisitos propuestos en ésta investigación.

Una vez reunidos tales supuestos, el *tutor especial* deberá protestar el cargo conferido, comparecerá en las audiencias respectivas al proceso del juicio, debiendo manifestar todo lo que a su derecho convenga en razón de los intereses del menor y teniendo la facultad de promover los recursos o instancias necesarias para proteger tales intereses. Estos últimos se refieren a la salud, bienestar, desarrollo, educación y patrimonio del menor.

La finalidad de proponer a éste *tutor especial*, es la existencia de una figura específica diversa al Ministerio Público, cuyo objeto sea ir más allá de sus funciones, allegándose de todo aquello necesario para poder cuidar y proteger del menor; una figura que

únicamente deberá intervenir en los juicios de controversias de pérdida de patria potestad. Cabe reiterar que el citado *tutor* sólo ejercerá su función durante el tiempo de duración del litigio, en razón de encontrarse suspendido el ejercicio de la patria potestad de quienes la ejercen.

Se crea también esta figura, con la finalidad de que la persona designada como *tutor especial* esté ajena a cualquier relación la cual pudiese unirlo con alguno de los ascendientes que ejercen tal potestad, a efecto de garantizar su imparcialidad y de que pueda proteger objetivamente los intereses del menor, sin inclinarse por alguna de las partes y así poder observar realmente cuál es el ascendiente adecuado para conservar el ejercicio de la patria potestad.

En razón de ello, consideramos conveniente que la figura que se propone se denomine "*tutor*". En complemento a éste título se ha propuesto la palabra "*especial*", lo que indica ser diversa de la tutela ya regulada, esto sin perder la noción de que en esencia no varían, si no es en razón de las causas y de los momentos en los cuales surgen. Es *especial*, por sólo darse en los casos de controversias sobre el ejercicio de la patria potestad.

Cabe reiterar la aclaración de que ya existe en el Ordenamiento respectivo una tutela especial, siendo distinta de la propuesta en el presente trabajo.

Por economía procesal, no se destacan las conclusiones en torno a las funciones otorgadas para su desempeño al *tutor especial*, pues forman parte del objetivo del presente trabajo, por lo que sólo haremos una sumatoria de ellas a saber, sobre la protección del menor y sus intereses; intervenir en juicios, comparecer en ellos, seguir de cerca los comportamientos y circunstancias que rodean a los ascendientes en conflicto y promover todas las instancias necesarias para salvaguardar los intereses del menor.

Por lo anterior se concluye el por qué se han establecido para el *tutor especial*, requisitos como : la edad, los estudios profesionales, una solvencia moral y económica, así como el tener un modo honesto de vivir. Lo anterior aunado a la plena conciencia del citado *tutor* de la responsabilidad que implica el cargo.

Para efectos de vigilancia del *tutor especial*, en relación al cumplimiento de su objetivo y funciones, se observará al Consejo Local de Tutelas, mismo que es un Organismo que ya es contemplado en la Legislación existente, cuya tarea es vigilar al tutor. Además de ser quien haga del conocimiento del Juez de lo familiar respectivo, si se percatase de alguna anomalía respecto de las funciones del tutor; así mismo será quien se encargue de elaborar la lista de aquellas personas que tuviesen aptitudes para poder desempeñarse como tutores.

La integración de tales Consejos será por un presidente y dos

vocales, derivados del proceso respectivo aludido en la presente investigación, señalándose que estarán en el cargo un año, con la salvedad de que si no hubiese quien los substituya, deberán seguir en éste.

El *tutor especial* no tendrá límites en relación a promover todo lo que considere necesario para defender los intereses del menor, es decir, procesalmente hablando y en razón de ser un representante legal, podrá recurrir a cualquier instancia o recurso mediante el cual se inconformarse por alguna de las resoluciones que de conformidad con su criterio, considere perjudiciales para el menor, como lo pueden ser la apelación y el amparo.

En lo referente a la materia de amparo, hemos observado que la Ley otorga una relevancia especial para la materia familiar, pues ya se ha citado la suplencia de la queja con respecto a ella.

En reiteradas ocasiones no consideramos de atención, las consecuencias que pudiese originar la creación de una figura específica, cuyo objeto sea el obtener resultados beneficiosos para aquellos intereses que protege la Ley. Por ello se reitera la conveniencia de que exista un figura como el *tutor especial*, misma que es la que se propone en la presente investigación.

Finalmente, a efecto de ser congruentes con lo que se ha venido desarrollando en el presente trabajo, se pueden destacar como

conclusiones las propuestas de modificación a los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, que aún cuando ya hablamos de ellos en el propio cuerpo de la investigación, a continuación los transcribimos.

Por lo que respecta a las propuestas de reformas al Código Civil deberán agregarse las siguientes disposiciones en los artículos que a continuación se señalan :

Al artículo 414 deberá agregársele la fracción

IV. Por el tutor especial en los casos de controversia del orden familiar en los que se disputa el ejercicio de la patria potestad y mientras dure la controversia;

Al artículo 422 deberá agregársele al final del segundo párrafo

...lo avisarán al Ministerio Público ó al tutor especial al que se refiere el artículo 414 de éste mismo ordenamiento para que, una vez que se allegue de elementos suficientes, promueva lo que corresponda;

Al artículo 423 al final

... de los que ejerzan aquel derecho, salvo en los casos en los que esté en disputa el ejercicio de la patria potestad, en la que comparecerá a través del tutor especial al que se hace referencia en el artículo 414 de éste ordenamiento...;

Al artículo 441 deberá agregársele la fracción

IV' Por controversia del orden familiar en la que se disputa ésta, se suspenderá mientras dure el procedimiento;

La creación del artículo 454 Bis

La tutela especial en los casos de controversia del orden familiar a los que se refiere la fracción IV' del artículo 414 de este Código, se desempeñará por el tutor especial, con intervención del Consejo Local de Tutelas en los términos de este ordenamiento.

Por lo que se refiere a las propuestas de reforma del Código de Procedimientos Civiles deberán modificarse, así como agregarse los artículos en los términos siguientes :

Al artículo 256 deberá agregársele el siguiente párrafo:

... Tratándose de las controversias a las que se refiere la fracción IV' del artículo 414 del Código Civil para el Distrito Federal, el juez estará obligado a designar un tutor especial para el menor de edad, procediéndose a darle vista en los términos previstos en el presente artículo."

La creación del artículo 256 Bis:

En los casos previstos en el segundo párrafo del artículo que antecede, el juez una vez que haya dado vista al tutor especial, señalará día y hora para que éste último

acepte y proteste el cargo conferido. Si el tutor especial al que se ha hecho referencia no compareciese en las audiencias respectivas, éstas no podrán celebrarse, debiendo diferirse las mismas.

FUENTES DE CONSULTA.

- Barrera Graf, Jorge, Galindo Garfias, Ignacio; LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo, Vol. V; Universidad Nacional Autónoma de México; México; 1979; 136 pp.

- Burgoa Orihuela, Ignacio; El Juicio de Amparo; 31a. ed.; Porrúa; México; 1971; 268 pp.

- Chávez Asencio, Manuel F.; La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales; 2a. ed.; Porrúa; México; 430 pp.

- De Pina Vara, Rafael; Diccionario de Derecho; 23a. ed.; Porrúa; México; 1996; 525 pp.

- *Florís Margadant S. Guillermo; El Derecho Privado Romano; 12a. ed.; Esfinge; México; 1983; 530 pp.

- * Florís Margadant S., Guillermo; Introducción a la Historia del

Derecho Mexicano; UNAM; México; 1971; 268 pp.

* Galindo Garfias, Ignacio; Derecho Civil; 11a. ed.; Porrúa; México; 1991; 758 pp.

* González, Juan Antonio; Elementos de Derecho Civil; 2a. reimp.; Trillas; México; 1979; 199 pp.

* Güitrón Fuentevilla, Julián; ¿Qué es el Derecho Familiar?; 2a. ed.; Promociones Jurídicas y Culturales; México; 1987; 429 pp.

* Güitrón Fuentevilla, Julián; Derecho Familiar; 2a. ed.; Promociones Jurídicas y Culturales, S. C.; México; 1988; 257 pp.

* Laurent, F.; Principios de Derecho Civil Francés; Tomo IV; Barroso, Hermano y Compañía; México; 1901; 778 pp.

* Miranda, José; Las Ideas y las Instituciones políticas mexicanas; 2a. ed.; Universidad Nacional Autónoma de

México; 1978; 368 pp.

* Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román; Derecho Romano; Harla; México; 1987; 292 pp.

* Petit, Eugene; Tratado Elemental de Derecho Romano; 5a. ed.; Porrúa; México; 1989; 717 pp.

* Soberanes Fernández, José Luis; Historia del Sistema Jurídico Mexicano; Universidad Nacional Autónoma de México; México; 1990; 85 pp.

* Ventura Silva, Sabino; Derecho Romano; 4a. ed.; Porrúa; México; 1978; 437 pp.

* Código Civil para el Distrito Federal, 65a. ed.; Porrúa; México; 1997; 654 pp.

* Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal;

43a. ed.; Porrúa; México; 1992; 373 pp.

• Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 117a. ed.; Porrúa; México; 1997; 140 pp.

• Legislación de Amparo; 64a. de.; Porrúa; México; 1997; 489 pp.

**FE de erratas a la Tesis que para obtener el Grado De
Licenciado en Derecho Presenta : Enriqueta Belmúdez
López, con el Título "Designación de un Tutor Especial para
los Juicios de Pérdida de la Patria Potestad".**

En el Capítulo 4, en su Numeral 4.7, en la página 77, dice :

...Art. 423 Código Civil ...

Debe decir :

...Art. 424 Código Civil ...

En las Conclusiones, en la página 88 dice :

...El artículo 423 al final ...

Debe decir :

...El artículo 424 al final ...