

796
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

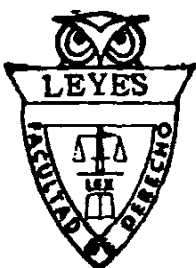
FACULTAD DE DERECHO

LA INSTITUCION JURIDICA DE LA TUTELA Y
CURATELA (PROPUESTA DE UNA NUEVA
REGULACION PARA EL CODIGO CIVIL DEL
DISTRITO FEDERAL EN MEXICO)

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
BLANCA TORRES ESPINOSA

ASESOR: DR. JULIAN GUITRON FUENTEVILLA



MEXICO, D. F.

NOVIEMBRE 1998

1998

258344

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

México, Distrito Federal, a 23 de septiembre de 1997.

DOCTOR IVAN LAGUNES PEREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

Muy Distinguido Señor Director:

La pasante en Derecho Blanca Torres Espinosa, ha concluido con éxito su tesis recepcional, denominada "LA INSTITUCION JURIDICA DE LA TUTELA Y CURATELA" (Propuesta de una Nueva Regulación para el Código Civil del Distrito Federal de México), con la cual pretende optar por el título de Licenciada en Derecho.

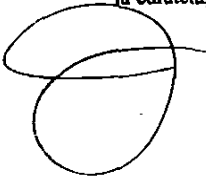
La pasante Torres Espinosa, ha realizado su investigación bajo la dirección y responsabilidad del suscrito, habiendo utilizado, aproximadamente un año y once meses, para llevar a cabo este importante trabajo; cuyo tema y proyecto de índice, fueron autorizados por el Licenciado José Barroso Figueroa, cuando fungía como Director del Seminario de Derecho Civil.

Del análisis del trabajo objeto de este voto, le comunico a usted que le otorgo mi voto aprobatorio, así como una especial felicitación a la sustentante, por su aportación al Derecho Familiar.

La tesis en cuestión está dividida en cuatro Capítulos. En el Primero realiza un profundo estudio de la evolución histórica de la tutela, desde el Derecho Griego, el Derecho Romano, el Derecho Francés, el Derecho Español, el Derecho Mexicano, iniciándolo con el Código Civil de Oaxaca de 1827, las Leyes de Reforma de Benito Juárez, el Proyecto de Código Civil para México de Justo Sierra de 1961, el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, el de Veracruz -Llave- de 1868, el del Estado de México de 1869, el del Distrito y Territorio de la Baja California de 1870, igualmente el de 1884, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, el Código Civil del Distrito Federal en vigor desde 1932, el Código Familiar de Hidalgo de 1983, el del Estado de Zacatecas de 1986 y el de la República de El Salvador de 1994.

Después, en el Capítulo Segundo, al mencionar las características generales de la tutela, define su naturaleza jurídica y así va haciendo un estudio pormenorizado de las diferentes clases de ésta; destaca la testamentaria, la legítima y la dativa; llegando hasta las reformas que se han hecho en esta materia, a partir de 1954 hasta el 23 de julio de 1992.

En el Capítulo Tercero, al referirse a las generalidades de la curatela, señala sus diversos conceptos, así el etimológico, el jurídico y el gramatical; quiénes están sujetos a la curatela; sus clases; analiza la figura del curador; la de los consejos locales de tutelas;



México, Distrito Federal, a 23 de septiembre de 1997.

DOCTOR IVAN LAGUNES PEREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .

Muy Distinguido Señor Director:

La pasante en Derecho Blanca Torres Espinosa, ha concluido con éxito su tesis recepcional, denominada "LA INSTITUCION JURIDICA DE LA TUTELA Y CURATELA" (Propuesta de una Nueva Regulación para el Código Civil del Distrito Federal de México), con la cual pretende optar por el título de Licenciada en Derecho.

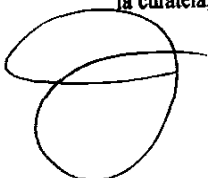
La pasante Torres Espinosa, ha realizado su investigación bajo la dirección y responsabilidad del suscrito, habiendo utilizado, aproximadamente un año y once meses, para llevar a cabo este importante trabajo; cuyo tema y proyecto de índice, fueron autorizados por el Licenciado José Barroso Figueroa, cuando fungía como Director del Seminario de Derecho Civil.

Del análisis del trabajo objeto de este voto, le comunico a usted que le otorgo mi voto aprobatorio, así como una especial felicitación a la sustentante, por su aportación al Derecho Familiar.

La tesis en cuestión está dividida en cuatro Capítulos. En el Primero realiza un profundo estudio de la evolución histórica de la tutela, desde el Derecho Griego, el Derecho Romano, el Derecho Francés, el Derecho Español, el Derecho Mexicano, iniciándolo con el Código Civil de Oaxaca de 1827, las Leyes de Reforma de Benito Juárez, el Proyecto de Código Civil para México de Justo Sierra de 1961, el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866, el de Veracruz -Llave- de 1868, el del Estado de México de 1869, el del Distrito y Territorio de la Baja California de 1870, igualmente el de 1884, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, el Código Civil del Distrito Federal en vigor desde 1932, el Código Familiar de Hidalgo de 1983, el del Estado de Zacatecas de 1986 y el de la República de El Salvador de 1994.

Después, en el Capítulo Segundo, al mencionar las características generales de la tutela, define su naturaleza jurídica y así va haciendo un estudio pormenorizado de las diferentes clases de ésta; destaca la testamentaria, la legítima y la dativa; llegando hasta las reformas que se han hecho en esta materia, a partir de 1954 hasta el 23 de julio de 1992.

En el Capítulo Tercero, al referirse a las generalidades de la curatela, señala sus diversos conceptos, así el etimológico, el jurídico y el gramatical; quiénes están sujetos a la curatela; sus clases; analiza la figura del curador; la de los consejos locales de tutelas;



los jueces de lo familiar y qué ha sostenido la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta materia.

En el Capítulo Cuarto, hace la propuesta de una nueva regulación de la tutela y la curatela y así la inicia con su definición de estas instituciones, señala sus características en tres partes y hace una serie de análisis para proponer finalmente reformar el desempeño de la tutela y la desaparición de los órganos tutelares, así como la regulación de la tutela en los Juzgados Familiares y otras cuestiones referidas al curador en el desempeño de la tutela y como auxiliar ante el Juez Familiar. Para terminar con la administración de los bienes del pupilo.

Sobresale una posición ideológica original, importante, fundamentada en una bibliografía que incluye obras clásicas y modernas y así destaca veintinueve de ellas, por ejemplo, los tratados de Marcel Planiol y de Georges Ripert, la obra del Doctor Raúl Ortiz Urquidí "Oaxaca Cuna de la Codificación Iberoamericana", "Las Instituciones de Derecho Civil" del Maestro Jorge Mario Magallón Ibarra; "Lecciones de Derecho Civil" de los hermanos franceses Henri, Leon y Jean Mazeaud. Otros autores italianos como Roberto de Ruggiero y entre los mexicanos también se destaca Guillermo Floris Margadant, el Maestro Antonio de Ibarrola y otros autores.

En cuanto a la Legislación consultada, reseña quince Códigos y Leyes, incluidos algunos Proyectos, que le dan un sustento trascendente a este trabajo.

Asimismo se consultaron en la sección de Diccionarios y Enciclopedias, diez que son algunos especializados en lo jurídico, algunos en Derecho Romano, otros, lo más, respecto a la lengua española, así como Diccionarios Enciclopédicos Abreviados. Tomos de la Enciclopedia Jurídica Omeba y de la Enciclopedia Universal Ilustrada.

Termina con una revisión de Diarios Oficiales de la Federación, a partir de 1954, hasta 1992, analizando diferentes reformas, al haber recurrido a las fuentes directas. Al referirse a la recopilación del Semanario Judicial de la Federación, nos señala la Jurisprudencia definida en materia Familiar y cita la obra en la primera edición, 1917 a julio de 1996, para darle el sustento que esta destacada obra tiene.

Muy Distinguido Doctor Iván Lagunes, el trabajo en cuestión, tiene desde nuestro punto de vista, verdaderas aportaciones, por lo que, como antes lo expresé, le otorgo mi voto aprobatorio para que la misma sea presentada al jurado respectivo en el momento oportuno.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle mi invariable afecto.

RESPECTUOSAMENTE,

DOCTOR JULIAN GUTRÓN FUENTEVILLA

P R O L O G O

Uno de los principales afanes en la vida estudiantil, es consumir los estudios universitarios con un acto solemne, el examen profesional.

Ese propósito, me condujo a la investigación del presente trabajo recepcional, al que dediqué muchas horas de esfuerzo intelectual para consolidar casa uno de los aspectos analizados.

Los obstáculos que encontré en este arduo camino, fueron fundamentalmente los referidos a la evolución histórica de las instituciones jurídicas, sin embargo la tenacidad me permitió vencer, uno a uno esos inconvenientes.

Tuve la magnífica oportunidad de conocer de conocer múltiples bibliotecas, para aproximarme a los contenidos que exigía el avance de mi trabajo, y no obstante el tiempo que invertí en esos afanes, logré todas mis propuestas.

Elegí este tema de tesis, porque considero que hasta la fecha no se ha dado la importancia que tiene, debido a que existen muchos incapaces que carecen de tutor; y quienes lo tienen, generalmente es porque son tutores testamentarios y legítimos, la propuesta más importante de esta tesis, es la desaparición de los Consejos Locales de Tutela, del Consejo de Familia, así como del curador, en virtud de ser órganos que no cumplen sus funciones tal como lo prevé la ley.

Mi propuesta se enfoca a una meta concreta, que todo incapaz tenga tutor, quien le ayudará a prepararse antes de llegar a la mayoría de edad; lograr su integración y permanencia en el entorno social, procurando el tratamiento necesario para reintegrarse al grupo al que pertenece.

Se las dificultades que esta propuesta lleva implícitas, sin embargo, considero que su principal sustento se finca en un profundo humanitarismo que deberá matizar la creación legislativa, y de esta manera alcanzar los fines que hoy propongo.

Quiero reiterar una vez más, que la ayuda y apoyo de mis profesores durante toda mi trayectoria académica; hay que hacer mención a esto ya que sin ellos sería imposible haber logrado esta meta, y la formación de profesionistas que somos.

DEDICATORIAS

A MIS PADRES Y HERMANOS:

**Con quienes he compartido mi vida,
con amor y respeto dedico esta tesis.**

A MI PROFESOR:

DR. JULIÁN GUITRÓN FUENTEVILLA.

**Con cariño, por haberme brindado
sus valiosos conocimientos, dando
siempre lo mejor de si mismo.**

A AFIANZADORA MEXICANA, S.A.

† LIC. RAMON MIRELES SAHAGUN.

**Con quien compartí parte de mi vida
profesional y adquirí sus conocimientos,
gracias por el apoyo brindado
en la elaboración de este trabajo.**

LIC. ADOLFO MALDONADO A.

**Por su importantísima comprensión y
ayuda, dedico este logro con gran
admiración y respeto.**

En este espacio, también quiero hacer mención a mi asesor de tesis, Dr. Julián Guitrón Fuentevilla, titular de la materia de Derecho Civil y Familiar en nuestra máxima casa de estudios, quien doy las gracias; no solamente hizo posible la realización de esta tesis, sino que además ha dejado y dejará en toda mi historia académica, lo más importante, la enseñanza y conocimientos que me brindo; el respeto y profunda admiración como ser humano y persona; y sin su apoyo no hubiera sido posible el análisis del tema ni lograr mi meta en este trabajo, que es el obtener el grado de Licenciado en Derecho.

INTRODUCCION

En esta investigación, se ofrece una visión detallada de la tutela y de la curatela; nos dan una respuesta amplia de esas instituciones desde sus orígenes, significados, hasta su estudio en el derecho vigente y su relación con el extranjero.

El capítulo primero, contiene la evolución histórica de estas dos figuras jurídicas, destacando su trascendencia e importancia, así como sus peculiaridades en cada etapa cronológica analizada, desde Grecia, pasando por la antigua Roma, Francia, España México y El Salvador.

Es importante resaltar, que hacemos un estudio de diversas leyes antiguas, en las que analizamos como se regulaba la tutela entre las cuales destacan, las Instituciones de Gaius; el Digesto de Justiniano; el Código Civil Español de 1888; el Código Civil de Oaxaca; las importantísimas Leyes de Reforma de Benito Juárez; el Proyecto de Código Civil del Dr. Justo Sierra de 1861; el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866; los Códigos Civiles de 1870 y 1884; el Código Civil actual de 1932; los Códigos Familiares de Hidalgo, de Zacatecas y El Salvador.

El segundo capítulo, se refiere a las características generales de la tutela, tales como: su naturaleza jurídica, su objeto, sus diferencias con la patria potestad, los órganos que la constituyen, su desempeño, los bienes de la tutela, personas que pueden ejercerla, facultades y obligaciones del tutor, incapacidades para su desempeño; clases: testamentaria, legítima y dativa intervención del Registro Civil, garantías para su ejercicio, autorización judicial para el desempeño de ciertos actos jurídicos, cuentas de la tutela, entrega de los bienes, los honorarios del tutor, su extinción, la intervención del Ministerio Público en esta institución, su regulación y las reformas que ha tenido esta institución, su regulación y las reformas que ha tenido, así como su regulación de acuerdo a los Códigos Familiares de Hidalgo y Zacatecas.

El tercer capítulo, habla de las generalidades de la curatela, partiendo de su concepto, las personas sometidas a ella; el curador; sus clases; deberes; derechos y la cesación del cargo; de los Consejos Locales de Tutela y los Jueces Familiares.

El capítulo cuarto, menciona mi propuesta, respecto a una regulación de ambas instituciones, partiendo de una definición de la tutela; la desaparición de órganos tutelares; la prohibición del matrimonio entre el tutor y un pupilo; la regulación de la tutela recomendada en los Juzgados Familiares; la prioridad que debe tener ante el Juez; la salud del incapaz; el curador y su papel de auxiliar ante el Juez Familiar y la administración de los bienes del pupilo.

La propuesta más importante de esta tesis, es precisamente una regulación que consideramos más acorde a nuestra realidad y es precisamente la desaparición de órganos tutelares regulados en el Código Civil Vigente; debido a que no desarrollan las funciones como lo señala la ley; la prohibición del matrimonio entre el tutor y el pupilo, debido a que la tutela es una institución que trata de substituir a la patria potestad, y se supone que la relación entre ambos, debería ser más bien cuasipatemo familiar; para evitar estas situaciones es recomendable que tratándose de tutela testamentaria y dativa, los tutores no sean familiares de el incapaz; por lo que proponemos que exista una edad adecuada entre uno y otro, que el nombramiento de esa persona sea del mismo sexo; ya que tratándose de la tutela legítima no hay inconveniente, será nombrada la persona que conforme a derecho tenga esa obligación.

CAPITULO PRIMERO EVOLUCION HISTORICA DE LA TUTELA

I.- SIGNIFICADOS:

a) ETIMOLÓGICO

TUTELA: Fr. Tutelle; it. Tutéla; i. Tutelage, Tutorage; a. Vormundschaft, Bervormudung. (Del latín Tutela, detutus, seguro, y este de tuér, proteger). F. Der. autoridad que en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y de los bienes de aquel, que por minoría de edad o por otra causa (incapacidad mental, sordomudez, etc.) no tiene completa capacidad civil. (1)

Haciendo el análisis de la anterior definición, nos percatamos que hace alusión a una serie de elementos importantes, que la hacen como las demás distinta; autoridad, es decir que el tutor al asumir dicho cargo tiene derecho o poder de mandar, de hacerse obedecer por el pupilo a falta de aquellos quienes pueden ejercer sobre él la patria potestad, y que se confiere para atender, ocuparse y preocuparse por la persona de incapaz y sus bienes, debido a que no cuenta con la capacidad de ejercicio, es decir que no puede ejercitar por sí mismo sus derechos y obligaciones del que es titular, como toda persona únicamente tiene la capacidad de goce desde el nacimiento hasta la muerte.

Estamos de acuerdo, pues es evidente que cualquier pupilo, se encuentra bajo el mandato y cuidado del tutor, sin embargo hace un equilibrio entre la persona y bienes del pupilo; pues para que pueda subsistir el pupilo, es indispensable la buena administración de sus bienes debido a que con ello podrán solventarse los gastos que se deriven; y como todo incapaz, no cuenta con la capacidad para ejercitar por sí sus derechos y obligaciones, motivo por el cual es *condictio sine cuanon* el nombramiento de un tutor.

TUTELA: Fr., Tutelle; it. Tutela; Tutelage, Tutorage; a. Autoridad de tutor. Der. Institución que tiene por objeto suplir la capacidad civil de los menores, falta de la patria potestad, los locos, los dementes, los sordomudos que no sepan leer y escribir y los sujetos a la pena de interdicción civil. (2)

Los elementos relevantes, son distintos a otras definiciones; en primer término el suplir la capacidad civil de los menores, es decir que al nombrarse tutor, es consecuencia de que no hay quienes conforme a la ley, ejerzan la patria potestad sobre el incapaz.

Aquí hay que hacer mención de algo muy importante, entre los mismos incapaces, los menores de edad, lo son por no contar con la capacidad de ejercicio, sin embargo, no quiere decir que mentalmente se encuentren mal; al cumplir su mayoría de edad son capaces legalmente para administrar sus bienes y hacerse responsables de su persona.

Otra distinción entre los incapaces, es porque no cuentan con la capacidad de ejercicio, aun siendo mayores de edad, ello por razones de enfermedad en caso incurables, no pueden por sí mismos ejercer sus derechos, esta definición, menciona entre otros a los locos, aquellas personas que han perdido la razón y no cuentan con decisión propia para reflexionar sobre sus actos; los dementes que vendría siendo lo mismo que los locos pero con distinta denominación; sordomudos, personas que no cuentan con el sentido del oído y del habla, que por lo regular es de nacimiento, y debido a que no saben leer y escribir, es indispensable que tengan un tutor.

Por último, hay que destacar que al hablar de interdicción civil, estamos hablando en un juicio en el que por sentencia, se priva a una persona de sus derechos por causa de incapacidad, teniendo que nombrársele un tutor a efecto de que lleve a cabo la administración de los bienes y cuidado de la persona.

- TUTELA: Del latín Tutéla f. autoridad que en defecto de la paterna o materna, se confiere para curar la persona y los bienes de aquel que por minoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil".(3)

Elemento autoridad, al igual que en la primera definición, es decir, derecho de mandar y hacerse obedecer por el pupilo, debido a la falta de aquellos que conforme a derecho pueden tener la patria potestad de dicho incapaz, y que se confiere para curar o cuidar de la persona y bienes del que por ser menor de edad, no cuenta con la capacidad de ejercicio, es decir, no está en aptitud de ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

A criterio nuestro, es importante señalar que autoridad es un elemento importante en la tutela, pues el incapaz debe cumplir con las mismas obligaciones y obedecer a su tutor como lo hacía con sus ascendientes, de ello deriva una relación cuasi paterno familiar, debido a que el tutor puede incluso considerar como hijo suyo al que se encuentra sujeto a tutela, y que entre ambos exista una relación de afecto y respeto mutuo.

Es obvia la razón de la falta de capacidad del incapaz, pues de ello deriva el nombramiento del tutor, puesto que no cuenta con la capacidad de ejercicio.

TUTELA: "Las personas que no tienen capacidad jurídica por razones de edad, enfermedad, o por otra causa de pena, necesitan la protección de otras capaces para que ejerzan sus derechos, por ellas. Este deber de asistencia, representación y defensa del incapacitado por estar fuera de la patria potestad (Patrem habentem, tutor non datur), recae sobre la tutela, para el incapacitado por falta de edad, y en la curaduría en los demás casos. Esta institución tutelar, cuasifamiliar, a la que estuvieron sometidos los impúberos sui iuris, en todos los tiempos y las mujeres hasta la primera época del Imperio, fue definida así en la Instituta: tutela est vis ac potestas in capite libere, ad tuendum eum que propter aetatem se defendere nequit, iure civile data ac permisa: Tutela es la Fuerza (o derecho, si lee ius) y potestad en un hombre libre para proteger a quien por su edad no puede proteger a quien por su edad no puede defenderse, derecho que la ley civil da y permite dar".(4)

En este último concepto, el diccionario de Derecho Romano del Maestro Gonzalo Fernández de León, muestra una definición extensa de la tutela, que a criterio nuestro, si cuenta con las características que pueden definirla; al hablar de la edad, es obvia la respuesta, debido a que conforme a derecho no ha cumplido con su mayor edad, y no puede ejercer sus derechos ni cumplir con sus obligaciones; por enfermedad, debido a que por incapacidad mental o física, una persona no pueda ejercer sus derechos y administrar sus bienes, motivo por el que es indispensable el nombramiento de un tutor; debemos percatarnos que no hace alusión a los términos que en otras definiciones son comunes, como el señalar a personas locas o dementes.

Un aspecto muy importante, es la causa de pena, el nombrar un tutor a aquella persona que ha cometido un delito, y se encuentra incapacitado para administrar sus bienes, debido a que cumple una sentencia judicial, por lo que es necesario dicho nombramiento a efecto de cuidarlos y conservarlos.

Es coherente señalar que el tutor, va a asistir y proteger al incapaz, debido a que es su función principal, y ejerza sus derechos a falta de capacidad de ejercicio de dicho incapaz.

Hablar de deber, quiere decir que el tutor está obligado a cumplir con sus funciones específicas, como cuidar y ayudar en todos los sentidos al incapaz, incluso como si fuera su hijo y representarlo en todo momento, desempeñar en caso de juicio o fuera de él, a la persona del pupilo, frente a otros para defenderlo en todos los sentidos a falta de aquellos que podían ejercer la patria potestad sobre él, lo anterior lo denominaban los romanos: *Patrem habentem, tutor non datur*.

La tutela es una institución, consideramos que si lo es, de ella derivan una serie de derechos y obligaciones, ya que es el origen de todas las consecuencias de derecho derivadas de la misma, pero hay que mencionar, que todas las instituciones de derecho tienen los mismos efectos.

Es una institución la tutela cuasi familiar, como ya lo mencionamos, por que de ella deriva una relación parecida a la de un hijo con sus padres, debido a la convivencia del pupilo y la responsabilidad del tutor, logran que se forje un vínculo amoroso y familiar entre esas personas, objeto principal de esta institución; a esto hacemos mención debido a que durante el Imperio Romano (753-509 a.C.) desde su fundación hasta la República, y hasta la caída del Imperio Romano (509 a. a.C. 565 d. C.), los impúberos *sui iuris*, personas menores de doce años y mayores de siete, libres de toda potestad, y las mujeres, se les debían nombrar un tutor si no tenían ascendientes.

En esta época, la tutela únicamente era designada a un hombre libre que por su edad, no podía ejercer sus derechos, pero que mentalmente era sano, definiéndola Servio Sulpicio en el Digesto de Justiniano Dig. XXVI, I, I, en la potestad entregada y permitida en el derecho

civil sobre un hombre libre para que fuera protegido por otro, ya que no podía hacerlo por su edad.

b) JURIDICO

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 449 que dice: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413".(5)

El artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, señala el objeto de la tutela, es guardar del pupilo, cuidarlo, vigilar que este seguro que se de cumplimiento a su mandato, llevar a cabo la buena administración de los bienes del incapaz que no cuentan con aquellas personas que deben ejercer sobre él la patria potestad, por no contar con capacidad de ejercicio.

Hablar de capacidad natural y legal, son casos completamente distintos debido a que al analizar la primera, se esta refiriendo a los incapaces que por minoría de edad no pueden ejercer sus derechos; la segunda, aquellas personas que siendo mayores de edad, no puedan por sí mismas ejercer sus derechos, motivo por el que debe nombrárseles un tutor.

El Código Civil para el Distrito Federal, carece de elementos importantísimos, los cuales no regula; uno de ellos es una definición jurídica, de lo que es la tutela, motivo por el que al señalar el artículo 449, el objeto de la tutela, no se interpreta como el origen de la institución o lo que significa.

Estamos de acuerdo, en que el Código Civil en el artículo mencionado anteriormente, se reforme señalando cual es el objeto de la tutela, las personas que tienen incapacidad natural y legal y la representación del incapaz, por lo que una de las propuestas de esta tesis, es una definición jurídica la cual detallaremos adelante, institución tan descuidada por los legisladores hoy en día.

El código, no contiene una definición de la tutela, solo menciona los elementos que contiene dicha institución, como lo es la guarda de la persona y la de sus bienes, de los que no están sujetos a patria potestad; nos damos cuenta que otros autores como José Alberto Garrone de nacionalidad argentina afirma, el artículo 377 del Código Civil de su país textualmente dice: "la tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar a la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a patria potestad, y para representarlo en todos

los actos de la vida civil. En su ausencia, la tutela es una institución de amparo, se procura dentro de lo que humanamente es posible, que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres, que cuide del menor, velando su educación, administrando sus bienes, que supla su incapacidad, llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural".(6)

Esta legislación, da una pauta más amplia para entender que en otros países sí se define a la institución más claramente, señala un elemento importante, el gobernar a una persona; creemos que este término no es el correcto para determinar que el tutor tiene autoridad sobre el pupilo, ya que dicho término más bien es de tipo político, aún cuando sabemos cual es la idea del autor.

Nosotros proponemos una definición jurídica de la tutela:

La tutela, es una institución a cargo del Estado, substituta de la patria potestad, que pueden ejercerla aquellos quienes señala este Código, hacia las personas que de acuerdo al artículo 450 tienen incapacidad legal y natural, así como de cuidar su desarrollo físico y procurar su integración a la sociedad, cuidar de sus bienes hasta su total recuperación o en su caso, al llegar el pupilo a la mayoría de edad.

Actualmente, sería muy importante, llevar a cabo una reforma en nuestra legislación civil sustantiva, debido a que no señala las definiciones de cada institución que regula, por lo que proponemos este concepto de tutela, y no sólo ello, sino una legislación específica sobre derecho familiar.

Hablar del desarrollo físico del incapaz, nos referimos a que se le deben proporcionar todos los cuidados para su crecimiento en caso de incapacidad natural, pero si se trata de la incapacidad legal, brindarle todos los medios necesarios para la cura de su enfermedad, integrarlo a la sociedad, así como alimentarlo y vestirlo.

En cuanto a los bienes del incapaz, administrarlos y cuidar de ellos, e invertir en los gastos necesarios que deriven de su enfermedad.

La enciclopedia jurídica Omeba señala: la palabra tutela, "proviene del latín tutēla, que da la idea de cuidado, protección, amparo, es decir una proyección a cierta dirección".(7)

El concepto, señala que de "acuerdo a la expresión en el léxico específico, se considera como el mandato que emerge de la ley, determinando una potestad jurídica sobre la persona y/o bienes de quienes por diversas razones, se presume se hacen necesarios en su beneficio tal posición. La tutela no solamente se refiere al cuidado físico de los menores, sino que se proyecta al Derecho Civil, doctrinalmente convirtiéndose en una medida proteccional".(8)

c) GRAMATICAL

Hablar de gramática, es referirse a las reglas de una lengua hablada o escrita, a sus elementos constitutivos, a la astucia o habilidad para manejarse.

El Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española nos dice:

TUTELA: "(Del Lat. Tutéla). F. Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para curar de la persona y los bienes de aquel que por minoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil. Fig. Dirección Amparo, protección o defensa".(9)

La autoridad hacia el incapaz y sus bienes, significa mandar o hacerse obedecer, ello a falta de los ascendientes, quienes pueden ejercer la patria potestad del menor, para curar y cuidar de él y su patrimonio ya que no tienen completa la capacidad civil, es decir que cuentan con la de goce pero no con la de ejercicio.

La enciclopedia Universal Ilustrada señala:

TUTELA: "(Del Lat. Tutéla). Es la tutela una institución de protección de las personas que, por no tener capacidad jurídica de obrar, no pueden valerse por sí mismas, por lo que es preciso que otras personas las representen y obren en su nombre, cuidando de ellas y de sus bienes". (10)

Esta definición, dice que la tutela es una institución, debido a que es el establecimiento u origen de la tutela, derivando de ella derechos y obligaciones para el tutor y pupilo a efecto de proteger los intereses de aquellos que carecen de capacidad jurídica, por lo que es necesario el nombramiento de tutor.

II.- EVOLUCION HISTORICA EN EL DERECHO GRIEGO

"El patrimonio de un menor en Atenas, era administrado por un tutor hasta alcanzar los 18 años, o por su agnado más próximo por línea paterna, a menos que se hubiera nombrado un tutor inter vivos o por testamento. El tutor tenía que alimentar al pupilo y era supervisado por el Magistrado principal, así que cualquier persona podía presentar queja en contra de él, si se consideraba que existía una anomalía o era negligente. Al término de la tutela como hasta ahora, el tutor era responsable del patrimonio de su pupilo y de la restitución del mismo. Es necesario, hacer hincapié que tanto en Atenas, como en Egipto Helénico, existieron diferencias entre las funciones y terminología que diferenciaban la misión de el tutor del poder doméstico, poder autoridad sobre la mujer".(11)

En esta civilización, el desarrollo de la institución, se asemeja a la de los romanos, ya que al igual que ellos, nombraban a una persona que se hiciera cargo del pupilo, solamente que en Grecia, había una diferencia de actividades que desarrollaba cada persona, existían personas que se dedicaban a la filosofía, principal actividad, otros a labores domésticas, al cultivo, y en fin, cada quien tenía su oficio a desarrollar, es el caso del que cuidaba exclusivamente del incapaz o del menor de edad, así como de sus bienes y desarrollo físico e intelectual, y aún más, cuando eran nombrados en testamento.

III.- EVOLUCION HISTORICA EN EL DERECHO ROMANO

Como sabemos, en el Derecho Romano, no todos los que vivían en la polis, eran ciudadanos, únicamente tenían derechos y obligaciones, las personas libres, ciudadanos y sui iuris, este derecho en su aspecto familiar, tenía como fin principal, el ser materialistas es decir, cuidaban el patrimonio familiar en bienestar de todos sus integrantes, siendo el pater familias quien debía estar al tanto de todo ello; tal era el cuidado, que llegaban incluso a nombrar un tutor en su lugar si éste no llevaba una adecuada administración. Posteriormente, se convirtió en una institución a cargo de el Estado de carácter obligatorio.

No debemos olvidar que en nuestro derecho en comparación con el romano; la tutela y la curatela, eran instituciones distintas, a lo que son el derecho contemporáneo, ya que la primera, era considerada para casos normales, como el sexo femenino, impubertad e infancia, en tanto que la curatela, era para situaciones especiales como la locura, prodigalidad o inexperiencia de púberes menores de 25 años.

El maestro Floris Margadant, menciona: "Todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de sui iuris, era persona en el derecho romano. Podía ser titular de derechos y obligaciones, pero no siempre podía ejercer aquellos. A veces era demasiado joven, sufría de enfermedades mentales, o dilapidaba sus bienes, algo que para los romanos tan materialistas, era casi tan grave como la locura".(12)

Los romanos, preferían que el tutor fuera nombrado en testamento, ya que éste era un factor muy importante en la ciudad. Regularmente, cada familia lo tenía desde que nacía. Pero, nos damos cuenta de que actualmente los tres tipos de tutela, que se regulan en México, provienen del Derecho Romano, ya que al no existir una tutela testamentaria, se tenía que nombrar un tutor legítimo de preferencia en la línea agnada, pero al mismo tiempo, Justiniano, consideró que en caso de no existir las anteriores, se debía nombrar una tutela, que le llamó dativa, todo esto, a fin de cuidar los negocios del pupilo, como ocurre actualmente.

En el supuesto de nombrar un tutor para los infantes, niños hasta la edad de siete años, existió una figura jurídica llamada la Gestio Negotiorum, calificada como

representación indirecta, en la que el tutor intervenía en los negocios del pupilo a su nombre, pero por cuenta de este, y al término, el tutor regresaba los bienes, recibiendo lo erogado para el desempeño de sus funciones.

Tratándose de impúberes, personas que tenían de ocho a quince años de edad, el tutor podía elegir entre la Gestio Negotiorum, o la Auctoritatis Interpositio, en esta última figura, el tutor podía negociar en presencia de su pupilo y el acto producía efectos en su patrimonio. Comparando esta figura con el derecho actual, nos percatamos que se le toma parecer al menor de dieciséis años, por representar ya cierto criterio propio y llevar a cabo el mejor manejo de sus bienes. Al igual podían ejercer derechos, como era el de negociar a su favor y mejorar su posición, como en la aceptación de una herencia o legado.

Aquellas personas, que llegaban a la pubertad, considerada entre los quince y los veinticinco años, siendo ciudadano, de sexo masculino y sui iuris, tenían plena capacidad de ejercicio. Sin embargo en el año 191 A. de J.C., se estableció la llamada Lex Plaetoria, estableció la protección para menores viginti quinqué annorum, o simplemente llamados menores .(13)

Al respecto, el maestro Floris Margadant señala: " Quien con mala fe, se aprovecha de la falta de experiencia (infirmitas aetatis) de estos menores, incurría en sanciones penales, además el menor perjudicado podía pedir la rescisión del negocio en cuestión por una In Integrum Restitutio, pero si se trataba de una imprudente promesa formal por parte suya, se concedía una Exceptio Legis Plaetoriae contra la posible Actio con que la parte contraria trataba de obtener el cumplimiento ".(14)

Como consecuencia de la Lex Plaetoria, no tan fácilmente se negociaba con un menor, regularmente se exigía el nombramiento de un tutor, quien debía estar de acuerdo, una vez nombrado, no podía recurrir a las medidas citadas.

Para las mujeres, era un caso muy especial a pesar de que contaban con la capacidad de ejercicio para actuar, se les restringía debido a que se les consideraba débiles. Podía elegir a su tutor testamentario con autorización de su padre, y la intervención del tutor se solicitaba, en caso de que la mujer estuviese en actos importantes, como la Conventio in Manu, enajenación, una Res Mancipio en conflictos; en estos casos el Pretor podía obligar a una persona a ser tutor.

Augusto, suprimió esas restricciones, una mujer que haya dado a luz a tres ciudadanos si eran "ingenuas"; o las "libertas" cuatro, pero al llegar al Siglo V esta tutela desapareció por completo.

La curatela, se utilizaba en los casos de personas Mentecata, o Capita Deminutio, se encontraba, bajo este régimen y el solamente actuaban, con Gestio Negotiorum, pero si el pupilo, tenía intervalos lúcidos, eran válidos sus actos. Nosotros consideramos que no era posible saber ciertamente, cuando una persona se encontraba en ese estado y podía

tomarse para hacer de ello, lo que le conviniese a quien asegurase esa lucidez y realizar un negocio, para interés propio.

En nuestro derecho, es inválido un negocio que se haya llevado a cabo con alguien que se encuentre en un momento lúcido, ya que sólo puede hacerlo una persona completamente sana.

Tratándose de pródigos, quienes disipaban los bienes de la familia, debían tener vigilancia de un curador, ya que podía dejar a la misma, sin una protección patrimonial, este curador era nombrado por el Pretor y por un decreto de leyes, el curador debía intervenir con la Gestio Negotiorum.

Otra situación en la que se podía nombrar curador, era para los nasciturus, administración de quebrados, ausentes o gestión de una herencia.

En nuestro derecho como en el Romano, "al disipar los bienes del pupilo el tutor o curador, tenían que ser acusados del Crimen Suspecti Tutoris en caso de fraude, e indemnizar al expupilo mediante la Actio de Rationibus Distraendis, indemnizar al pupilo con el doble de lo sufrido por culpa del tutor".(15)

Al ocupar el cargo de tutor, éste debía llevar a cabo un inventario de todos los bienes que iba a recibir para su administración, bajo la vigilancia de los Pretores y con su autorización para hacer la venta de los mismos.

Comparando la situación actual del tutor y la del romano, el segundo sólo se encargaba de asuntos patrimoniales sin intervenir para mejorar la salud o educación del pupilo, quien a su vez vivía con su madre, la cual no podía ser su tutora. El tutor, podía contraer nupcias con la pupila al liquidar sus cuentas; esto lo calificamos de imprudente., ya que actualmente nos damos cuenta de que aún se sigue regulando; toda vez que al haber tenido la tutoría de la pupila y cuidarla como su hija; tener la expupila que casarse con quien era su tutor, así como la diferencia de edades que existía entre ambos; por lo que en el presente trabajo consideramos que debe derogarse en nuestra legislación civil actual, el artículo 159 que nos dice: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor".(16), por lo que debe ser impedimento para contraer matrimonio, así como la edad que debe existir entre el pupilo y el tutor, sea de por lo menos doce años en caso de que sea testamentario o dativo.

Una observación importante del artículo 159 del Código Civil, es la irrisoria redacción, debido a que en el Distrito Federal, no existen Municipios, motivo por el que debe reformarse

ese ordenamiento; consideramos que quien debería en todo caso otorgar esa dispensa es el Delegado del domicilio del pupilo.

Asimismo, se prohibía al tutor hacer testamento para el pupilo o llevar a cabo donaciones.

La tutela terminaba en los siguientes supuestos:

- a) La de infantes e impúberes, terminaba con el fallecimiento de éstos.
- b) Al perderse la libertad o la ciudadanía.
- c) Con la adrogatio o el matrimonio cum manu.
- d) Por capitis deminutio o muerte del tutor.

Al término de la tutela, las cuentas se ajustan entre el tutor y el pupilo.

La situación, por la que tuvo que aparecer esta institución en Roma, fue debido a la necesidad de cuidar de las personas que lo necesitaban, percatándonos que es el origen de la institución actual, aún cuando en nuestros días, no sean lo mismo, la similitud únicamente se encuentra en el origen, ya que a la fecha sigue predominando el aspecto tripartita, de la institución.

Consideramos que tenían un amplio criterio, para el cuidado del pupilo, así como de sus bienes; toda vez que lo más importante, era que estuviese con su madre, si se trataba de incapaces mentales, y si no fuera así, el tutor se haría cargo de ellos. Si se trataba de la administración de los bienes del pupilo incapaz, debía permanecer con su madre, y el curador asumiría el cargo de dicha administración.

a) EL DIGESTO DE JUSTINIANO

1) LIBRO XXVI TITULO I SOBRE LAS TUTELAS

El Digesto de Justiniano, relata en que consistía la tutela, sus características y clases, veamos que dice sobre el concepto de referencia:

La tutela, según Servio es, "un poder y potestad sobre la persona libre que permite y otorga el derecho civil para proteger a quien por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo".(17)

Una persona muda, no es posible que sea tutor. En caso de litigio, el tutor puede actuar, y si se interponen otros litigios, podrá también intervenir en ellos.

Quando el Pater Familias estaba en poder del enemigo, no era necesario nombrar tutor para sus hijos, ya que quizá posteriormente regresaría, y si transcurría un período prolongado, se nombraba un curador para administrar el patrimonio, a fin de que no se perdiera.

Como en todos los tiempos, se castigaba a los que se probase, que obtuvieron la tutela a cambio de dinero, o nombrado un tutor no idóneo, haber declarado una cuantía inferior al patrimonio, o enajenado bienes con fraudes a los pupilos. Por lo que el nombramiento del tutor, era muy importante e idóneo para el pupilo.

Si el padre de familia se ausentaba, se nombraba un tutor al hijo por causa pública, si se sabía de su muerte, podía continuar al frente ese tutor, o nombrarse otro.

En ocasiones, era posible nombrar curador, en caso de que el tutor se hubiera encontrado mal de salud, o por su avanzada edad, pero sólo para la administración de los bienes.

Si el pupilo caía en esclavitud; si su tutor estaba en manos del enemigo, la tutela se daba por terminada; pero en el supuesto de que hubiera sido nombrado temporalmente, transcurrido el plazo, asumía el cargo hasta que se cumpliera una condición resolutoria.

Según Paulo: "La tutela era sólo cargo viril, las mujeres no podían ejercerlo, sólo que pidieran al Príncipe la tutela de los hijos y se les concediera". (18)

2) TITULO II SOBRE LA TUTELA TESTAMENTARIA

En la Ley de las XII Tablas, se permitió que el padre de familia nombrara tutores en su testamento para sus hijos, siempre que estuvieran bajo su potestad, también podían hacerlo con sus nietos y descendientes póstumos, bajo esa misma circunstancia.

Se podía nombrar tutor bajo una condición resolutoria. Si el pater familias nombraba un tutor para su hijo y al fallecimiento de éste enloquecía, se nombraba otro, hasta que el enfermo recuperara su salud.

Debía ser nombrado un solo tutor para administrar los bienes del pupilo, no podían nombrarse dos o más para asumirla, ello sería nulo, siempre que el padre de familia no lo hubiere autorizado en su testamento.

Asimismo, podían nombrarse tutores bajo una condición suspensiva, siempre que fuese posible su cumplimiento.

Cuando el padre de familia nombraba en su testamento a un tutor incapaz y fallecía él primero, era posible nombrar uno provisional por el Pretor, y posteriormente ser reivindicado si llegaba a recuperar su salud.

Incluso, si a un esclavo se le nombraba como tutor, y al morir el testador le otorgaba su libertad, era posible que asumiera el cargo; pero en el supuesto de que la persona se convirtiera en esclavo, se tomaba en cuenta la tutela legítima para la elección de otro.

Si un padre de familia, elegía un tutor para su hijo póstumo, y éste nacía antes de su fallecimiento, el nombramiento era válido aún después.

En caso de que la tutela se nombrara en el testamento, no era necesario otorgar fianza; pero si el tutor quería hacerlo era aceptable, y en el supuesto de que a la persona se le conociera como inmoral o tenía mala reputación, no se le concedía la tutoría.

Si un ciudadano se excusaba aceptar el cargo de tutor, no tenía derecho a obtener el legado que se le hubiere dejado o a sus hijos; entendiéndose que no quería responsabilidades, siendo obvio el que no tuviera derecho.

Durante el Imperio Romano, el no aceptar el cargo de tutor, traía como consecuencia la mala reputación del pater familias; no obstante ello, perdía su derecho a la herencia o legado del pupilo.

3) TITULO III SOBRE LA CONFIRMACION DEL TUTOR O DEL CURADOR

Se confirmaba a un tutor o curador, cuando habían sido nombrados en el testamento por el testador, siempre que fueran personas sujetas a su patria potestad.

Mencionaba Ulpiano: "El padre puede nombrar un tutor para su hijo, tanto si lo instituye heredero como si lo deshereda, pero la madre solo al instituido, como si nombrara al tutor más para el patrimonio que para la persona. Será preciso asimismo que se inquiera acerca del tutor designado en el testamento de la madre, en tanto que el nombrado por el padre, aunque no la haya sido conforme a derecho, se confirma a pesar de ello sin averiguación, a no ser que el motivo por el que parecía nombrado, hubiera cambiado respecto al él, como si de amigo se hubiera convertido en enemigo, o de rico en pobre". (19)

La mujer que hubiere nombrado tutor para sus hijos; el Gobernador o Procónsul, lo confirmaban mediante decreto, en el supuesto de que el patrón o cualquier extraño nombrara heredero a un impúber, era válido que éste fuera el único para él; el Pretor al confirmar al tutor de un testamento, debía tomar en cuenta la voluntad del padre para con sus hijos, ya que si los había nombrado tutor desde hace años, debía corroborar su comportamiento, que

no disipara los bienes; o si el padre antes de morir tenía problemas con él, debía atenerse a lo que más conviniera al pupilo.

“Una persona que no pueda nombrar tutor, como la madre o el patrono o algún extraño, o bien, es una persona para la que no se puede nombrar tutor, como el hijo la hija que no está bajo potestad, o si hubiere dicho, te ruego cuides de los bienes, o se nombrará tutor o curador en codicilos no confirmados, entonces las constituciones imperiales permitieron que se supla el defecto por la potestad consular, y que los tutores sean confirmados según la voluntad del testador”.(20)

4) TITULO IV SOBRE LOS TUTORES LEGITIMOS

Fue conferida esta tutela a los agnados, o aquellos que podían nombrarse en la herencia legítima, la Ley de las XII Tablas establecía que esta tutela se daba porque así lo determinaba el Pretor; quien estaba obligado a investigar sobre la honorabilidad del tutor; si era necesario debía dar caución, si estudiaba su reputación lo eximía de su cargo; para el Derecho Romano, el intestado no sólo era aquel que no había testamento, sino la falta de nombramiento de tutores para sus hijos; si existían varios agnados en el mismo grado, todos quedaban a cargo de la tutela.

Hoy en día existe una clara secuencia de la evolución del Derecho Romano al contemporáneo, debido a que ellos tenían derecho a ser tutores si existían varios agnados del mismo grado, sin embarguen la actualidad es imposible, debido a que el Juez a su arbitrio, consideraba al más apto para el cargo.

Debido a que durante la época romana, el no haber designado el sucesor en su testamento un tutor para el incapaz, los agnados podían asumir el cargo, aún cuando fueren varios, actualmente el Juez se encarga de hacer el nombramiento del tutor aún en el mismo supuesto, tomando en cuenta la honorabilidad, grado de estudios y convivencia de la persona hacia con el pupilo.

Las tutelas legítimas, según Ulpiano, “fueron deferidas por la ley de las doce tablas a los agnados, parientes paternos, y también a los patronos es decir, a los que pueden ser llamados a la herencia legítima. Esto muy cautamente, a fin de que los que esperan esta sucesión puedan salvaguardar los bienes, y que éstos no sean dilapados”.(21)

**5) TITULO V
SOBRE LOS TUTORES Y CURADORES NOMBRADOS POR LOS QUE
TIENEN DERECHO DE NOMBRARLOS, Y CUALES Y EN QUE CASOS
PUEDEN SER NOMBRADOS ESPECIALMENTE**

"Podrá nombrar tutor; el Procónsul, el Gobernador, el Prefecto de Egipto, o el Procurador que desempeña el gobierno de una provincia, sea interinamente por haber fallecido el Gobernador, sea por que se le encomendó la provincia para que él la gobernara, según propuesta del Senado del Emperador Marco Aurelio, también el legado del Procónsul puede nombrar tutor. Pero si al Gobernador de provincia se le permitía nombrar tutor, solamente se le permitía respecto a aquellos eran de la misma provincia o están domiciliados en ella".(22)

El Emperador Antonino Pío, dispuso en un rescripto que cuando unos tutores nombrados hubiesen apelado, y otros no estuviesen presentes, había que nombrar un tutor interino que desempeñara la tutela.

El derecho de nombrar tutores, fue concedido a todos los Magistrados Municipales, y observamos este derecho, pero es para nombrar a una persona del mismo Municipio o del territorio.

"El Pretor, no puede nombrarse asimismo tutor, como tampoco pueden hacerse tutores por decisión propia, el Juez pedáneo ni el compromisario".(23)

Contó siempre, que el Gobernador podía nombrar tutor, tanto al ausente como para el presente y a contrario sensu.

Con el fin de dar la dote, no solamente debía nombrarse curador para la que se iba a casar, sino también para la que ya estaba casada. También puede nombrarse curador para incrementar la dote, así como con el propósito de cambiarla.

Para un pupilo que tenía bienes en Roma, como en una provincia, puede el Pretor nombrarle tutor de los bienes que están en Roma y el Gobernador a los provinciales. Al liberto se le han de nombrar tutores libertos, pero si se nombra una persona libre de nacimiento y no se excusa, seguirá como tutor.

Si estuvieran de viaje los nombrados tutores y curadores, dispuso en un rescripto el Emperador Marco Aurelio, que se les comunique por los Magistrados en el plazo de treinta días.

"Romanio Apolo, había apelado del Juez diciendo que él debió ser nombrado colega en la tutela de aquel, al cual él mismo siendo Magistrado, había nombrado a su riesgo, para

evitar que una sola tutela soportara un riesgo doble. El Emperador (Septimio Severo) decretó que no podía ser fiador en favor del tutor, y no obstante, ser nombrado tutor con él mismo; así pues permaneció en la tutela".(24)

6) TITULO VI QUIENES HAN DE SOLICITAR TUTORES O CURADORES, Y DONDE HAN DE SER SOLICITADOS

La madre puede solicitar se nombren tutores para sus hijos, y curadores, en caso de ser impúber.

Si los menores no tenían quien cuidara sus bienes, podían solicitar se les nombrara tutor para administrarlos, en el caso de los libertos y las madres que no tramitaban este pedimento, eran multadas. Cuando un pupilo tenía la capacidad mental, pero no la edad, podía pedir se le nombrara tutor, si la madre se percató de que el tutor incurre en faltas y no lo avisaba al Pretor, podía ser castigada.

En el caso de los menores, al igual se les nombraba tutor legítimo; al agnado más próximo se le investigaba y se valoraba si era idóneo para ocupar dicho cargo.

En la actualidad, nuestro derecho señala, que cualquier persona incapaz debe tener un tutor, y la petición cualquier puede hacerla cualquier persona; preferencialmente se eligen a los familiares del mismo; este comentario lo hacemos, ya que analizando el Derecho Romano, la mujer no tenía derechos a ser tutora de sus hijos.

El Código Civil para el Distrito Federal, señala que preferentemente, serán tutores de algún incapaz, sus familiares, desde sus ascendientes y descendientes que tenga.

"En consecuencia, no basta su voluntad para elegir los tutores, sino que se realiza la información incluso cuando hubiere nombrado tutores para sus hijos en el testamento, principalmente a causa de sus propios bienes".(25)

**7) TITULO VII
SOBRE LA ADMINISTRACION Y RIESGO DE LOS TUTORES Y CURADORES QUE
HAYAN ADMINISTRADO O NO, Y SOBRE LA DEMANDA DE UNO O VARIOS, O
CONTRA ELLOS**

“El tutor, según Marco Aurelio, suele ser obligado por vía extraordinaria a gestionar y administrar la tutela. Desde que uno sabe que ha sido nombrado tutor, si no actúa como tutor, se abstiene a su riesgo, porque dispuso el Emperador (Marco Aurelio), que el sabe que ha sido nombrado tutor, y no alega excusa, la tiene, dentro del plazo establecido, se abstiene a propio riesgo.”(26)

Existiendo diversos tutores, y todos eran idóneos para ejercer la tutela, podía dividirse la administración con obligación mancomunada, debiendo no ser administrada mediante intermediarios, de lo contrario los tutores serían responsables de los daños al patrimonio del pupilo, debiendo inventariar los bienes antes de administrarlos; así como de hacerlo en caso de no poder esperar una breve dilación.

Si el padre de familia, tenía acreedores a su fallecimiento, el tutor debía cobrar a favor del pupilo, y si el tutor al final de su tutoría tenía un saldo a su favor, debía el pupilo pagárselo; pero si el pupilo tenía deudores debía pagarles, en éste aspecto el tutor debía ser cuidadoso y no esperar a que el Juez le mandara a cobrar por existir un litigio en el que se sabía que el acreedor tenía la razón, pero si el tutor hubiese entablado una litis inútil, el pupilo no tenía la obligación de responder del pago de los honorarios del abogado.

Papiano, mencionó, “el padre que mandó que la tutela de los hijos fuera administrada con consejo de la madre y, por este motivo, exoneró de responsabilidad a los tutores. Pero no por ello persistirá a menos íntegro el deber de los tutores, aunque convendrá a los hombres buenos admitir un saludable Consejo de la madre y, por este motivo, exoneró de responsabilidad a los tutores”.(27)

El tutor, podía hacerse un préstamo del patrimonio del pupilo, debiendo emitir el documento de crédito respectivo para cumplir con la garantía solicitada.

El tutor, debía preocuparse por tener un número determinado de esclavos que habían de estar a su servicio.

Los castigos que se imputaban a los tutores por su mala administración, eran el exilio, destierro, capitis deminutio o demandarles la acción de la tutela.

Por muerte del tutor testamentario, se elegía al agnado, de lo contrario al no existir alguno, el Pretor lo nombraba, pero tenía que otorgar caución para la protección del patrimonio del pupilo.

En nuestros días el derecho civil, tiene una regulación deficiente de la tutela, debido a que no existe en un control adecuado de los actos del tutor, ni mucho menos se le castiga como en la antigüedad lo hacían los Romanos.

Precisamente una de nuestras propuestas en esta tesis, es la desaparición de los Consejos Locales de Tutelas, debido a que el responsable directo para el Juez Familiar, es el tutor, a efecto de solicitarle las cuentas de la tutela y el cuidado del incapaz.

8) TITULO VIII SOBRE LA AUTORIDAD Y CONSENTIMIENTO DE LOS TUTORES Y CURADORES

Aunque sabemos que los púberes de dieciséis años, podían ser tomados en cuenta para que dieran su autorización en ciertos actos, el tutor podía o no aprobarlos según fuera en beneficio de su patrimonio, aún interponiéndose su pupilo, y si el primero lo demostraba, no tenía responsabilidad alguna.

“Según Ulpiano; el pupilo, no podía obligarse en favor de su tutor mediando la autoridad de éste”.(28)

No podía el pupilo, vender ni comprar bienes a su favor si su tutor no intervenía para dar su consentimiento, y analizar si en realidad le convenía.

Todas las gestiones que realizaba el tutor, eran válidas, siempre que beneficiaran al pupilo.

“Aunque se haga con el pupilo un contrato condicional, el tutor debe dar su autoridad pura y simplemente”.(29)

El pupilo al actuar a su favor, sin consentimiento de su tutor por causa justificada, debía demostrarlo ante el consejo, y si pagaba a sus acreedores sin consentimiento del tutor pero demostraba que ese consumo fue adquirido de buena fe, quedaba liberado de toda responsabilidad.

El tutor, podía recibir herencias al pupilo, siempre que fueran benéficas a su patrimonio.

Si el pupilo, pagaba a una persona un dinero que no era debido y callaba, bastaba la autoridad del tutor para que fuese demandado, y si el tutor era ciego, podía seguir administrando los bienes por su estado.

9) TITULO IX SER DEMANDADOS LOS MENORES POR UN ACTO DEL TUTOR O CURADOR

Según Aristón: "El pupilo poseedor, debe ser condenado por dolo malo o culpa del tutor, aunque creo que no en la estimación del litigio jurada por el demandante. Sin embargo, esta responsabilidad tiene lugar tan solo cuando el pupilo pudiera recuperar del tutor lo que había perdido".(30)

Podía existir litigio, en el momento de que el pupilo actuaba por dolo malo o por culpa de su tutor.

Si el tutor, actuaba con ese dolo en otros negocios, no significaba que por ello se hubiere enriquecido al pupilo por fraude, pero si era ese el motivo se le podía demandar.

En ciertos casos, en nuestra la ley sustantiva civil actual, al igual que en el Derecho Romano, el pupilo puede dar su opinión para ciertos asuntos, ello cuando no implique a criterio del tutor, un daño patrimonial.

Es muy importante, que el Juez tome en cuenta la opinión del pupilo, ello cuando éste tenga la capacidad de entender, y siempre que dicha opinión no perjudique los intereses del mismo.

10) TITULO X SOBRE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS

En Roma, este era un asunto muy delicado, debido a que se le podía acusar al tutor sin causa alguna, pero si existía acusación legítima se investigaba; cualquier tutor podía ser declarado sospechoso; así una mujer podía acusar al tutor siempre que fuere madre del pupilo, por considerar el lazo de afecto entre ambos. Al hacer la acusación, eran remitidos al prefecto de la ciudad, para que les castigara en el supuesto de que existiera cotutor y uno de ellos acusara al otro, si era válido, o si también ya no lo era podría acusársele al igual.

Si un curador era acusado cuando el hijo del padre aún era póstumo, y el Pretor tenía pruebas evidentes para la acusación, podía entablarse en favor de los pupilos.

Otras causas por las que un tutor debía ser removido de su cargo, es por haber actuado de mala fe; si se negaba a prestar alimentos al pupilo; aceptaba extrema pobreza para afrontar su situación, así como si no se reunían cantidades para la compra de predios; ni se hacían los depósitos necesarios cuando apareciese la oportunidad de comprarlos, se

ordenaba su encierro público, y al dictar decreto de remoción, el Pretor debía explicar la causa.

Se considera sospechoso, al tutor que se le había requerido y no había comparecido a asumir el cargo, pero si era inocente, el tutor era liberado.

"Nada hay alegable para que el curador pueda impedir, en la cognición de una acusación como sospechoso, que el Pretor se informe por las declaraciones de un esclavo del pupilo que revele los fraudes cometidos".(31)

11) LIBRO XXVII TITULO I SOBRE LAS EXCUSAS PARA NO SER TUTOR

Para comenzar, se deben mencionar quienes no deben ser elegidos tutores y curadores:

- a) A los libertos huérfanos, los Gobernadores ya que tenían un cargo de responsabilidad.
- b) No podían serlo, un prometido de su prometida, pero si era elegido, podía excusarse.
- c) Los que habían cumplido setenta años, estaban libres del cumplimiento de ese cargo.
- d) Se libera de la tutela y curatela, el tener tres o más hijos legítimos, debiendo existir en el momento del nombramiento de los tutores, (no se contaban los que posteriormente murieran), pero si nacían otros hijos después, de acuerdo a una constitución de Antonio Caracala, decía que no contaban para ese fin.
- e) Aquellos que tenían tres tutelas o curatelas indistintamente.
- f) Los gramáticos, sofistas, retóricos y los médicos que se llamaban ambulantes, vacaban de la tutela y de la curatela así como de las otras cargas públicas.

La excusas que se podían presentar eran:

- a) Los Magistrados Municipales.
- b) La enemistad entre el padre muerto y quien pretendía nombrarse tutor de los huérfanos.
- c) Los atletas que habían sido premiados en certámenes imperiales.
- d) Aquellos veteranos que cumplieron honrosamente su tiempo de milicia tenían exención, pero si regresaban a ella se podían excusar.
- e) Mala salud del que pretendía ser tutor o curador, pero si era temporal podía volverse a asumir.

f) Aquellos que mudaban de domicilio, siempre que el Emperador así lo determinara y lo hacía para honrarles expresamente con ese cambio.

g) Podían excusarse, aquellos que vivieran a más de 100 millas de la ciudad, a no ser que el patrimonio del pupilo estuviese en la misma provincia, en este caso, se nombrará otro tutor.

h) Aquellos en los que el Príncipe, encarga a una persona de alguna gestión.

i) Tenían derecho a excusarse los encargados de medir el suministro de trigo.

j) No podía ser excusado, aquel que había sido desterrado un tiempo de la ciudad, sólo en el supuesto de que hubiere sido definitivo.

k) Si una persona quedaba ciega, sorda, muda o inválida podía dispensarse de la tutela, o quien estuviera en extrema pobreza.

l) Los que prestaban guardia nocturna.

m) Los que se estaban en las asociaciones de panaderos, siempre que ejercieran el oficio por sí mismos, y siempre que estuvieran en el número determinado que se requería de ellos.

Según Poulou: "Si un liberto está tan impedido de la administración por grave invalidez corporal o mental que no es capaz de atender a sus propios negocios, habrá de reconocer la necesidad, a fin de no encargar una tutela imposible, que no puede llevar aquel liberto sin perjuicio del pupilo contra su interés".(32)

12) TITULO II DONDE DEBE EDUCARSE Y RESIDIR EL PUPILO, Y SOBRE LOS ALIMENTOS QUE SE LE DEBEN DAR

El Pretor, debía tomar en cuenta el lugar donde iba habitar el pupilo, independientemente de la voluntad del padre, siempre y cuando fueran las condiciones adecuadas, considerando su posición y edad.

Debían reembolsarse los gastos de alimentos al tutor, siempre que los compruebe, pero si el Pretor destinaba cierto porcentaje de recursos para que fueran utilizados en alimentos y no hubiera sido suficiente, se reembolsarán de acuerdo al patrimonio del pupilo dando aviso al Pretor, si el padre no designó un porcentaje en su testamento; el Pretor designará una suma considerada, por lo que tomará en cuenta el patrimonio, debiendo hacerlo con la debida moderación; al hablar de ellos no sólo se refieren a los del pupilo, sino en general todos aquellos que sirven para su supervivencia y designa un sueldo para los esclavos, su alimentación, vestido, alojamiento etc.

Los pupilos, impúberes e infantes, al dejar de tener incapacidad, debían restituírseles todos sus gastos al tutor, erogados para su supervivencia.

"Ciertamente, ni es un error decir que si un legatario o un heredero rehúsa encargarse de la educación que se le encomendó en el testamento, debe de negársele las acciones, como ocurre con el tutor designado en el testamento, lo que se admite por lo menos cuando la disposición testamentaria se hizo por esa causa, por que si el testador lo hubiera hecho aunque supiera que iba rehúsar la educación, no se le deberá de negar la acción, como estableció con frecuencia Séptimo Severo".(33)

Si el tutor se encontraba ausente, no haciéndose responsable del pupilo, y como consecuencia, éste era abandonado, y no se administraban sus bienes, el Pretor podía removerlo del cargo; se convocaba a los amigos afines del tutor, previos anuncios edictales, y nombraba a un curador provisional para que procurara su alimentación, pero si el primero justificaba su ausencia y se comprobaba que había sido por extrema urgencia podía ser restituido.

Es muy importante que los incapaces, cuenten con un tutor, debido a las necesidades que presenta su estado tanto de salud, como físico, sin embargo a disminuido la atención de las autoridades y de los propios familiares del menor, para que se preocupen por las persona del pupilo, motivo por el cual en este trabajo se pretende una mejor regulación de esta importantísima institución.

Actualmente, hay un sin número de incapaces que no cuentan con un tutor; nadie quiere hacerse responsable de ellos; únicamente lo tienen, aquellos que cuentan con bienes que administrar, aún cuando hay escasas excepciones.

13) TITULO III SOBRE LA ACCION DE TUTELA, LA DE RENDIR CUENTAS EL TUTOR Y LA ACCION A CAUSA DE CURATELA

En caso de que el pupilo hiciera una donación por causa de muerte, sin consentimiento de su tutor, éste podía interponer la acción de tutela, pero sabemos que en el derecho romano, se prohibía esa donación, existían casos en los cuales no se podía reprochar este acto, como lo era dar alimentos a la madre o hermanas que no podían valerse por sí mismas.

Está prohibida la donación de los bienes del pupilo, debido a que el propósito de la ley, es cuidar los intereses del pupilo, y una enajenación de esta naturaleza perjudicaría al incapaz.

Son nulas las donaciones que pudiera hacer el pupilo; su tutor únicamente está autorizado para administrar los bienes; debido a que los gastos que se originan, deben ser cubiertos con el producto de dicha administración, y principalmente invertirse en la manutención y educación del pupilo.

Asimismo, el pupilo al terminar su incapacidad, podía exigir las cuentas al tutor, y en caso de responsabilidad actuar mediante la acción de tutela en su contra, en este caso se podía interrogar a los esclavos para que dijese al Juez la verdad y acudir al tormento si mentían o no lo hacían.

En el supuesto de que varios tutores administraran el patrimonio del pupilo, cada uno debía ser demandado en proporción si había cometido un ilícito.

En caso de que el pupilo fuese nombrado como heredero de otro pupilo, sometido al mismo tutor, podía interponerse esa acción de la tutela en caso de mala administración.

Al término de la tutela, si el tutor continuaba administrando los bienes, no se consideraba tutoría, sino una gestión de negocios.

De acuerdo con Papiano, "el tutor nombrado para un póstumo, si éste no llega a nacer, no queda expuesto ni a la acción de la tutela, porque no llegó a existir el pupilo, ni a la de gestión de negocios, pues no se considera que llegase a administrar los negocios del nacido, se dar, pues contra él acción útil".(34)

14) TITULO IV SOBRE LA ACCION DE TUTELA CONTRARIA, Y LA ACCION UTIL

La acción contraria se ejercitaba regularmente al término de la administración de la tutela, pero si se habían gestionado negocios como protutor o administrador de la curatela, esta acción tenía lugar inmediatamente, la acción consistía principalmente en que el tutor ejercitara la acción en contra del pupilo, en caso de que hubiese hecho gastos para su beneficio, y éste no se los reembolsara.

El tutor que ha sido removido de la tutela, debe considerarse como si hubiese terminado la tutela, y del mismo modo que debe sufrir las acciones como si el pupilo se hubiese hecho púbero, así también debe reclamar por la acción contraria la merma sufrida por su patrimonio; nada impide que un tutor sea condenado por malversación aunque haya gastado mucho en el patrimonio del pupilo, no deba perderlo.

Cometaba Ulpiano, "si el heredero de un tutor hubiera pagado aquella suma que debían los pupilos, puede tener contra ellos la acción contraria.

Si un tutor se obligó por su pupilo, tiene la acción contraria incluso antes de pagar".(35)

**15) TITULO V
SOBRE LA GESTION DE NEGOCIOS DEL PROTUTOR,
O DEL PROCURADOR**

Del mismo modo, tenían responsabilidades tanto el tutor como el protutor, en caso de que hubiesen hecho gestiones incluso antes del nombramiento, si es que se había generado un problema al pupilo, la diferencia que existe entre uno y otro, es que el tutor se destacaba porque se había nombrado en testamento; en tanto que el protutor hace la función de tutor, sea que sepa que no lo es, pero que se finja tal.

En el caso de que un esclavo haya intervenido en gestiones patrimoniales del pupilo, debía dársele una acción útil.

Si una persona había actuado como protutor y después fuera nombrado tutor, al término de su cargo responderá de la misma forma aunque se liquide esa gestión por la acción de tutela.

Señalaba Séptimio Severo, "si el que gestionaba los negocios como protutor, no siendo tutor, vendió una cosa del pupilo y ésta no fue usucapida, podrá reclamarla el pupilo a pesar de que se le haya dado la garantía de administración, pues es distinta de un pupilo por un tutor".(36)

**16) TITULO VI
SOBRE EL NEGOCIO QUE SE DIGA HABERSE HECHO
CON LA AUTORIDAD DE UN FALSO TUTOR**

Existía un edicto de Pompinio a este respecto, pretendía el evitar que los contratantes trataran con un falso tutor, señalando:

"Si se actuó con la autoridad del que no era tutor".(37)

Ese edicto es incompleto, debido a que si dos tutores prestaron su autoridad, uno falso y otro verdadero, el acto no tendría validez, y si hubiera prestado su autoridad gestionando como protutor, no deja por ello de aplicarse el edicto, de no ser así, el Pretor señalaba que tendría por válido el acto en que intervino la autoridad del tutor y valdrá no de propio derecho, sino por la protección del Pretor.

El Pretor señalaba; "Daré acción contra el que se diga que se presentó dolosamente como tutor sin serlo, para que se le condene a pagar la cantidad que importe el asunto".(38)

En caso de que una persona, ostentara falsamente el cargo de tutor, no quería decir que fuera responsable porque había hecho una gestión de negocios, se consideraba falso cuando lo hacía con dolo malo.

El realizar actos jurídicos, implica responsabilidad a cargo de quién los lleva a cabo, sin embargo en nuestro derecho civil, se considera gestión de negocios, siempre que ello implique un bien para el incapaz, pero si actúa de mala fe, es obvio que si se demuestra comete un delito en contra de los bienes del pupilo, lo cual a consideración del Juez, debe ser juzgado.

17) TITULO VII SOBRE LOS FIADORES, LOS QUE INDICAN LA CONVIVENCIA DE UN TUTOR, Y LOS HEREDEROS DE LOS TUTORES Y CURADORES

De acuerdo con el Digesto, "aunque el heredero del tutor no es tutor, debía concluir los negocios iniciados por el difunto, si es varón y de la edad exigida por la ley, en lo cual puede apreciarse dolo por su parte".(39)

En el caso anteriormente señalado puede ser demandado por la acción de tutela, debe considerarse si el heredero responde con dolo malo, pero no se considera una tutela sino una gestión de negocios.

Si existían fiadores en los documentos públicos, debían responder, lo mismo que si hubiese habido estipulación según lo que exige el derecho.

Según nuestro criterio, aún cuando en el Derecho Civil, debe responder el sucesor del tutor respecto a la administración de los bienes del pupilo, no es culpable de la mala o buena actuación del tutor, solamente debe entregar las cuentas al pupilo o al Juez sin que por ello tenga responsabilidad de lo ocurrido.

Es obvio el razonamiento planteado, pues si el tutor antes de fallecer, no tuvo la debida honestidad para administrar los bienes de la tutoría, ello no quiere decir que su sucesor sea responsable del posible daño que se ocasione al patrimonio o persona del incapaz.

**18) TITULO VIII
SOBRE LA RECLAMACION CONTRA LOS MAGISTRADOS
QUE NOMBRARON TUTORES**

No son responsables, aquellas personas que propusieron a los Magistrados que nombraran tutor para su pupilo, pero al nombrado, ellos no tienen responsabilidad por el dolo malo de los tutores, a excepción de que incurran también en ese dolo malo, asimismo se puede demandar una acción llamada subsidiaria, no sólo por los pupilos sino, también sus sucesores.

Esos Magistrados deben responder al sufrimiento en su patrimonio, por no cumplir estrictamente con sus funciones.

Para nombrar un tutor, el Magistrado debía elegir a varios candidatos, investigarlos y posteriormente nombrar al de mayor confianza.

En el supuesto de que al nombrar al tutor el Magistrado, dejara de ser solvente, el segundo no responde por hechos ajenos al futuro.

Dos tutores que hubiesen repartido la administración de una tutela, al morir uno de ellos sin herederos, nos preguntamos: ¿quién va a asumir la responsabilidad en el momento en que surja una obligación posterior?, ¿el pupilo podría actuar en contra del Magistrado, sino exigió el otorgamiento de la caución a sabiendas de la falta de herederos?, es más justo dar la acción contra el otro tutor, saber el manejo que el otro daba al patrimonio ya que responde solidariamente de lo que pase.

Nos dice Paulo: "Los herederos del que fue nombrado tutor o curador, pero dejó sin derecho de asumir la administración, no deben responder del dolo y culpa. Paulo respondió que esa acción debe transferirse contra los herederos del tutor tal como lo concertó el difunto. De ahí que no se pueda excusar el heredero, diciendo no haber encontrado los documentos de la gestión tutelar, pues como todos los juicios de buena fe, el heredero del difunto responde por su dolo, lo mismo pienso que debe valer en la acción de la tutela".(40)

**19) TITULO IX
SOBRE LOS BIENES, DE LOS QUE ESTAN BAJO TUTELA O CURATELA, QUE NO SE
PUEDEN ENAJENAR NI SUSTITUIR SIN EL DERECHO DEL MAGISTRADO**

En ningún momento, los Magistrados eran responsables del dolo malo de los que eran nombrados tutores por ellos, puesto que si actuaban de mala fe, debían responder incluso penalmente de su responsabilidad. Como sabemos en Roma, era muy importante el hecho

de que sus actos fueran considerados dudosos, ya que ello traería como consecuencia su *Capitis Deminutio*.

En un discurso que dio en el Senado, el Emperador Séptimio Severo, se prohibía a los tutores y curadores vendieran los predios rústicos o suburbanos, el cuál se leyó siendo -º- Cónsules Tertulo y Clemente <en el año 195 d.C.>, señalando por lo demás, Señores Senadores, prohibiré a los tutores y curadores que vendan los predios rústicos o suburbanos, a no ser que así lo hubiesen previsto los padres en su testamento o codicilo. Y si acaso las deudas del pupilo ascienden a tanto que no pueden pagarse con el resto de los bienes, entonces, acúdase al Pretor urbano, varón excelentísimo, quien deberá apreciar con su criterio lo que se puede enajenar o hipotecar, reservándose al pupilo una acción por si luego se pudiera probar que el Pretor fue objeto de engaño.

Si el *de cujus*, no dejaba estipulado en su testamento que se debían vender cosas que eran de su propiedad, quiere decir que no era su voluntad que lo hiciera el tutor de su pupilo.

Antes de vender un predio o fundo de un pupilo para pagar a un acreedor, el tutor primero tenía que ver la posibilidad de si existía otra cosa de valor, y con ello pagar siempre que tuviera la aprobación del Pretor, éste debe permitir la venta o hipoteca, más de lo que sea necesario para pagar las deudas, o si estimaba la venta, debía buscar quién se informara acerca de la fortuna del pupilo, sin dar excesivo crédito a los tutores o curadores, que solían a veces asegurar al Pretor que es necesario vender o hipotecar las posesiones con afán del propio lucro.

Si el Pretor, autoriza la venta de un fundo, pero a su vez no existía una deuda que pagar, el decreto que dictaba era nulo, y tenía responsabilidad frente al pupilo, pudiendo interponer una acción real en contra de él.

“Si un fundo es estéril, pedregoso o encharcado, cabe preguntar si no puede enajenarse, y el emperador Antonino Caracala y Séptimio Severo su padre, escribieron un rescripto en estos términos: “Lo que habéis alegado, de que no puede producir frutos el fundo que queréis vender no puede persuadirme, pues ya que el precio vendrá a ser como una especie de fruto”.(41)

Aunque el Pretor, no podía enajenar un predio pupilar, ni hipotecarlo; decía Papiano: “El tutor de un pupilo no puede vender conforme a derecho si no es mediante decreto del Pretor, pero que si hubiera vendido por error y hubiese pagado con el precio cobrado a los acreedores del padre del pupilo, dice que puede a veces oponerse últimamente la excepción de dolo al propietario que reivindique aquel predio con sus frutos, y no ofrezca el precio pagado y los intereses intermedios que se deben a los acreedores siempre que no se pudiesen pagar las deudas con el resto de los bienes del pupilo”.(42)

20) TITULO X SOBRE LOS CURADORES QUE HAY QUE NOMBRAR PARA EL LOCO Y OTRAS PERSONAS ADEMAS DE LOS MENORES

Se privaba de la administración de los bienes en la Ley de las XII Tablas, el acreedor debía cuidar con su prudencia y trabajo, no sólo el patrimonio, sino también el cuerpo y salud del loco, mencionaba que correspondía la curatela del loco o pródigo a una persona, y el de la administración a otra, cuando el curador no parecía idóneo para ese cargo.

No debía nombrarse curador a la mujer que estaba trastornada, pero si tenía marido, era responsable de ella.

Si el padre, en su testamento nombraba a un curador para su hijo loco mayor de veinticinco años, a su muerte el Pretor debía confirmar esa voluntad.

"El curador de un loco, no puede manumitir en modo alguno <a los esclavos del loco>, ya que no es un acto de administración, pues cuando entrega una cosa del loco lo hace porque conviene a la administración de los negocios del mismo, así pues, si enajena a causa de donación, tampoco será válida la entrega, a no ser que lo haga por razón de gran utilidad del loco y con conocimiento del Juez".(43)

Como podemos percatarnos, aún se sigue regulando la cuestión que el marido es tutor obligatorio de su cónyuge y viceversa; los hijos mayores de edad, también son tutores de su marido o madre viudos; cuando haya dos o más hijos será preferido el que viva en compañía del padre o madre, y siendo varios el Juez determinará al más apto, los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros o viudos cuando estos no tengan hijos; toda vez que una de las propuestas de esta tesis es el pretender rehabilitar al incapaz mental fundamentalmente, ello bajo la vigilancia médica y legal de las autoridades, cuidar de su persona y patrimonio si es que los tiene, es decir que la ley otorgue mayor protección a estas personas.

b) INSTITUTAS DE GAIUS

Existía un grupo de personas que no se encontraban "in potestate", ni "in manu, ni tampoco "in mancipio", hay otro grupo que se encontraba en tutela o en curatela, y hay quienes se encontraban libres de estos derechos. Ahora hay que analizar quienes estaban en el supuesto de una y otra.

De acuerdo a la definición de tutela de Servius Sulpicius: "la tutela es la vic ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem (vel sexum) sua aponte se defendere nequit, iure civili data ac premisa. Fuerza y potestad sobre una cabeza libre, dada

y permitida por el derecho civil, para proteger a aquél que por razón de su edad (o de su sexo) no puede defenderse por sí mismo".(44)

A los ascendientes, les estaba permitido nombrar tutores para sus hijos en el testamento, siempre que fueran liberi y sometidos a patria potestad, a los varones siempre que fueran impúberes y a las mujeres en cualquier edad aún casadas, por falta de ligereza de espíritu.

Si alguna persona se le nombraba tutor, y al llegar a la pubertad, siendo varón se libera de la tutela, sin embargo la mujer no, a excepción de las mujeres vírgenes vestales, que tenían el honor del sacerdocio, que si eran libres de toda potestas, así lo dictó la ley de las XII Tablas.

En cuanto a nietos y nietas, sólo se les debía nombrar tutor por testamento por parte de su abuelo, a excepción de que tuviesen padre.

A los hijos póstumos, se les considera ya nacidos, y al momento del nacimiento si estaban vivos, se les nombrará tutor testamentario.

La fórmula para dar un tutor es la siguiente: 'Doy a Lucius Titius por tutor de mis liberi' (o de mi uxor) (L. Titium liberis meis -vel uxori meae- tutorem do). Pero si escribía así: 'Que Titius sea tutor de mis liberi (o de mi uxor) (Liberis meis -vel uxori meae Titius tutor esto), se entiende que el tutor había sido dado regularmente'.(45)

Tratándose de la mujer "uxor in manu" se ha admitido la opción de que eligiera tutor, la fórmula es la siguiente: "Doy a mi mujer Titia la opción de tutor" (Titiae uxori meae tutoris optionem do). En este caso, les es lícito a la uxor, ya sea eligiendo un tutor para todos sus negocios o bien para uno o dos solamente".(46)

La opción podía ser plena o restringida, es la primera cuando la uxor elegía su tutor, y es la segunda cuando se daba la opción de elegir sólo una vez tutor.

Al nombrar en el testamento un tutor agnado, se le denominaba legítimo, y eran aquellos cuyo parentesco provenía de personas del sexo masculino, es decir el parentesco por parte del padre.

La agnación se perdía por Capitis Deminutio, la cognación no se alteraba, y existían tres clases:

1) Capitis Deminutio Máxima. En ella se perdía al mismo tiempo la ciudadanía y la libertad, así como las personas que vivían en Roma y no estaban contadas en el censo, o aquellas mujeres que se unían a un esclavo aún las advertencias.

2) Capitis Deminutio Menor o Media. Se perdía la ciudadanía conservando la libertad.

3) *Capitis Deminutio Mínima*. Se conservaba la ciudadanía y la libertad, el hombre cambia su estado familiar, hombres que eran adoptados, los que son dados en mancipio y de los manumitidos del mancipium. Por lo que el derecho de agnación se perdía por cualquier *Capitis* y a la muerte del padre, el hermano emancipado no podía serlo del menor.

La agnación se daba al grado más próximo, a los patronos y a los manumitentes les está permitido ceder la tutela, cuando el tutor sufre una *Capitis Deminutio* o muere, en este caso se podía otorgar al agnado en segundo grado.

Por otra parte, les estaba permitido a las mujeres en virtud de un Senado Consulto, pedir un tutor en reemplazo del ausente, entonces el primero cesaba hasta la duración de su ausencia, a excepción de la libertad.

Se llama patrono, al ascendiente que había manumitido a su hija, nieta o biznieta, después de haberle sido reemancipada, y adquirido la tutela legítima.

Desde el momento en el que el Senado presumía, que el tutor era sospechoso, debía nombrar al pupilo uno sustituto en tanto no se le comprobara lo contrario.

~ Cuando no se tiene ninguna clase de tutor, le es dado uno en Roma - en virtud de lo dispuesto por la Ley *Atilia* - por el Pretor Urbano y la mayoría de los tribunos de la plebe, el cuál es llamado tutor *Atiliano*, en las provincias, ocurre lo mismo ante el Gobernador de las mismas, en virtud de la Ley *Julia y Titia*. (47)

Si se tenía que cumplir una condición suspensiva para el otorgamiento del cargo, primero se tenía que dejar transcurrir el tiempo, y por lo tanto se nombraba un tutor provisional, para que administrara los bienes del pupilo, lo mismo pasaba con el tutor que era prisionero por el enemigo, podía recobrarla a su regreso por el *ius postliminii*.

A las mujeres no se les concedía el derecho de tener tutelas a su cargo, ya que pensaban que la mujer tenía ligereza de espíritu y podía ser fácilmente engañada, las mujeres ingenuas eran liberadas de la tutela al tener tres hijos, en cambio las libertas, debían tener cuatro cuando es legítima.

Los varones, se liberaban de la tutela al llegar su pubertad, de acuerdo con *Sabinus* y *Cassius*, ya que manifiestan que el púber ya podía procrear, así como el de proteger sus intereses por sí mismo.

~ Los varones se liberan de la tutela cuando llegan a la pubertad. De acuerdo con *Sabinus*, *Cassius* y nuestros otros maestros, es decir aquél es capaz de procrear (qui generare potest). Para aquellos que no pueden hacer actos de virilidad, como los eunucos., debe esperar aquella edad en que se hacen púberes los hombres. Pero los autores de la escuela adversa piensan que la pubertad debe ser estimada según la edad, es decir, conceptúan púber a aquel que ha cumplido 14 años. (48)

En el caso de que los pupilos estuvieren sometidos a tutela o curatela, el Pretor debía encargarse de cuidar los bienes de éste para que no abusaran de él, ni disminuyeran con negocios mal administrados, pero los tutores nombrados por testamento no estaban obligados a dar caución, por que eran de buena fe y estaban reconocidos por el testador, y se les consideraba honestos.

IV.- EVOLUCION HISTORICA EN EL DERECHO FRANCES

En el antiguo derecho, la tutela establecía que al morir cualquiera de los padres el sobreviviente mantenía su potestad en cuanto a la persona, dándose así una autoridad que coexistía con ella, para el control de los bienes. Se daba especial trascendencia a la reunión de los parientes más allegados que constituían el Consejo de Familia.

Características:

a) El Derecho Familiar, estaba dominado por la antítesis entre el Derecho Romano y el Derecho Consuetudinario.

b) El Código Francés, tenía en primer lugar el mérito de rejuvenecer la fraseología legal. Desterraba la pedantería, el espíritu de casta, el esoterismo; para hacer que el derecho fuera accesible a todo el mundo.

El Derecho de Familia, es de inspiración consuetudinaria, todas las tutelas son dativas, el régimen matrimonial de derecho común, es la comunidad de muebles y adquisiciones.

El matrimonio, depende del Derecho Canónico. En cambio, el régimen de los bienes y la teoría de las obligaciones provienen del derecho romano.

Una y otra reposan sobre el liberalismo económico, el cual encuentra su expresión técnica en la propiedad individual y en la autonomía de la voluntad, contractual y testamentaria".(49)

Daremos una reseña, de lo que nos dice Laferrière, en su libro *Histoire du Droit Civil de Rome et du Droit Français*, Paris escrito 1846, en su tomo deuxième, iniciando con los antecedentes romanos que tienen relación con el Derecho Francés.

La cognación, es decir el parentesco por la madre o las personas del sexo femenino, formaba un parentesco puramente natural, que no tenía nada en común con la agnación, o el parentesco civil. El hijo de la hermana era considerado como nacido en la familia a la cual pertenecía o a la que había pertenecido su madre, el tío materno no era entonces un agnado con respecto al hijo de la hermana.

Entre el tío materno y sus sobrinos, como sus descendientes, existía solamente la cognación, y la Ley de las XII Tablas no reconocía ningún derecho de herencia en línea transversal de los cognados. Los que nacían según en la familia de su padre y no en la de la madre se consideraban como un principio constitutivo de la familia civil.

La familia, como podemos percatarnos no está constituida solamente en el presente y con miras en el futuro, ella existe también o puede existir en el pasado. El ancestro o el padre se convierte en el tronco de una familia, pudiendo incluso ser el origen de una raza, es decir, en derecho civil de una gen: más o menos antigua en el cual llevaban el nombre. La gen, la familia antigua primitiva, todavía ingenua o puramente de servidumbre, ha dado su nombre genérico a las familias particulares provenientes de ellas, multiplicándose, y se distinguen de la raza generadora por un sobrenombre de la familia o de la rama.

La agnación, como ya fue dicho, está fundada en la potestad paterna, ella une a todos los que estarían ubicados bajo la potestad del mismo jefe de familia, si éste todavía estuviera vivo, y en consecuencia todos los que se encuentran en el árbol genealógico de la familia romana, son ubicados en la línea transversal abajo de ese jefe de familia, el ancestro o abuelo es tomado como punto de partida.

Arriba del ancestro, está el bisabuelo (proavus), el tatarabuelo (abavus), y el tatarabuelo (atavus), quienes pudieron tener varios hijos, los cuales, casándose, pudieron convertirse en troncos de nuevas familias, y constituir líneas transversales absolutamente parecidas a las que habíamos visto originarse del abuelo y del padre y comenzar nuevamente la agnación. (50)

Pero aquellas líneas transversales se relacionan con el bisabuelo o tatarabuelo, no han jamás estado ciertamente, y no han jamás podido estar bajo la potestad del abuelo, que pertenece a las generaciones subsiguientes. Estos no son por lo tanto agnados, con respecto a los padres de grados inferiores, pero forman parte de la raza antigua de la gens, llamándose así, gentiles. (51)

De esta manera, el árbol genealógico debe dividirse en dos partes, "la parte superior es donde se encuentra el abuelo, en esta parte se podría hacer una subdivisión, quien poseerá a su vez series transversales del mismo tamaño todas. Y bueno! el abuelo, en esas divisiones superpuestas, formará el punto de división entre la agnación y la gentileza: Todos los que estarán debajo de él, se encontrarán bajo su potestad su unius potestate, si vivieran aún, todos los que estarán arriba de él estarían evidentemente fuera de su dominio. Ahora bien, como es la imposibilidad o posibilidad de su misión al dominio del mismo jefe de familia o lo que marca el carácter distintivo dado por un Ulpiano, lo que marca la verdadera separación de la agnación, todos los que forman línea transversal arriba del abuelo, representarían la gentileza". (52)

Planiol y Ripert, en su obra, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, nos señalan la trascendencia de la tutela, haciendo alusión desde su concepto, apertura, aseguramiento,

mejoramiento, organización, funcionamiento de los tutores, excusas, incapacidades, cuentas de la tutela y fin de ella, motivo por el que iniciaremos su estudio en tan importante País, debido a su aportación histórica.

Definen a la tutela, "Como una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrar sus bienes". (53).

Podemos percatarnos, que entre los elementos del concepto al que hacen alusión estos autores, se encuentra el de función como el desempeño y cumplimiento de obligaciones legales frente a una persona incapaz conforme a derecho, y que carece de aquellos quienes pueden ejercer sobre él la patria potestad, o que física o mentalmente no pueden ejercer sus derechos, la cual se confiere a una persona que cuenta con plena capacidad de ejercicio, para cuidar de ese incapaz, tanto su persona como sus bienes.

Unas de nuestras propuestas en esta Tesis, es la prioridad que debe darse a la persona del pupilo; debiendo procurarse si es menor de edad, su desarrollo y crecimiento hasta la mayoría de edad, y tratándose de incapacidad mental o física, se procure de ser posible su rehabilitación, debido a que las razones son obvias; pues si se logra tal objeto podrá por sí mismo ejercer sus derechos y por ende administrar sus bienes.

Consideramos que no se encuentra fuera de la realidad el concepto de Planiol y Ripert, sin embargo creemos que la naturaleza jurídica de la tutela no se menciona; diciendo que es una función, la cual sería más bien un elemento del concepto.

Según el derecho francés, los órganos de la tutela son los siguientes:

1) La potestad tutelar, reside esencialmente en el consejo de familia, puesto que la tutela es una magistratura familiar.

Entendemos por magistratura familiar, el tiempo por el cual se ejerce el cargo tutelar.

2) El tutor, quien debe cuidar al menor y representarlo.

3) Sub-tutor, quien vigila al tutor y en algunos casos lo substituye.

Este órgano, podríamos equipararlo en nuestro derecho civil mexicano, con el curador, los cuales tendrán las mismas funciones.

4) El tribunal, colocado por encima del Consejo de Familia, su intervención es necesaria en actos muy graves, incluso puede reemplazar al tutor en caso extremo.

El derecho francés, señala que cualquier hijo natural, siempre se encontrará bajo tutela, lo cual es absurdo, debido a que aún cuando no sea reconocido por el padre, la

madre tiene la patria potestad de dicho menor, resultando aberrante la situación; pues es el caso de los hijos legítimos siempre contarán con la patria potestad, sin embargo si uno de los esposos fallece, coexiste la patria potestad, se inicia la tutela cuando el tribunal no autoriza a la madre a ejercerla.

La tutela, tendrá apertura en el domicilio del menor, debido a que con ello se determina el lugar de competencia del Juez encargado de convocar al Consejo de Familia.

"La determinación de ese lugar de apertura es importante porque fija la competencia del Juez de Paz, encargado de convocar el Consejo de Familia".(54)

Si falta de retribución al tutor por la administración y cuidado del incapaz, es lógica la falta de atención del tutor al pupilo; hacemos alusión a ello porque el tutor trae aparejada una gran responsabilidad, que implica tiempo y esfuerzo de esa persona, por lo es justo la retribución a su actividad.

Podría ser conveniente que el Consejo de Familia, determine que porcentaje económico deberá recibir el tutor de acuerdo a los bienes con los que cuente el pupilo, a efecto de estimular al tutor a que desempeñe una mejor labor.

"La tutela, comprende un subtutor, (Gegenvormund), siempre que el pupilo posea un patrimonio apreciable y que los padres no hayan excluido testamentariamente éste órgano".(55)

El Consejo de Familia, "es un asamblea compuesta en cuanto sea posible de parientes y allegados del menor y presidida por el Juez de Paz. La importancia que la ley le da, caracteriza la tutela francesa".(56)

El Consejo, no es una asamblea que deba ser constituida por todo el tiempo que dure la tutela, sino que será convocada cuando se traten asuntos del incapaz, y puede ser compuesto de forma distinta, debido a que ninguno de sus miembros tiene el carácter de legal.

El Consejo se compondrá:

- 1) Del Juez de Paz, con derecho a voto si fuera necesario.
- 2) Seis parientes allegados o amigos, la cual es aplicable a los ascendientes, viudas y hermanos del menor.

El Juez, hace la elección de los miembros que residen en el lugar de apertura de la tutela, de preferencia se hará la elección de tres por línea paterna y tres por materna, pudiendo nombrar conforme a las reglas, una persona distinta.

La principal misión del Consejo de Familia, es representar en ausencia de los padres al incapaz, la cual se ejerce de tres maneras:

1) Es el que organiza la tutela, nombra tutor cuando no se ha designado, al subtutor, fija el presupuesto de la tutela y señala las indicaciones generales relativas a la guarda y educación del menor.

2) Una vez constituida la tutela, el Consejo de Familia, continúa siendo convocado, ello siempre que se considere útil para resolver algún asunto importante sobre la dirección de la persona del menor.

3) Para efectuar y vigilar cualquier acto sobre los bienes del incapaz, y que se pueda comprometer gravemente la fortuna del menor.

Los miembros del Consejo de Familia, serán principalmente el Juez del lugar, y seis parientes o amigos.

En principio, el Juez de Paz elige a los parientes civiles o afines del menor, hombres y mujeres que residen en el Municipio del domicilio de la tutela o en radio de 20 Km. alrededor de ese domicilio. Estos parientes deben pertenecer a un número respectivo, igual a las líneas paterna y materna; si una de ellas no puede reunir tres parientes afines, se reemplaza a los que falten de acuerdo con las reglas indicadas.

No podrán formar parte del Consejo de Familia:

1) Los menores, excepto la madre siempre que sea capaz.

2) Los interdictos.

3) Aquellos que tengan con el incapaz o sus padres, pleito comprometa su persona o bienes.

4) Los condenados a cumplir una pena judicial.

5) Aquellos que hayan perdido la patria potestad del incapaz.

6) Los individuos privados o destituidos de una tutela.

Si el incapaz tiene familiares que residan lejos, y a los cuales les es difícil trasladarse al lugar de residencia del menor, se les permite ser representado por un mandatario especial, ello con autorización del Consejo de Familia. Sin embargo el mandatario no puede representar a varios miembros.

Cuando se realiza la apertura de una tutela, debe ser inmediatamente convocado un Consejo de Familia para organizarla. El cual se celebrará en el domicilio del incapaz.

El tutor no puede modificar el contenido de esa obligación, pero podrá a su gusto componer el Consejo de Familia.

El Consejo se reúne en la casa del Juez de Paz, es decir en su despacho o en cualquier otro lugar fijado por él, sin embargo las sesiones no son públicas.

Las decisiones se adoptan por mayoría absoluta, el Juez de Paz, tendrá voto de calidad.

~ Todos los miembros que se han asociado al dolo o a la culpa grave, son responsables solidariamente. No hay que hacer excepción ni siquiera del Juez de Paz.

Pero éste no puede ser encausado sino por la vía de la responsabilidad".(57)

Las diversas formas de designación del tutor son las siguientes, y se emplean en el orden en defecto de la otra:

1) La mayor parte de las veces, cuando una tutela se abre, la ley designa a los que llama de pleno derecho, es decir de la tutela legal.

2) En defecto de la anterior, se designa al tutor testamentario.

3) A falta de las dos anteriores, el Consejo de Familia nombrará un tutor, el cual se llamará dativo.

Consejo de Tutela. Es una persona que el padre nombra en previsión de su muerte, por testamento regular, por cualquier acta notarial, o por una declaración hecha ante el Juez de Paz cualquiera asistido de un escribano.

Esta persona deberá tener plena capacidad de ejercicio, pudiendo ser destituido por el Consejo de Familia.

~Aún para la administración de los bienes, el Consejo de Tutela no tiene, en relación con la madre, sino una misión de asistencia, que lo equipara al curador de un menor emancipado o al Consejo Judicial de un pródigo".(58)

El nombramiento de tutor testamentario, corresponde al ascendiente que haya muerto al último, se hace en una de las formas señaladas para la nominación de un Consejo de Tutela a la mujer superviviente.

La designación del tutor testamentario, vale por sí misma y en ausencia de cualquier ratificación.

Se aplicará la tutela dativa en los siguientes casos:

1) Si el padre o la madre que viva, cesan de ser tutores antes de su muerte, y la tutela no pasa a los ascendientes.

2) Si el tutor testamentario cesa sus funciones por cualquier causa, o si resulta excusado o incapaz desde el principio.

3) Si el ascendiente llamado a tutela muere o se encuentra incapacitado, excluido, excusado o destituido.

4) Si al fallecimiento del padre o madre, no hay ni tutor testamentario, ni ascendientes que puedan asumirla.

5) Si uno de los padres se le ha excluido de la administración legal de la muerte de otro.

6) Si un hijo natural no reconocido no es confiado a la asistencia pública.

El Consejo de Familia, deberá ser convocado en un breve plazo por el Juez de Paz, bien de oficio o a solicitud de todo interesado.

El tutor dativo, se nombrará por el Consejo de Familia, sin embargo en caso de retiro o destitución total de la patria potestad, su nombramiento corresponde al Tribunal.

Generalmente hay un solo tutor, que asegura el funcionamiento de la institución tutelar. Por lo que el testador o el Consejo de Familia, si se estima útil a los intereses del menor, pueden nombrale 20 o más tutores. Esa división va acompañada de varias funciones.

La carga de la tutela es personal, no pasa a los herederos del tutor que la desempeña, pero si son mayores y responsables, pueden continuar la administración hasta que se nombre a otro, por lo que darán cuenta hasta que el nuevo asuma el cargo.

El cargo de tutor es obligatorio, constituye una carga que implica responsabilidad que de no ser así la mayoría de las veces no sería aceptado.

Excusas de la tutela:

1) El sexo femenino.

2) Las altas funciones del Estado.

3) La residencia obligatoria de un funcionario en un departamento distinto de aquel en que se ejerce la tutela.

4) El estado militar, para militares en servicio activo.

5) Las misiones del gobierno.

6) La vejez.

7) Las enfermedades graves.

8) La carga anterior de dos tutelas.

9) El que tenga más de 5 hijos.

10) La cualidad de extraño a la familia.

Las excusas nos permiten eludir la tutela que aún no se haya asumido; y deben presentarse ante todo acto que implique la aceptación de la tutela.

En todos los casos, el Consejo de Familia, es Juez de la excusa presentada, salvo recurso ante el Tribunal y apelación ante la Corte. Pero la no aceptación de la excusa por el Consejo de Familia obliga al tutor a administrar provisionalmente. Esta regla se estima también a las mujeres, tutores legales o testamentarios que están obligados a administrar hasta que se hayan hecho sustituir. (59)

Las incapacidades para ser tutores, la tienen las siguientes personas:

1) Los menores de edad.

2) Los interdictos.

Las causas de exclusión para los tutores son:

1) Pleito con el pupilo.

2) Los condenados de una pena criminal.

3) La destitución.

4) La incapacidad.

5) La notoria mala conducta.

El Consejo de Familia, no tiene que pronunciar la exclusión que supone una causal de existencia anterior a su decisión, sino simplemente tenerla en cuenta y nombrar otro tutor.

En cambio la existencia de un pleito con el menor, la mala conducta notaria, la incapacidad o la infidelidad de la persona llamada a la tutela, no pueden anular la tutela legal o testamentaria, sino en el caso de que sean reconocidos de acuerdo con un procedimiento especial.(60)

El tutor, tiene una doble misión frente a las responsabilidades del pupilo, en primer término es representante legal del pupilo, debe guardar de él, debido a la falta de capacidad jurídica para hacerlo por sí mismo; y la segunda es el administrar los bienes del menor.

El tutor, está obligado a administrar gratuitamente los bienes del menor y cuidar de su persona, sin embargo el Consejo de Familia podrá fijar honorarios a los productos obtenidos de la administración de los bienes del pupilo.

En caso de que el tutor demostrare incapacidad o infidelidad en el cargo, el Consejo de Familia, podrá excluirlo, ello en forma definitiva.

Es responsable el tutor, de las omisiones o mala administración de la tutela, así como de todo aquello que llegare a pasar en la persona del incapaz.

La responsabilidad del tutor de hecho, nace en el mismo momento en que su administración termina, o con" ésta asumió del mismo modo que la del tutor regular al terminar la minoridad".(61)

El Derecho Francés, en su legislación, hace alusión al llamado subtutor, que significa tutor suplente; su principal misión, es la de ejercer una vigilancia constante de los actos del tutor.

La ley, exige que el subtutor esté presente en ciertos actos, que son de cierta forma difíciles. Como en la elaboración del inventario de los bienes del pupilo, o una subasta pública.

El subtutor, está encargado de hacer que se inscriba la hipoteca legal del incapaz; de llevar a cabo la convocatoria a efecto de substituir al fallecido.

Desde el momento en que existe una oposición entre el pupilo y el tutor, el subtutor debe representar al menor en todos los casos, ya que los actos celebrados por él son nulos.

El derecho de representación del subtutor aparece más frecuentemente aún en las instancias en que están empeñados, cada uno de su parte, el tutor y el menor pleitos sobre su partición, procedimiento de prelación de división relativo a la hipoteca legal; de mandas

tendientes a hacer que se incapacite judicialmente al tutor o se le provea de un Consejo Judicial, o que tiendan a la anulación de un acto irregular celebrado por él".(62)

El subtutor, tiene la misma responsabilidad que el tutor, pues la ley señala que es responsable solidario con el tutor en el inventario de los bienes del pupilo, y de la falta de la inscripción de la hipoteca legal.

La ley francesa, prevé que una vez nombrado al pupilo tutor, es indispensable el nombramiento inmediato del subtutor, de lo contrario la función no puede dar inicio.

No hay necesidad de substituir al subtutor, sólo en caso de muerte o mala vigilancia, por lo que el Consejo de Familia será el encargado de nombrar a uno nuevo.

El Consejo de Familia, tiene plena decisión para nombrar al subtutor al igual que en la tutela, sin embargo las causas de incapacidad y exclusión deben ser tomadas en consideración para que se lleve a cabo.

El tribunal, tiene una triple misión en materia tutelar:

- 1) Como jurisdicción de apelación contra las decisiones del Consejo de Familia.
- 2) Como encargado de aprobar los acuerdos más importantes del Consejo de Familia.
- 3) Debe llevar a cabo personalmente la misión de Consejo de Familia de los hijos naturales.

Se puede interponer recurso en contra de los acuerdos tomado irregularmente por Consejo de Familia, que no hayan tenido acuerdo unánime de sus miembros; por lo que el tutor y el subtutor podrán iniciar dicho recurso, incluso en contra de un acuerdo de el mismo tribunal, ello siempre que afecte los intereses del incapaz.

Al extinguirse la patria potestad del incapaz, la autoridad sobre la dirección del personal del menor, pasa como la ley señala, al Consejo de Familia, y los tribunales tienen derecho de intervenir en las decisiones de él, que permiten llevar a cabo un cambio en los acuerdos por dicho Consejo.

El tutor, tiene la guarda del menor, no podrá privársele de ella, salvo caso de destitución.

Todo lo que concierne a la organización patrimonial de la tutela, es de orden público, y se impone al Consejo de Familia. Este ni puede ni ampliar, ni disminuir los poderes del tutor, fuera de los casos en que la ley le permite regular, el porvenir de la tutela. Igualmente, el testamento del padre o la madre útilmente fallecido, no puede en principio aumentar ni

disminuir la misión legal del Consejo de Familia o del tutor, desde el punto de vista de la fortuna del pupilo".(63)

El tutor, puede y debe pagar las deudas vencidas del menor, comprobando bajo su responsabilidad, su existencia y validez.

En caso de que los bienes del pupilo necesiten reparaciones, el tutor puede disponer de los ingresos del incapaz, siempre que sea posible y que esté dentro de los ingresos de la administración tutelar.

Por disposición legal, hay actos que se prohíben al tutor, debido a que su objeto principal es la guarda y buena administración de los bienes.

Entre otras prohibiciones, están las donaciones, renunciar a una herencia a favor del incapaz, el ser fiador de una fianza a efecto que los bienes del incapaz estén garantizados.

La tutela, termina únicamente por causas que provienen del menor, normalmente por que llega a su mayor edad, por muerte del menor, por emancipación.

"No obstante, las importantes cuestiones se presentan al fin de la tutela, una de las cuentas, que se rinden a cada cambio de tutor, la otra, en cambio, la de la prescripción, no se presenta hasta el fin de la tutela, puesto que la prescripción está suspendida para los menores".(64)

El tutor, al término de sus gestiones, está obligado a rendir las cuentas de la tutela, en caso de muerte; sus herederos llevarán a cabo dicho trámite en el caso del artículo.

"La acción de rectificación de cuenta, por omisión en los ingresos o exageración en los gastos, salvo el caso en que el dolo del tutor al hacer la rendición de cuentas, pueda ser probado separadamente".(65)

a) CODIGO CIVIL FRANCES DE 1804

En el título 1º del primer libro, es decir, el relativo a las personas, se encuentran a mas de sus defectos de método y redacción, dos motivos fundamentales de crítica. "Uno de ellos, la muerte civil, ya nos hemos ocupado aunque no con la extensión con que deben tratarse estas materias. El otro, se refiere a la condición de los extranjeros. El código había concedido a los extranjeros residentes en Francia, todos los derechos civiles de que gozaban los nacionales sometiéndolos sin embargo a las Leyes de la República, y el Código Napoleón, declara que el extranjero tendrá en Francia los mismos derechos civiles concedidos a los franceses por los tratados de la nación a que correspondan aquellos. El estudio de este título, que recomendamos, hará resaltar más la pequeñez y deficiencia de

esta restricción, pues bajo ciertos puntos de vista no sólo reproduce los errores del antiguo derecho si no que los agrava. Fijese especialmente la consideración en el capítulo que declara independiente el ejercicio de los derechos civiles de la cualidad de ciudadano, y se comprenderá que está mal entendida la noción de derecho político".(66)

En el libro 2º, que se refiere a los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad, el código, "no sólo refleja literalmente la doctrina de la tradición, sino que confunde de una manera muy censurable a nuestro entender, y clasifica entre los mismos, los objetos de derecho o los bienes y cosas que son materia del derecho, excepciones distintas, no obstante esta confusión, ha tomado otra del Derecho Romano en lo que concierne especialmente al derecho de propiedad, en esto ha ligado la propiedad en sí al derecho mismo, que no se le puede separar de su objeto, y le ha borrado, por consiguiente del número de los derechos considerados como bienes. El derecho de propiedad se convierte así en una cosa que forma antítesis con los derechos mismos".(67)

Daremos una reseña del el Código Napoleón en cuanto a la tutela, el cual fue declarado el 5 de marzo de 1803 (4 ventoso año XI) y promulgado el 15 del mismo mes (24 ventoso año XI). El código regulaba la tutela, en el Libro Primero Título VIII, señalando:

La adopción y la tutela, están unificados al decretarse este código iniciando con la adopción y cuales son sus efectos. Más adelante comienza al hablar en específico del tema señalando la tutela oficiosa, diciendo que cualquier persona mayor de cincuenta años y sin hijos ni descendientes legítimos, que quiera durante la menor edad de otro unirse a él por un título legal, podrá llegar a ser su tutor oficioso, previo el consentimiento de los padres o del superviviente de estos, o en su defecto de un Consejo de Familia; si el que haya de ser objeto de la tutela no tiene padres conocidos, deberá obtenerse el consentimiento de los administradores del lugar en que este recogido o de la municipalidad del lugar o de su residencia.

Una persona casada, no podía ser tutor oficioso sin el consentimiento del otro cónyuge.

La tutela oficiosa, es una institución auxiliar de la adopción, que aunque organizada con especial cuidado por los redactores del Código Napoleón, se ha aplicado pocas veces en la práctica y no ha encontrado eco en la mayor parte de los códigos modernos, se llama oficiosa porque el tutor, es este caso adquiere o se impone voluntariamente y por un sentimiento de cariño hacia el pupilo, las cargas y obligaciones a que el capítulo dos se refiere".(68)

Este código, como autoridad señala que el Juez de Paz del domicilio del niño, formará expediente de las peticiones y consentimientos relativos a la tutela oficiosa, la cual no podrá referirse mas que a niños menores de quince años.

Llevará consigo, sin perjuicio de otras convenciones particulares, la obligación de alimentar al pupilo, de educarle y ponerle en condiciones de vivir por sí.

Si el pupilo, tuviera algunos bienes y si estaba anteriormente en tutela, la administración de aquellos, como de su persona, pasará al tutor oficioso, que podrá sin embargo deducir de las rentas del pupilo y los gastos hechos en su educación.

Si el tutor oficioso, pasados cinco años después de obtenida la tutela antes de cumplir el pupilo la mayor edad cuando se encuentra en estado de muerte, le confiere la adopción en su testamento, será válido este acto siempre que el tutor oficioso no deje hijos legítimos.

En caso de que el tutor, muera antes o después de los cinco años sin haber adoptado al pupilo, se suministrará a éste durante su menor edad, lo necesario para su subsistencia; la cuota y la especie de los que se le suministren, si no se hubieren previamente estipulado en convenio formal, se determinarán amistosamente entre los representantes respectivos del tutor y del pupilo, o judicialmente si no estuvieren conformes.

Si la mayor edad del pupilo y previo su consentimiento, quiere adoptarle su tutor, se procederá a formalizar la adopción en la forma anteriormente señalada.

Se exige que el hijo tenga por lo menos quince años, con el objeto de que el tutor oficioso, pueda antes de llegar aquel a la mayor edad, socorrerle y procurarle cuidados no interrumpidos durante seis años por lo menos, conforme a lo prescrito acerca de la adopción, la misma existencia de la tutela oficiosa da lugar a una presunción natural del cumplimiento de estas condiciones.

“Si durante los tres meses, siguientes a la mayor edad del pupilo, no produjesen efecto las instancias hechas a su tutor oficioso para que le adopte y aquel no se encuentra en condiciones de atender por sí a su subsistencia, el tutor podrá ser condenado a indemnizar al pupilo por la incapacidad en que se halla de proveer por sí a sus propias necesidades”.(69)

La indemnización, se destinará a proporcionarle los recursos necesarios para aprender un oficio.

En todos los casos, deberá entregar cuentas el tutor oficioso que haya administrado bienes pertenecientes al pupilo.

El hijo, cualquiera que sea la edad debe respeto a sus padres. El hijo queda sometido a la autoridad de sus padres hasta su mayor edad o emancipación.

El padre sólo ejercerá esta autoridad durante el matrimonio.

El hijo, no podía abandonar la casa paterna sin el consentimiento de su padre, a no ser que cumplidos dieciocho años sea admitido en el ejercito.

En caso de que el padre esté en descontento con su hijo, podrá tomar medidas necesarias para su corrección como los son; si el hijo aún no ha cumplido dieciocho años, el padre podrá dar indicaciones para que lo detengan por periodo de un mes, por lo que en caso de que el padre lo indique, se dictará por el tribunal auto de prisión.

El padre, sólo podrá pedir la prisión de su hijo en un periodo no mayor a seis meses, sin embargo y cuando él lo decida, podrá el Juez ponerlo en libertad.

El padre facilitará los alimentos a su hijo durante la prisión.

La madre viuda, no podrá exigir que esa medida sea aplicada a su hijo, sino mediante la intervención de dos parientes paternos mas próximos.

Cuando el hijo tenga bienes personales, o ejerza una profesión no podrá ser detenido aún cuando se solicite de acuerdo a esta ley.

El padre, durante su matrimonio, y aún cuando haya disolución del mismo, tendrá el usufructo de los bienes de sus hijos hasta que sean mayores de edad, o haya emancipación.

Las obligaciones de los padres son: 1.- Las que tienen en general los usufructuarios, 2.- La alimentación y educación de los hijos, 3.- El pago de los réditos o intereses de los capitales, 4.- Los gastos de funeral y entierro y los de la última enfermedad".(70)

El usufructo, no tendrá beneficio del padre o la madre en contra del que se haya pronunciado la sentencia de divorcio y cesará respecto de la madre que contraiga segundas nupcias.

Lo anterior, no se hará extensivo a los bienes que los hijos hayan adquirido por medio de su trabajo o industria, ni aquellos que hayan sido entregados en legados y que los padres no hayan de disfrutarlos.

La menor edad concluye al cumplir veintiún años.

Esta ley, también indica lo relativo a la tutela de los padres, que aunque es más bien la patria potestad; esta ley así la llama, el padre es durante el matrimonio el administrador de los bienes personales de sus hijos menores. Es responsable de la propiedad y rentas de aquellos bienes cuyo usufructo no tiene, y sólo de la propiedad en aquellos en que se lo concede la ley.

Después de la disolución del matrimonio, si uno de los cónyuges muere, el otro padre asumirá la patria potestad de los hijos.

Podrá el padre, nombrar a la madre ser tutora, un asesor especial, sin cuya autorización podrá realizar ningún acto relativo a la tutela.

El nombramiento de consultor sólo se hará en los siguientes casos: 1.- "Por acto de última voluntad, 2.- En declaración hecha ante el Juez de Paz acompañado del Secretario del Juzgado o Notarios".(71)

Si al morir el padre dejaba un hijo póstumo, se nombrará por el consejo de familia a dicho hijo un curador.

Al nacer el hijo, la madre era la tutora, y el curador será su protutor.

La madre, no estaba obligada a aceptar la tutela; sin embargo en caso de que lo hiciera, debía cumplir con los deberes hasta que se nombre uno nuevo.

La mujer, que hubiere contraído segundas nupcias y no continúe siendo tutora de los hijos de su primer matrimonio, estaba facultada para nombrarles tutor, ello no era válido hasta que el consejo de familia lo confirmara.

De la tutela de los ascendientes. Cuando el cónyuge supérstite no hubiere nombrado tutor al menor, la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno, a falta de éste al materno, y así subiendo las líneas paternas hasta llegar a los abuelos maternos.

Si en defecto de los abuelos paternos y maternos del menor, la concurrencia aparece entre dos ascendientes del grado superior, pertenecientes ambos a la línea paterna de aquel, la tutela corresponderá de derecho a aquel de los dos que resulte ser abuelo paterno del padre del menor.

Si se verificase la misma concurrencia entre dos bisabuelos de la línea materna, nombrará precisamente a uno de ellos el consejo de familia.

De la tutela conferida al Consejo de Familia. Cuando un menor no emancipado quede huérfano y carezca de tutor elegido por sus padres, ni tenga ascendientes varones, como cuando el tutor se encuentre en los casos de exclusión de que se hablará o tenga excusa legal, se proveerá por el Consejo el nombramiento de tutor.

El Consejo, convocará a petición de los parientes del menor, de sus acreedores u otros parientes interesados o de oficio y por disposición del Juez de Paz del domicilio del menor, el nombramiento de tutor.

Cualquier persona autorizada, podrá denunciar al Juez de Paz, el hecho que motivó al nombramiento del tutor.

El Consejo de Familia, se compondrá además del Juez de Paz, de seis parientes o afines vecinos del pueblo donde haya de nombrarse tutor, la mitad de la línea paterna y la otra mitad de la materna siguiendo el orden de proximidad en cada línea. Será preferido el pariente al afín del mismo grado el de mayor edad. (72)

Los hermanos directos del menor, y los maridos de sus hermanas, eran los únicos exceptuados de la limitación del artículo anterior. Si son seis o más, formarán parte del Consejo de Familia, y lo compondrán ellos, sólo con los ascendientes que tuviesen excusa válida. Si son en número menor, los demás parientes no serán llamados sino para completar el Consejo.

Cuando de los parientes o afines de una o de otra línea no hubiese el número suficiente en el pueblo o dentro de la distancia señalada en esta ley, el Juez de Paz llamará, bien a los parientes afines domiciliados a mayores distancias, o dentro del mismo distrito a personas cuyas relaciones de amistad con los padres del menor fueran de todos conocidas.

El Juez de Paz, podrá aún cuando hubiera en el lugar un número suficiente de parientes o afines, permitir citar, cualquiera que sea la distancia que haya a su domicilio, a los parientes o afines mas próximos en grados o de los mismos que los parientes presentes, esto se realizará descartando algunos de los últimos, y de modo que el número de los citados no exceda del señalado en lo mencionado por esta ley.

El plazo para comparecer, se determinará por el Juez de Paz en un día fijo; pero de modo que haya entre la citación notificada y el día indicado para la reunión del consejo un intervalo de tres días cuando menos, ello cuando todas las partes residan en el distrito. Siempre que entre las partes interesadas haya domiciliado a mayor distancia, se aumentará un día más.

Los parientes, afines o amigos así convocados, deberán concurrir personalmente o por medio de apoderado especial. Cada poder no podrá referirse mas que a una persona.

Todo pariente, afín o amigo que haya sido convocado, y no comparezca sin tener para ello, excusa legítima, sufrirá una multa que no excederá de cincuenta francos. Esta multa era puesta sin apelación por el Juez de Paz.

Si la excusa es admisible, y conviene esperar o reemplazar al individuo ausente, podrá el Juez citar o prorrogar la reunión.

Esta se verificará en el Juzgado de Paz, a no ser que el mismo Juez designe otro local para deliberar, si cree necesaria la presencia de las tres cuartas partes al menos de los individuos citados.

El Juez de Paz, presidirá el Consejo de Familia y tendrá voz y voto en caso de empate.

Quando el menor domiciliado en Francia, poseía bienes en las colonias, se daba a un protutor la administración especial de estos bienes; en este caso, el tutor y protutor obraban con completa independencia, y no eran responsables más que de su gestión respectiva.

El tutor, obrará y administrará como tal, desde el día de su nombramiento si hubiese sido hecho a su presencia, si no desde el día en que se le haya notificado.

"La tutela, es un cargo personal no transferible por herencia, estos responderán de la gestión de causahabiente, y si son mayores de edad, tendrán obligación de continuarla hasta el nombramiento de nuevo tutor".(73)

En toda tutela, habrá un tutor sustituto nombrado por el Consejo de Familia. Sus funciones se reducirán a obrar en favor de los intereses del menor, siempre que estén en oposición con los del tutor.

Quando se confieran las funciones de tutor a una persona, en quien concurra alguna de las cualidades expresadas en esta ley, deberá el tutor antes de hacerse cargo de la tutela, hacer convocar un Consejo de Familia compuesto de elementos indicados en esta ley.

En las demás tutelas, el nombramiento de tutor sustituto seguirá inmediatamente al de tutor.

En ningún caso, el tutor formará parte en la votación en que se nombre tutor. Este designará, excepto en el caso de hermanos carnales, en la línea a que no pertenezca el tutor.

El tutor sustituto, no reemplazará de derecho al tutor cuando vaque la tutela o resulte abandonada por ausencia, pero en este caso bajo pena de indemnización, debe provocar el nombramiento de un nuevo tutor.

Las funciones del tutor, sustituto cesaban en la misma época que la tutela.

Están dispensados de la tutela. Los Presidentes y Ministros del Tribunal de Casación, el Fiscal y Abogados Fiscales del mismo, los Prefectos y además todo individuo que ejerza el cargo público en departamento distinto de aquel en donde ha de ejercer el tutor sus funciones.

Estaban igualmente dispensados de la tutela, los militares en activo servicio, y todas las demás personas que ejerzan fuera del territorio francés una misión conferida por el Jefe del Estado.

Si las personas se encontraren en los supuestos anteriormente señalados, y hayan aceptado la tutela con posterioridad al ejercicio de sus funciones, servicios o misiones que puedan alegarse como dispensa, no podrán ya eximirse por este concepto.

Cualquier persona mayor de sesenta años, podía rehusar el cargo de tutor; si hubiese sido nombrado antes de cumplir esa edad, podrá al cumplir setenta años, solicitar se le exima del desempeño del cargo.

Están dispensados para ejercer la tutela; el ciudadano que padezca enfermedad grave, justificada en forma. Si el padecimiento ha sobrevenido después de haber sido nombrado, podrá alegarse como excusa para no continuar.

"La gestión de dos tutelas, es una justa causa para eximirse de la aceptación de una tercera. El que a la cualidad de tutor una la del esposo o padre, no estará obligado a aceptar una segunda tutela a no ser la de sus propios hijos".(74)

Los que tengan cinco hijos legítimos, están dispensados de ejercer otra tutela que no sea la de aquellos. Se tendrá en cuenta a los efectos de esta dispensa, los hijos muertos en activo servicio en el ejercito.

El nacimiento de nuevos hijos durante el ejercicio del cargo de tutor, no será causa bastante para renunciar a la tutela.

Si el tutor nombrado, presencia la reunión en que se le confiera el cargo, deberá en el acto y bajo pena de no poder presentar reclamaciones ulteriores. presentar sus excusas, acerca de las cuales deliberará el Consejo de Familia.

Si se desechan las excusas, podrá reclamar su admisión ante los tribunales, pero deberá durante el pleito desempeñar provisionalmente el cargo.

"No podían ser tutores, ni miembros de los Consejos de Familia, los menores de edad, a no ser que se trate de sus hijos; los que estén sujetos a interdicción; las mujeres excepto la madre o ascendientes; todos los que tengan o cuyos padres tuviesen contra el menor un pleito, al cual estén ligados el Estado, el capital o una parte considerable de los bienes del mismo menor".(75)

La condenación a una pena afflictiva o infamante lleva consigo, de derecho la exclusión de la tutela. También produce la remoción del tutor en el caso en que se tratase de una tutela anteriormente conferida.

Están bien excluidos de la tutela y sujetos a remoción; las personas cuya mala conducta fuera notoria; aquellas cuya gestión demostrase incapacidad o infidelidad.

No podrá formar parte de un Consejo de Familia, el individuo que haya sido excluido o exonerado de otra tutela.

Siempre que proceda la destitución de un tutor, se acordará esta por el Consejo de Familia, convocado a instancia del protutor o de oficio por el Juez de Paz. Este no podrá

eludir la convocatoria cuando se pida en forma por uno o varios parientes o afines primos hermanos o de grados más próximos.

Todo acuerdo del Consejo de Familia que determine la exclusión o remoción del tutor, será fundado y no podrá tomarse sin oír o citar previamente al tutor.

Si el tutor se conforma con el acuerdo, se hará de ello mención y el nuevo tutor entrará desde luego en el ejercicio de sus funciones. Su hubiese reclamación, el tutor sustituto pedirá ante el tribunal de primera instancia la confirmación del acuerdo. El Tribunal pronunciará su fallo, que será apelable. El tutor excluido o destituido puede en este caso citar al tutor sustituto con objeto de pedir que se declare su continuación en la tutela.

Los parientes o afines que hubieran pedido la convocatoria, podrán intervenir en las diligencias que se substanciaran y fallarán como negocio urgente.

El tutor, velará sobre la persona del menor y le representará en todos los negocios civiles. Administrará sus bienes como un buen padre de familia, y responderá de los daños y perjuicios que de su mala gestión pudiesen sobrevenir. No puede comprar los bienes del menor, ni arrendarlos, a no ser que el Consejo de Familia haya autorizado al tutor sustituto a otorgar en su favor escritura de arrendamiento, tampoco le está permitido aceptar la cesión de ninguna acción ni crédito contra su pupilo.

En los diez días siguientes al de su nombramiento, el tutor siempre que aquel le conste de una manera positiva, podrá pedir que se levanten los sellos, si se pusieron, y hará proceder inmediatamente en presencia del tutor sustituto, al inventario de los bienes del menor. Si éste le debiera alguna cantidad, hará constar para no perder su derecho, a esta declaración precederá la pregunta que sobre este caso concreto deberá hacerle el oficial público, y de la cual se hará mención en la diligencia. (76)

En el mes siguiente a la conclusión del inventario, el tutor hará vender en presencia del sustituto, en subasta presidida por un oficial público, y previos los anuncios y edictos a los que se referirán las diligencias, todos los muebles, excepto aquellos que conservare en especie por autorización del Consejo de Familia.

Los padres, mientras tengan el usufructo legal y propio de los bienes del menor, están dispensados de vender los muebles si prefieren conservarlos para hacer a su tiempo la restitución. En este caso, mandarán hacer a su costa y por un perito nombrado por el sustituto, y prestando juramento ante el Juez, un avalúo de los citados muebles. Al hacer la entrega, deberán dar el valor de los objetos que no hubiesen conservado.

Al comenzar el ejercicio de una tutela, excepto aquellas de que se encarguen los padres, el Consejo de Familia determinará prudencialmente y conforme a la importancia de los bienes administrados, la cantidad a que pueda ascender el gasto anual del menor y de la administración de sus bienes. En la misma diligencia se hará constar si el tutor está

autorizado para hacerse auxiliar en su gestión por uno o varios administradores particulares asalariados, que presten su servicio bajo la responsabilidad de aquel.

El mismo Consejo, determinará positivamente la cantidad que haya de servir de punto de partida para que el tutor emplee el sobrante de las rentas una vez cubiertos los gastos sobrantes, deberá hacerse dentro del plazo de seis meses, terminado el cual sin haberle hecho, estará obligado el tutor a pagar intereses.

Si el tutor, no hubiere hecho determinar, por el Consejo de Familia la cantidad que debe de servir de base al empleo del capital, deberá concluido el plazo fijado en el artículo anterior, pagar los intereses de toda suma no colocada, por poca que sea.

El tutor, aunque tengan este carácter el padre o la madre del menor, no puede recibir cantidades prestadas en nombre y beneficio del pupilo, no vender e hipotecar sus bienes inmuebles, sin que proceda a estos actos una autorización del Consejo de Familia. Esta autorización no se dará nunca si no reconoce por causa una necesidad absoluta o una utilidad evidente. En el primer caso, el Consejo de Familia no concederá su autorización, sino después de haberse hecho constar, en cuenta sumaria presentada por el tutor, que el dinero, muebles y rentas del menor, no bastan a cubrir sus necesidades. El Consejo de Familia indicará en todo caso los bienes que hayan de venderse con preferencia, y todas las demás condiciones que considere oportunas. (77)

Los acuerdos del Consejo de Familia que se refieran a este objeto, no se ejecutarán, sino después de haber pedido y obtenido el tutor su confirmación ante el tribunal de primera instancia; este resolverá en pleno y previo dictamen fiscal.

El tutor, no podrá aceptar ni repudiar una herencia perteneciente al menor sin estar autorizado para ello por el Consejo de Familia. En todo caso no se hará la aceptación, sino a beneficio de inventario.

Cuando la herencia repudiada a nombre del menor, no fuera aceptada por otra persona, podrá ser adquirida de nuevo, bien por el tutor autorizado al efecto por nuevo acuerdo del Consejo de Familia, o por el menor cuando llegue a la mayor edad, pero en estos casos debe recibirse en el estado en que se encuentre y sin facultad de impugnar las ventas u otros actos ejecutados legalmente durante el tiempo en que estuvo sin aceptarse la herencia.

El tutor, podrá aceptar las donaciones hechas al menor sin estar autorizado por el Consejo de Familia. Producirán, respecto del menor, los mismos efectos, que si se hubiesen hecho a una persona mayor de edad.

El tutor, no podrá entablar demandas relativas a los derechos que sobre bienes inmuebles pudiera tener el menor, ni consentir las propuestas en su perjuicio sin autorización del Consejo de Familia.

Las misma autorización, será necesaria al tutor para proponer una partición; pero podrá, sin necesidad de aquella, contestar la demanda de participaciones propuesta contra el pupilo.

El tutor, que tenga motivos graves de queja acerca de la conducta del pupilo, podrá dar conocimiento de estos hechos a un Consejo de Familia, si por este se le autoriza, solicitar la reclusión del menor conforme a lo establecido sobre este punto en el título patria potestad.

Todo tutor, esta obligado a dar cuenta de su gestión cuando concluya esta.

A todo tutor, excepto el que lo sea de sus propios hijos, puede obligársele, aún durante la tutela, a presentar al tutor sustituto, y el estado de la situación de los bienes confiados a su gestión.

La cuenta definitiva de la tutela, se hará a expensas del menor, cuando llegase a la mayor edad u obtuviese su emancipación. El tutor, adelantará los gastos. Serán abonables al tutor todos los gastos justificados en forma y cuyo objeto sea útil.

Cualquier pacto, hecho entre el tutor y el pupilo que haya llegado a la mayor edad, será nulo, si no le precediera la donación de cuenta detallada y la entrega de los documentos justificativos, todo acreditado por recibo del que tome la cuenta, diez días antes de la celebración del pacto.

Si la cuenta es causa de cuestiones, se discutirán y resolverán estas como cualquiera otra demanda civil.

La suma que ascienda el reto debida por el tutor, producirá intereses sin necesidad de solicitarlos, desde la dación de cuentas.

Las acciones que el pupilo tenga contra su tutor, con motivo del ejercicio de la tutela, prescriben por diez años a contar desde la mayor edad.

El matrimonio del menor produce de derecho su emancipación.

El menor, aunque no esté casado, puede ser emancipado por su padre y en defecto de este por su madre, cuando haya cumplido los quince años.

Bastará para realizar esta emancipación, que el padre o la madre presten declaración ante el Juez de Paz, acompañado de su Secretario.

El menor huérfano de padre y madre, podrá también, pero únicamente después de haber cumplido los dieciocho años, ser emancipado si lo juzga capaz el Consejo de Familia.

En este caso, la emancipación nacerá del acuerdo que la haya autorizado y de la declaración que el Juez de Paz, como Presidente del Consejo de Familia, haga en el mismo acto".(78)

Las cuentas de la tutela, se darán al menor emancipado, acompañado al efecto de un curador nombrado por el Consejo de Familia.

No podrá intentar acciones sobre bienes inmuebles, ni contestar a las que en este punto se entablen contra él, ni aún recibir y dar cartas de pago de un capital mueble sin la asistencia de su curador, el cual, en el último caso, velará sobre el empleo que se dé al capital recibido.

Bajo ningún pretexto, podrá el menor emancipado, tomar dinero a préstamo sin un acuerdo previo del Consejo de Familia, confirmado por el tribunal de familia de primera instancia, después oír este el dictamen fiscal.

Tampoco podrá, vender sus bienes inmuebles ni ejecutar más actos que los de pura administración, sin observar las formas prescritas al menor no emancipado. Respecto a las obligaciones que haya contraído por compra o en otra forma, podrá reducirse en caso de lesión, en esta parte los tribunales tomarán fortuna del menor, la buena o mala fe de las personas que con él hubieren contratado, y la utilidad o inutilidad de los gastos hechos".(79)

El menor emancipado, cuyos contratos hubieran sufrido reducción en virtud de lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ser privado del beneficio de la emancipación, siguiendo para ello las mismas formas que tuvieron lugar para conferírsela.

El menor emancipado que se dedique al comercio, está considerado como mayor de edad a los efectos de los hechos relativos al comercio mismo.

Por último, hay que mencionar que en este código la mayor edad se fijaba a los veinticinco años cumplidos, y por ella adquiere el individuo la capacidad para todos los actos de la vida civil.

V.- EVOLUCION HISTORICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Hablaremos de la trayectoria que ha seguido el Derecho Español a partir de 1862, y como se ha desarrollado a nuestros días.

Al igual que en otras partes del mundo, el Derecho Romano, ha prevalecido como fuente en la Legislación de muchos países, y este no es la excepción; en las Leyes de Partidas Españolas nos da un concepto de lo que era para ellas la tutela:

~ Tutela en latín, tanto quiere decir como guarda en romance, que es dada é otorgada al huérfano libre menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce, é esta guarda se otorga sobre las cabezas de los menores, manguer non quieran é non lo demanden ellos. El guardador debe ser dado para guardar la persona del mozo é sus bienes, é non debe ser puesto por una cosa ó un pleito señalado tan solamente~.(80)

Es entonces, la tutela para ellos era la guarda de los huérfanos menores de catorce y doce años.

Pero sabemos, que el primero en poder nombrar una tutela era la persona que tenía la potestad del menor, en este caso el padre de familia al igual que en Roma.

El abuelo, podía nombrar un tutor para sus nietos, siempre que estuvieran bajo su potestad, incluso de los póstumos, hasta la edad de catorce años el mozo y doce la moza.

Podían ser tutores:

1) El varón de 25 años.

2) Si fuera mujer o la abuela, debía pedir Rey o al Juez del lugar que se la otorgasen, pero si la mujer contraía segundas nupcias, era obligación del Juez entregar a los hijos de esa mujer a un pariente más cercano que fuera hombre bueno y sin sospecha, al mismo tiempo que debía entregar los bienes de los menores al tutor para su administración, y en el supuesto de que algo faltare debía responder con sus bienes y con los del que contrajo nupcias.

Si la madre quedaba viuda de su segundo matrimonio, puede readquirir la tutela de sus hijos.

3) Podía instituir tutores, a aquellos que en el testamento fueran nombrados herederos, aún sin ser familiares del testador.

Se sometían a tres clases de tutela al igual que los romanos, la testamentaria de la cual ya hemos hablado, la legítima y la dativa.

TUTELA LEGITIMA. Solía operar en los siguientes casos:

1) Al morir un padre de familia que no nombró tutor a sus hijos en su testamento, o si el que nombró muere y no tuvieren madre ni abuela, se nombra al pariente más cercano en el mismo grado para guardar de ellos y sus bienes, tienen que otorgar ante el Juez una fianza para asegurar los bienes del pupilo así como sus frutos.

2) Si los huérfanos tenían madre o abuela serán preferidas, siempre que sean buenas, y prestar juramento para el desempeño del cargo.

Al asumir el cargo, debían los tutores expedir una escritura de aceptación, requisito exigible para poder desempeñarlo, el nombramiento que efectuaba el padre de familia debía ser aceptado por todos, y con excepción de otorgar la fianza.

Pero aquellos que sí tenían que otorgar fianza, se obligaban a sí mismos, y a sus herederos y sus bienes.

De acuerdo a lo que señala la Ley de Partida Nueve, que el nombramiento de un tutor debía ser conforme al pariente más cercano del mismo grado, pero si los guardadores de los huérfanos eran muchos al grado de no precisar la función de cada uno, el Juez debe obligarse a nombrar una para el desempeño, así mismo debía tener una moral amplia.

Otra forma de elegir al tutor, era la convocación a todos y el Juez les pregunte cual es el más apto, o en el caso de que la administración sean varios lugares, enviaran a cada uno a que administrara esos bienes, y analizar si es necesario, que se otorgue la fianza para el desarrollo de sus gestiones.

TUTELA DATIVA. Se otorga los huérfanos desamparados que no tienen familiares, o teniéndolos no reúnen los requisitos para serlo, el mozo menor de catorce años, y además su padre no le haya dejado el padre nombrado tutor en su testamento.

La madre, podía solicitar al Juez se nombrara tutor, pero si tiene cualquier amigo, el incapaz puede pedir se le nombre su tutor, dicho nombramiento durará hasta que el mozo cumpliera catorce años y la moza doce, a partir de esa edad se les nombrará curador y guardador hasta los veinticinco años.

La negligencia de quien era responsable de exigir se nombrara tutor al pupilo, era responsable de los daños a excepción de la madre viuda menor de veinticinco años o si era rústica.

El Juez competente, era el del lugar de nacimiento del mozo o el que tenía relación con sus bienes, al término de la misma, el tutor debe exigir al Juez que nombre un curador.

DE LA CURATELA. "Curadores son llamados a aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años é menores de veinticinco, seyendo en su acuerdo. E aún los que fuesen mayores, seyendo locos ó desmemoriados".(81)

El curador, no debía ser nombrado en el testamento del padre, pero si lo hiciera, podrá ser confirmado por el Juez si es en beneficio del pupilo.

Se nombraba también curador al pródigo, y una vez aceptada, deben los pupilos someterse hasta los veinticinco años, la curatela al igual que la tutela era de triple división.

La vida de un joven comenzaba a los catorce años, por eso era importante que tuvieran un curador, para que no se le confundiera con un loco o pródigo y se quede sin menor guía, el padre lo dirigía de ultratumba dejando un curador que vele por sus intereses, pero si el padre no designaba curador al menor, podrá nombrarlo con autorización del Juez, siempre que reuniera las condiciones precisas.

INCAPACIDAD PARA EJERCER ESTOS CARGOS. Los religiosos no pueden serlo, ya que pertenecen a la iglesia y servir a Dios, pero si eran familiares del menor, si podían ser nombrados, pero tienen un plazo de cuatro meses para acudir con el Juez y les informara formalmente si el padre ya había fallecido.

No podían ser curadores, los deudores del pupilo, aunque los padres los hayan nombrado, toda vez que la razón era más que comprendida.

"Aquellos que servían de caballeros a Rey o a otro señor no podían ser nombrados, ni el que fuere sordomudo, ni aquellas personas que no podían trabajar por si mismos".(82)

OBLIGACIONES. Debían hacer los tutores, un inventario de los bienes del pupilo por escrito, y después cuidar de ellos, así como cuidar su casa, labrar sus heredades y criar los ganados todo ello de buena fe.

Al escrito anterior se le llama, quia in eodem describuntur reperta et inventa in bonis pupilli.

Si un tutor obraba de mala fe en el escrito, y no mencionaba un bien del pupilo se le castigaba severamente.

Si el huérfano era pobre, se le debían dar alimentos, lo que se llama fruto por pensión.

Si se incluían bienes en el inventario que no eran del pupilo, y no reclamados posteriormente, se tenía que fue una donación a su patrimonio. Una vez que tenía el curador los bienes del pupilo, debía procurar la educación su educación y que aprendiera buenas maneras, leer, escribir y darle a elegir el oficio que más convenga, según su naturaleza riqueza, dándole así mismo alimentos y vestirlo y otorgarle todo lo necesario para que pudiera vivir, la tutela comprende también la educación, quia educatio liberorum dicitur pars tutelae.

AUTORIDAD DEL TUTOR. Tenía el tutor, que defender en cualquier controversia judicial a su pupilo, si fueran dos los tutores indistintamente podían uno y otro actuar en su nombre siempre que el mozo sea menor de siete años, pero si era mayor, podía actuar personalmente con su tutor, y en caso de perder el juicio, tenía que entregar bienes de su propiedad.

Si en un pleito, el pupilo adquiría bienes de la contraparte sin autorización de su tutor, este podía recibirlos si es a favor del pupilo, sin embargo los actos de los menores eran nulos si no los autorizó el tutor.

En cuanto a la enajenación de bienes, era necesario que se diera aviso al Juez si se iba a llevar a cabo, pero sólo en una extrema urgencia el Juez determinaba si se debe hacer o no, ya que estos bienes eran custodiados con mayor prioridad, la casa del huérfano que era de su padre no podía de ninguna manera enajenarse, ni podía saber si esos bienes el tutor debía darles enfiteusis, usufructo, renunciar a una servidumbre constituida a favor del pupilo.

El pupilo que tenía hermanas uterinas y eran pobres, podía darles una ayuda incluso enajenando bienes de menor importancia, pero en el momento de su matrimonio tenía que tener su dote y el que va a ser esposo se encargaba de mantenerla.

“De acuerdo a la Ley Sesenta, Título XVIII, Partida II, debía acreditarse la enajenación de un bien inmueble en subasta, el Juez en un período de treinta días hará pública la venta de ese bien y otorgar las correspondientes escrituras con las condiciones expresas, pero en ningún caso podía el tutor comprar los bienes de esa venta”.(83)

DOMICILIO DEL HUERFANO. Debía el pupilo vivir en el domicilio de su tutor testamentario, o el Juez debía nombrar a un hombre bueno que quiera al huérfano para su cuidado, o si tuviera madre que fuera de buena fama, podía ser responsable de el, mientras tengan su validez, ya que de lo contrario lo debían quitar de su cuidado.

En cuanto a sus alimentos, el Juez debe determinar de acuerdo al patrimonio al mozo, el pan y el vino que deberá recibir así como el porcentaje para vestirlo y los honorarios al tutor, esto en caso de que el padre no lo hubiere señalado en su testamento, pero si en el inter el tutor erogó esos gastos, se le reembolsarán, siempre que sean legítimos.

El oficio de tutor, debía durar hasta que el pupilo cumpla la edad de catorce años si fueran varones, y si fueran mujeres hasta los doce, puede terminar por destierro del tutor, por muerte o por cautividad.

Al término del cargo, el tutor debía dar cuentas de esa tutela.

Las excusas para asumir el cargo eran:

1) “Si quien iba asumir el cargo, tenía cinco hijos naturales legítimos y vivos en el momento de que se le tenga que nombrar, pero si un hijo murió al servicio del Estado o de Dios se le tomará como vivo.

2) Aquellos que son recaudadores de rentas reales, mensajeros y los jueces, pero si recibieron el cargo antes de tener el oficio, no podrán rechazar el nombramiento.

3) Si algún guardador de huérfanos tenía que ir al servicio con el Rey con su mandato, debe dejar la tutela del pupilo en manos de un hombre que piense bien en ellos, y cuando regrese a asumir de nuevo su cargo.

4) Si un hombre ya tenía tres tutelas, la cuarta podrá rechazarla, a excepto que falte poco tiempo para el término de una.

5) El que fuese tan pobre, que no tiene las posibilidades de llevar a cabo el desempeño, o si estuviera enfermo muy grave y no pueda hacerse responsable de otra persona.

6) Aquel que no sabía leer ni escribir.

7) El que hubiere tenido problemas de enemistad con el padre del pupilo antes de su muerte.

8) Por ser mayor de setenta o menor de veinticinco años, el primero es motivo de excusa y el segundo de incapacidad.

9) Ser maestro de gramática, retórica, dialéctica, física o una ciencia nombrada por el Rey.

10) El marido no debe ser dado como tutor de los bienes de su mujer que fuera menor de edad, ya que la mujer por amor no le demandaría el daño o menoscabo de su patrimonio".(84)

DEL TUTOR SOSPECHOSO. Se le consideraba a aquel que abusó de los bienes del pupilo y debía ser removido del cargo o se temía que podía hacer daño al pupilo, y que le enseñare esas malas costumbres, al igual si mentía al Juez diciendo que no tenía recursos necesarios para que el pupilo sobreviviera.

"Aquel guardador puede ser llamado sospechoso, pues la manera de considerarlo así, es que desgastara los bienes del huérfano o que le mostrara malas costumbres".(85)

Haber mentido en el inventario o de los bienes del pupilo, y pueden acusar estas negligencias al tutor las siguientes personas:

- a) Cualquier persona del pueblo teniendo pruebas de lo que dice.
- b) La madre o la abuela del huérfano.
- c) La hermana, la ama que lo crió por piedad.
- d) El pupilo mayor de catorce años.

Si se reunía algún requisito en contra del tutor, el Juez podía remover de su cargo al tutor, y dar al mozo otro tutor bueno y fiel para el desempeño del cargo, y castigar al tutor sospechoso al pago de lo que uso del patrimonio del pupilo.

El cargo de tutor no era para obtener lucro, pero si se hacía un gasto durante su administración, se le debía reembolsar, y si había esmero en el desempeño del mismo, el Juez determinaba que una parte de los frutos se le dieran en recompensa.

Actualmente en el Derecho Español muy acertadamente, la curatela desapareció, y nos señala que las personas que están sujetas a tutela son las siguientes:

- I) Los menores de edad no emancipados legalmente.
- II) Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer ni escribir.
- III) Los que por sentencia firme hubiesen sido declarados pródigos.
- IV) Los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil.

Aunque esta legislación no admita la curatela no identifica la tutela de menores con la de los incapacitados, y se desarrollan bajo el desempeño de un tutor, bajo la vigilancia de un tutor y un Consejo de la familia.

Admite tres tipos de tutela, que son los que se conocen ya tradicionalmente, la testamentaria, legítima y dativa.

En la tutela testamentaria, ya sabemos que el testador lo nombra la administración de los bienes de su hijo, así mismo la madre puede hacerlo, pero si contrajo segundas nupcias será confirmado por el Consejo de Familia.

Si el padre de familia, nombra varios tutores pero existe confusión, el Consejo de Familia decidirá por el de cujus.

En cuanto a la tutela legítima de los menores no emancipados la asumirán:

- I) El cónyuge no separado legalmente.
- II) El padre, y en su caso a la madre.
- III) A los hijos.
- IV) Los abuelos.
- V) Los hermanos varones y las hermanas que no estuviesen casadas.

Para elegir al tutor, en caso de que haya varios hermanos y hermanas, se dará la preferencia a los varones y las hermanas; si acuden los abuelos, al igual serán preferidos los varones y primero los agnados de lo contrario los cognados.

A falta de las tutelas antes mencionadas, el Consejo de Familia provee la elección del tutor, nombrando a uno dativo, este cargo ya es de carácter público y social.

Los órganos tutelares, son de tipo latino organizados en una base familiar y regulados de alguna manera en algunos países europeos, regularmente son los siguientes:

- a) Tutor.
- b) Protutor.
- c) Consejo de Familia.

ALGUNAS DE LAS INCAPACIDADES Y EXCUSAS DE LOS TUTORES, SE DEBEN A DISTINTOS ORGANIZADOS CON EL EJERCICIO DE LA TUTELA, BIEN POR IMPEDIMENTO O CAUSA INJUSTIFICADA. Para el desempeño de la tutela, las personas deben reunir reglas de carácter general, como el pleno ejercicio de su capacidad civil, buenas condiciones de moralidad y rectitud acreditadas.

Las incapacidades, pueden clasificarse en absolutas y relativas; dentro de las primeras, se pueden distinguir las físicas, la menor edad, la enfermedad, el sexo; y dentro de las morales; la mala conducta, la embriaguez, la condena por determinados delitos, la quiebra, el concurso, en fin; todos aquellos que no impliquen imposibilidad física ni culpabilidad de ningún género, pero que dificultan el ejercicio del cargo.

La citada ley, distingue perfectamente las causas de incapacidad, las de remoción y las excusas para el ejercicio de la tutela.

Las principales incapacidades para asumir el cargo son las siguientes, de acuerdo a esta ley:

- I) Los que están sujetos a tutela.
- II) Los condenados de robo, hurto, estafa, corrupción de menores, falsedad o escándalo público.
- III) Los condenados a cualquier pena corporal mientras no extiendan la condena.
- IV) Los que hubieran sido removidos legalmente de otra tutela anterior.
- V) Las personas de mala conducta, o que no tuvieran manera de vivir conocida.
- VI) Los quebrados y concursados no rehabilitados.
- VII) Las mujeres, salvo los casos en que la ley las autorice.
- VII) Los que litiguen con el menor, sobre la propiedad de sus bienes, al menos que el padre o en su caso la madre, sabiéndolo hayan dispuesto otra cosa.
- IX) Los deudores del menor.
- X) Los religiosos profesos.
- XI) Los extranjeros que no residen en España".(87)

Las excusas para ejercer el cargo de tutor se asemejan al Derecho Francés, la ley en comento nos dice lo siguiente:

- I) Los Ministros de la corona.
- II) Los Presidentes de los cuerpos colegisladores, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo de Guerra y Marina y del Tribunal de Cuentas.
- III) Los Arzobispos y Obispos.
- IV) Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio Fiscal.
- V) Los que ejerzan autoridad que dependa inmediatamente del gobierno.
- VI) Los militares en servicio activo.
- VII) Los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos.
- VIII) Los que fueren tan pobres que no pueden atender a la tutela, sin menoscabo de su subsistencia.
- IX) Los que por el mal estado habitual de su salud o por no saber leer ni escribir no pudieren cubrir bien los deberes del cargo.
- X) Los mayores de setenta años.
- XI) Los que fueren ya tutores o protutores de otra persona".(88)

La persona nombrada para el desarrollo del cargo, si se encuentra en uno de los supuestos antes señalados tendrá un plazo de diez días para declarar su excusa o incapacidad, contados a partir de que tuvo noticia del nombramiento o conocimiento de la causa superveniente.

"Estas excusas, podrán ser impugnadas por el Consejo de Familia, pero en el ínter del juicio que se interponga estará obligado a ejercer el cargo, y no siendo así el Consejo nombrará persona que le substituya, siendo responsable de las personas; pero si se trata de un tutor testamentario, perderá sus derechos sobre el legado que le hubiese dejado el testador".(89)

Los requisitos previos al ejercicio de la tutela son fundamentales; por lo que tendrán que otorgar garantías, o afianzarse antes de asumir el nombramiento.

Al igual que en otras legislaciones, el inventario de los bienes; es indispensable la prestación de garantías o constitución de fianza, no siempre es exigido en todas las legislaciones, pero el Código Español sí las exige, ya que el objeto de esto, es asegurar el buen resultado de su gestión, la fianza deberá ser hipoteca o pignoraticia y no admitiendo la personal, sólo que fuese imposible constituir las anteriores. Su monto deberá asegurar el importe de los bienes que se encuentren en poder del tutor; las rentas o productos que rindieron los bienes del menor o incapacitado, así como las utilidades de cualquier empresa mercantil o industrial, ésto quedará a cargo del Consejo de Familia quien señalará la cuantía y clase de fianza, y en lo que se constituye el tutor ejercerá los actos administrativos para la conservación de los bienes y percepción de los productos.

Sin embargo, también hay personas que están exentas de la obligación de afianzar la tutela:

- I) El padre, la madre y los abuelos.

II) El tutor testamentario relevado por el padre o la madre, en su caso de esta obligación. Esta excepción cesará cuando con posterioridad al nombramiento, sobrevengan causas en las que tengan que otorgarla.

III) El tutor nombrado con relevación de fianza, por extraños que hubiesen instituido heredero al menor o incapaz, o dejándole manda de importancia.

El inventario de los bienes, se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el Consejo de Familia; las alhajas, muebles preciosos y valores mercantiles o industriales que a juicio del Consejo de Familia no hayan de estar en poder del tutor, se depositarán en un establecimiento destinado para ese fin, todo lo anterior debe quedar inscrito en una notaría pública.

FACULTADES Y DEBERES DEL TUTOR RESPECTO DE LA PERSONA DEL PUPILO. La primera, es la intervención del Consejo de Familia, el tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo que por disposición expresa de la ley puedan ejecutar por sí solos, el pupilo debe guardar respeto y obediencia a su tutor, podrá corregirlos con moderación, en caso de que el pupilo cometa una falta grave, el Consejo de Familia determinará la sanción que se dará al pupilo para su corrección.

El tutor, está obligado a alimentar y educar al menor o incapacitado de acuerdo a la disposición de sus padres.

Si el pupilo necesita ingresar a un establecimiento de salud, el Consejo de Familia dará su autorización, asimismo dado su consentimiento para ofrecer una carrera u oficio determinado cuando sus padres no lo determinaron.

ADMINISTRACIÓN DE LA TUTELA. El tutor, puede ejercer actos de administración por sí mismo, pero en algunos casos necesita la autorización del Consejo de Familia, como es el caso de la pensión alimenticia del pupilo, en la que sus padres no dieron una administración concreta, así como los siguientes casos:

- I) Para imponer al menor las correcciones o castigos.
- ii) Para dar al menor una carrera u oficio determinado, si no lo determinaron sus padres.
- III) Para recluir al incapaz en un establecimiento de salud.
- IV) Para continuar el comercio o industria a que se dedicaban sus ascendientes.
- V) Para enajenar o gravar bienes que constituyan el capital de los menores.
- VI) Para la colocación del dinero sobrante durante el año.
- VII) Para dar y tomar dinero a préstamo.
- VIII) Para aceptar una herencia o donación.
- IX) Para hacer gastos extraordinarios en las fincas.
- X) Entablar demandas en nombre de los sujetos a tutela, así para sostener los recursos de apelación contra las sentencias que hubiese sido condenado, a excepto de que sean verbales".(90)

La enajenación de bienes, sólo será por causas de necesidad o utilidad que el tutor hará constar debidamente, por lo que el Consejo de Familia tendrá que oír previamente el dictamen de peritos sobre las condiciones del gravamen.

Asimismo, existen actos en los que ni el tutor ni el Consejo de Familia pueden autorizar, ya que están prohibidos:

- I) Donar o renunciar cosas o derechos pertenecientes al menor o incapacitado.
- II) Cobrar de los deudores del menor o incapacitados, sin intervención del protutor cantidades superiores o cinco mil pesetas, a no ser que procedan de intereses o frutos.
- III) Hacerse pago, sin intervención del protutor de los créditos que le correspondan.
- IV) Comprar por sí o por medio de otra persona los bienes del menor o incapacitado".(91)

Respecto a la retribución del tutor, si no fijaron los padres en el testamento el Consejo de Familia; la determinará y en ningún caso bajará de 4% ni excederá del 10% de las rentas o productos líquidos de los bienes, de lo contrario, el tutor podrá acudir a su defensa por medio de los tribunales.

DE LAS CUENTAS DE LA TUTELA. Toda administración trae la rendición de cuentas, que pueden ser parciales o periódicas y las totales de carácter final, sin embargo la última es la más importante, ésta se rendirá, ya sea por el término de la tutela, por muerte del pupilo, o por sustitución de tutor; la rendición de cuentas periódicas se hará ante el Consejo de Familia anualmente, las cuales serán objeto de análisis por el mismo Consejo, ya sea para aprobarlas o censurarlas.

CESACIÓN DE LOS TUTORES Y SU EXTINCIÓN. La cesación, se puede generar por muerte del tutor, remoción incompatibilidad, etc.; sin que quiera decir que se extinguió; como son los casos por muerte del pupilo, mayor edad, emancipación o habilitación de éste.

Específicamente la Legislación Española señala las causas de remoción.

- I) Los que se ingieran en la administración de la tutela sin haber reunido el Consejo de Familia y pedido el nombramiento de protutor, o sin haber prestado la fianza cuando debía constituir la e inscrito la hipotecaria.
- II) Los que formalicen el inventario en el término y la manera establecida por la ley, o no lo hagan con fidelidad.
- III) Los que no formalicen el inventario en el término y la manera establecida por la ley, o no lo hagan con fidelidad.
- IV) Los que se conduzcan en mal ejercicio de la tutela".(92)

El Consejo de Familia, citará previamente al tutor para escuchar sus motivos y determinará su remoción; si no lo hiciere, tendrá quince días siguientes para promover su

reclamación ante los tribunales, y mientras se ventila la cuestión de la remoción, el Consejo cuidará de la tutela.

DE LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA. La extinción no significa el término de la tutela, más bien la extinción de las funciones del tutor, pero pueden considerarse cuatro fundamentales:

- a) Muerte del pupilo.
- b) Su mayor edad.
- c) Su emancipación.
- d) La desaparición de los motivos que dieron lugar a su interdicción o a su incapacidad total o parcial según los casos.

Sin embargo concluye la tutela, por las siguientes causas:

- I) Por llegar el menor de edad a veintitrés años por la habilitación de edad y por la adopción.
- II) Por haber cesado la causa que la motivó, cuando se trate de incapacidades sujetos a interdicción o pródigos.

A pesar del más cuidadoso sistema que sigue éste código, omite la muerte como causa de extinción de la institución tutelar, y por qué menciona la emancipación si la tutela subsiste aún.

DEL REGISTRO DE TUTELAS. Es un instrumento auxiliar e importantísimo para la buena marcha de la institución tutelar; la mayoría de las legislaciones la han acogido, y en específico ésta legislación la consagra en su código en los juzgados de primera instancia, habrá uno o varios libros, donde se tome la razón de una tutela, los cuales estarán al cuidado del secretario judicial, dicho registro deberá contener por cada tutela:

- I) El nombre, apellido, edad y domicilio del menor o incapaz, y la extensión y límite de la tutela cuando haya sido judicialmente la incapacidad.
- II) El nombre, apellido, profesión y domicilio del tutor y la expresión de ser testamentario, legítimo o dativo.
- III) El día en que haya sido diferida la tutela y prestada la fianza exigida a tutor, expresando, en su caso, la clase de bienes en que la haya constituido.
- IV) La pensión alimentaria. (93)

La rendición de la cuenta de la tutela, se hará al inicio de cada año judicial; por lo que los Jueces examinarán los registros, y en caso de anomalías tomarán las medidas necesarias para defender los intereses de los pupilos los cuales serán de oficio en salvaguarda de las personas sujetas a tutela.

VI.- EL CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1888

Artículo 1219.- "Acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre , en última disposición se le discernirá el cargo por el Juez, sin exigirle fianzas, si le hubiere dispensado de ellas".(94)

DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES Y CURADORES. Si se acreditó el nombramiento de tutor hecho por el padre por su última voluntad, a ese tutor no se le exigirá fianza; pero si el tutor fue nombrado por la madre, si se exigirá a ese tutor la fianza, o por cualquier otra persona que haya instituido heredero al menor, y pueden ser destituidos cuando no reúnan las suficientes garantías que se les exigen para asegurar el patrimonio del pupilo, el importe de la fianza se determinará con audiencia del promotor

Si el padre o madre, omitieron nombrar tutor para el menor o incapaz en su testamento, el Juez tiene la obligación de hacerlo con el otorgamiento de la fianza respectiva, y no habiendo pariente cercano a quien designar o existiendo no reúna las cualidades necesarias.

Para el nombramiento de curadores de los bienes, también se tendrá que otorgar fianza.

Si el menor se opusiere al nombramiento de curador por la madre, o por la persona que lo instituyó heredero o dejándole manda de importancia, y el Juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombrado, si en el testamento el padre, la madre o la persona que haya instituido heredero al menor; el pupilo podrá hacer el nombramiento de curador, ante un Juez por comparecencia que suscriban, en caso de que esa persona no reúna las condiciones necesarias para el desempeño del cargo como podrá el Juez negarle el discernimiento y exigir al menor que nombre a otro, pero si le es otorgado se tendrá que aprobar la fianza.

Existe otro tipo de nombramiento de curadores, que son llamados ejemplares, dicho nombramiento lo hará el Juez del domicilio del que lo necesitare cuando tenga noticia de su incapacidad, éste nombramiento deberá recaer a las siguientes personas; padres, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado; no existiendo familiares cercanos el Juez hará el nombramiento, basándose en amigos íntimos del incapacitado o de sus padres y prestará fianza ante el promotor del juzgado, y en la misma deberá aprobarse definitivamente, y al igual que en la tutela se hará un inventario de sus bienes que se unirá a su expediente, y se protocolizará en la escribanía pública del lugar, del domicilio del incapaz.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES PARA LOS BIENES. Artículo 1231.- "Si el padre hubiere nombrado curador para sus hijos, se le discernirá el cargo en forma que por él se haya prevenido".(95)

Era indispensable que cualquier padre de familia, hiciera el nombramiento de tutor y curador, sus indicaciones se siguieran a lo ordenado por él, costumbre y obligaciones que hasta ahora han perdurado.

En caso de que una madre hubiere nombrado curador para sus hijos, era necesario que quien la iba a asumir presentara fianza.

El Juez, puede sin embargo, exigir fianzas al curador nombrado, ello cuando no reúne las suficientes garantías que se le exigen.

Si el menor se opusiere al nombramiento de curador que le hubiere designado la madre, o quien lo haya instituido heredero, si el Juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombramiento.

En caso de que el padre, madre o persona que haya instituido heredero al menor, habiéndole dejado manda de importancia, el menor hará el nombramiento con autorización del Juez, pero en caso de que la persona no reúna los requisitos necesarios para el desempeño del cargo, el Juez podrá negarle el discernimiento y exigir en su lugar.

Hecho el nombramiento, el Juez con audiencia del promotor, deberá determinar la fianza, que deberá presentar el curador, ello debido a la circunstancia del nombramiento, es decir si fue nombrado a falta de curador, en la misma audiencia se apreciará y aprobará la fianza.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES Y EJEMPLARES. Artículo 1243.- "El nombramiento de curador ejemplar, debe hacerse por el Juez del domicilio del que lo necesitare, luego que tenga noticia de su incapacidad".(96)

Este nombramiento, recaerá por su orden en aquellas personas que tuvieran tanto la aptitud y necesidad para desempeñar el cargo, ello como lo son; el padre, hijos, mujer, madre, abuela, hermano del incapacitado, en caso de que hubiera varios hombres, éstos serán preferidos.

En caso de no existir cualquiera de las personas indicadas, el Juez nombrará a quien considerare más apto para ello, siempre que reúna la capacidad jurídica y fueren parientes o amigos íntimos del incapaz o sus padres, una vez determinado y aceptado el cargo, el Juez deberá exigir la fianza que haya de otorgarse para el desempeño del cargo, una vez entregada y aprobada esa fianza, se discernirá.

El expediente que se formare con motivo del curador ejemplar, hecha la entrega de los bienes, se protocolizará ante Notario Público, ello en el lugar del domicilio del incapacitado en la que el Juez designe.

NOMBRAMIENTO DE CURADOR PARA PLEITOS. Se nombrará curador a los mayores de doce y catorce años que no tengan tutor, éste deberá recaer en el pariente inmediato, o en su defecto, en persona de su intimidad o la de sus padres, y no habiéndolas o no siendo aptas, el Juez nombrará a otra persona

Artículo 1254.- "En todos los demás casos no podrá presentar a los menores más que a su tutor o curador, sin que por ningún pretexto se admitirá la representación del curador para pleitos".(97)

El nombramiento de curador, deberá recaer en pariente inmediato del incapaz si lo hubiere, o en su caso una persona de su confianza o de su padre, y en caso de no haberlo, algún vecino del domicilio del menor, que hiciere con fianza del Juez, una vez aprobado por el Juez, este discernirá el cargo de curador.

Los mayores de catorce años siendo varones y de doce las mujeres, podrán nombrar su propio curador, pero queda al arbitrio del Juez apoyar esa decisión.

DISCERNIMIENTO DE LOS CARGOS DE TUTOR Y CURADOR. Previo al nombramiento de tutor o curador, se debe tomar en cuenta la entidad del caudal del menor, el Juez señalará la forma en que deba consumir los alimentos y educación el menor así como el porcentaje, así como de cubrir todas las necesidades y atenciones del mismo, en caso de que deban otorgar fianza serán siempre hipotecarias.

Para el discernimiento del cargo de curador para pleitos hasta acreditar el nombramiento hecho de cualquiera de las maneras consignadas para la ley, así como el desempeño fiel de sus deberes y comenzar a cuidar la persona y bienes del pupilo.

En los juzgados de primera instancia, habrá un registro en que se pondrá testimonio de todos los discernimientos de tutores y curadores; y a fin de año el Juez examinará esos registros y dictará las medidas según las siguientes circunstancias:

- I) Si falleció el tutor o el curador, serán reemplazados.
- II) Si hubo alguna enajenación para un destino indeterminado deberá cumplirse.
- III) Exigir que rindan cuentas los tutores o curadores de su desempeño.
- IV) Tomará las medidas necesarias para evitar los abusos y remediar los que se hayan cometido.

Tanto los tutores como los curadores, ya sea para los bienes y para los pleitos no podrán ser removidos por un acto de jurisdicción voluntaria, aún cuando sea a solicitud de los menores.

EXCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES. La primera de ellas, es porque el guardador tiene cinco hijos naturales y legítimos, pero si uno de ellos murió en batalla en servicio de Dios y del Rey puede ser contado para excusarse, todos aquellos que han de

recabar las rentas del Rey, los que son mensajeros, o los que han de cumplir la justicia por obra, pero si antes de obtener el oficio recibió en guarda algún huérfano, no podrá omitir el cargo.

"Se entiende por excusa. Excusansa, tanto es como mostrar alguna razón en juicio por que aquel que es dado por guardado de algún huérfano, non es tenuto de rescebir en guarda a el, nin a sus bienes. Pero non ha por que mostrar excusansa ninguna, el que es dado por guardador de huérfano, segundo el menor de veinte é cinco años, porque estos a tales non lo pueden ser, maguer quieran".(98)

Si la persona, fue en servicio al Rey por su mandato o por comunal de la tierra donde vive, también podrá hacerlo, o cuando un hombre tenga a su cargo tres tutelas también podrá excusarse, o el que siendo tan pobre no pueda asumir el cargo, aquel que tenga una enfermedad crónica, quien no sepa leer ni escribir y aquellos que son maestros de gramática, retórica, dialéctica o física mostrando su ciencia a los estudiantes y que se encuentren en otro lugar siempre con mandato del Rey, incluso hasta los filósofos

La excusa, se hace ante el Juez durante los cincuenta días en que se enteró de su nombramiento, y se le dará un día más, por cada veinte millas; dicha excusa tendrá que ser legítima; en caso de que el Juez no la acepte, esa persona cuenta con recursos en contra de él, que podrá interponer ante los tribunales.

También puede considerarse como sospechoso aquel tutor o curador que muestre malas costumbres o que desgaste los bienes del pupilo, por lo que no deben dejarle su guarda, o por decir delante del Juez que no tenía que dar de comer al huérfano sin que sea esto cierto, pueden acusarlos tanto a uno como a otro cualquier persona del pueblo, así como la madre, la abuela, la hermana o la ama que crió, esto deberá ser ante el Juez con pruebas que lo demuestren.

El tutor, debe ser removido por sospechoso, por algún daño que haya hecho para el desempeño de las gestiones, debiendo ser un hombre bueno y fiel.

TUTELA DE LOS EXPOSITOS. " La ley del 22 de enero de 1822 o decreto de Cortés del 27 de diciembre de 1821, se consideran expositos los niños que hubiesen sido abandonados por sus padres o quedando huérfanos de padre y madre o hayan sido recogidos por algún pariente o alguna persona extraña, con el propósito de cuidarlos, su potestad quedará a cargo de las juntas municipales de beneficencia, con domicilio en las casas de maternidad, pero si por algún motivo alguno de esos niños adquiere por herencia, las juntas antes señaladas cuidarán de los productos, crianza y educación del pupilo". (99)

Si una persona honrada, tiene la posibilidad de mantener a algún niño de esos, podrá hacerlo mediante autorización de las juntas antes señaladas; pero se suspenderá la entrega de un niño, si esa persona tiene mala conducta y se sospecha que no le dará buena educación a ese menor.

PROHIBICION DE ENAJENAR LOS BIENES RAÍCES DE LOS MENORES. No deben los tutores vender las cosas de su pupilo, ni por el casamiento de alguna de sus hermanas, ni aún siendo su propio casamiento, por lo que no se admitirá excusa alguna.

En caso de que tenga que hacerse la venta, la deberá consentir el Juez del lugar, publicando la misma en un plazo de treinta días; así mismo deberán otorgar al comprador, una carta que describa cuáles son las razones de la venta en caso de que sea bien raíz.

DISPOSICIONES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. Es necesaria la licencia judicial para la venta de bienes raíces de los menores o incapacitados, así como los derechos de toda clase, alhajas de plata, oro y piedras preciosas, bienes muebles, semovientes de valor que puedan guardarse sin menoscabo.

Es necesario llenar ciertos requisitos previamente:

- I) Que la pida por escrito el tutor del menor.
- II) Que se exprese el motivo de la enajenación y el objeto a que va a aplicarse, así como la suma que se obtenga.
- III) Que se justifique la necesidad o la utilidad de la enajenación.
- IV) Que este enterado el curador de aquella venta.

Una vez reunidos esos requisitos, el Juez mediante audiencia, otorgará o negará dicha autorización, pudiendo ser apelable.

La venta tendrá que ser pública, previo avalúo del bien mediante peritos, y si no hubiese postor en la primera subasta, se verificará un nuevo avalúo cuando haya un segundo remate, y así en las subsecuentes si existieran licitadores, en caso de que la venta sea de bienes muebles, tendrán que ejecutarse las solemnidades que se acostumbra en la localidad.

El Juez, cuidará de la venta y quedará bajo su responsabilidad que se de el precio pactado al adquirente, otorgando fianza en caso de su incumplimiento, la necesidad y utilidad de la transacción deberá someterse a la opinión de tres letrados a ejercicio de su profesión, quienes dictaminarán si esta en lo correcto, pudiendo negarla, y siendo apelable.

EL BENEFICIO DE LA IN INTEGRUM RESTITUTIO, CONCEDIDO A LOS MENORES O INCAPACITADOS. Su objeto es reparar los daños y menoscabos en los bienes de los pupilos, por engaño de los tutores, la restitución en latín significa, en romance, como demanda de entrega que hace el menor al Juez, en el que le interese una postura, y dejen las cosas del pupilo en el estado en que se encontraban antes de que fueran entregadas al tutor para su administración, y se concede a los menores de veinticinco años por engaño de su guardador de otro hombre, debiendo entregarte la cosa que perdió, siempre que se pruebe el daño al mismo, para exigir ese derecho.

“Que es la restitución. Restitutio en latín, tanto quiere dezir en nonance, como demanda de entregan que faze el menor al Juez que le forme algún pleito o alguna postura, que ha hecho con otro a daño, en estado primero en que ante estavai é que revoque el Juyzio que fuese dado contra él torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diessen: E tiene pro esta entrega a los menores, ca por ella son guardadores de daño, que los podría venir poe su livianidad ó por engaño que los oviesesen hecho”.(100)

a) EL DERECHO REAL DE CASTILLA Y DE INDIAS

DE LA TUTELA EN GENERAL. Los hombres que no están sujetos a dominica potestas ni patria potestad, lo pueden estar en tutela o curatela, o de lo contrario gozar de su libertad en cuanto a su persona y bienes.

La tutela, trae aparejado su origen en el derecho natural y de gentes, y sabemos además que es tan importante para la sociedad y para la persona de los pupilos e incapacitados, el principal soporte de esta institución la encontramos en Roma y Grecia, otorgándola a los impúberes o pupilos que no han llegado a los catorce años y los curadores a los menores de veinticinco años, ya que podían ser engañados fácilmente, o que malgastasen su dinero o precipitarse a los vicios y perdieran sus bienes.

Por tutela entendemos. “La autoridad que concede el derecho sobre los mozos libres de potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarles sus bienes mientras que ellos sean capaces de hacerlo”.(101)

Es decir, en su cargo público, en el que el tutor permanece como persona privada, en el que cualquier persona señalada para el desempeño de la misma tendrá que aceptarla, a excepción de excusa legítima, el cual sólo asumirán los varones a excepción de la madre o abuela de ese pupilo, siempre que no contraigan segundas nupcias.

El objeto de la tutela, es que el tutor eduque al pupilo y administre sus bienes en tanto no sea capaz de hacerlo por si mismo.

Las excusas para el desempeño de la tutela, son las siguientes:

- 1) Menores de 25 años.
- 2) Los furiosos y los mentecatos.
- 3) Los sordos y mudos, pero el hecho de que se nombren estas personas en el testamento, por estos motivos no se anula el nombramiento, solamente se suspende el ejercicio hasta su recuperación.

La función principal de un tutor, cuidar de la persona del pupilo, a diferencia del curador, que es para los bienes, estos nombramientos serán sólo en el caso de que no viva ya el padre del pupilo.

Al siervo no se le otorgará la tutela, ya que se encuentra bajo Dominica Potestas.

La tutela, en la legislación es tripartita al igual que otras que analizaremos más adelante; es testamentaria, cuando el padre la otorga a sus hijos en el testamento; legítima, cuando el pupilo recibe a un tutor de su propia familia y dativa; cuando el Juez la nombra a falta de las dos anteriores.

El sustento de la tutela testamentaria, es la patria potestad que se tenga sobre el menor, y carece de ella con los hijos emancipados, pero en el caso de hijos desheredados se les nombrará tutor, ya que la potestad no la ha perdido el padre y la tutela se daría para el cuidado de la persona del pupilo, aunque no tenga bienes, y el nombramiento de tutor puede incluso otorgarse a los hijos póstumos.

Puede nombrarse tutor, a aquel que pueda asumir el cargo público, los clérigos podrán serlo, pero sólo en vía legítima, así como la madre o la abuela del pupilo.

El Juez, no podrá nombrar a un tutor incapaz, ya que sería nulo, pero si el padre de familia hace un nombramiento similar en su testamento; será válido y podrá ejercerse la tutela en el momento de que termine la incapacidad, en tanto se nombrará a un curador, para que administre los bienes.

Otro tipo de nombramiento, es el de tiempo determinado, es decir bajo condición, para cierto día y para tiempo cierto, lo que el Juez no puede hacer.

“Pero el transcurso del tiempo, al tener el Juez que velar por los intereses del pupilo, tenía que confirmar al tutor testamentario e investigar su honestidad, y generándose un concepto del mismo. En un acto por el cual el Juez confirma y aprueba el tutor testamentario dado viciosamente”.(102)

A esta confirmación también se le llama discernimiento del cargo.

La confirmación puede ser de dos formas, sin inquisición o con ella; la primera se hace si el padre nombra un tutor en su testamento pero viciosamente, lo que acontece de tres maneras:

- 1) Si dio tutor al hijo emancipado.
- 2) Si dio a su hijo natural, pues en ambos casos se carece de patria potestad.
- 3) Si lo dio en su testamento imperfecto o en otra disposición ilegítima.

En estos casos, debe ser confirmado para el tutor por el Juez sin inquisición ya que se presume que el padre ha procurado el mayor bien para sus hijos.

Con inquisición son confirmados los tutores en estos casos:

- 1) Si la madre otorga tutor a sus hijos a quienes instituye por herederos.
- 2) Si el padre lo da a sus hijos naturales no instituidos por herederos.
- 3) Si un extraño da tutor a un pupilo a quien deja su herencia.

En todos estos casos, el testador no tiene facultad para nombrar tutor por no tener sobre ellos patria potestad, pero el Juez, lo puede confirmar con inquisición.

DE LA TUTELA LEGITIMA. Se le denomina así, porque ni el testador ni el Juez los nombrará, sino la propia ley, y puede ser de cuatro formas:

- 1) Parientes inmediatos.
- 2) Patronos para con sus libertos.
- 3) La del padre para con su hijo emancipado antes de la pubertad.
- 4) La del hermano para con su hermano emancipado y menor de catorce años.

Por lo regular, en la actualidad se encuentra fuera ya de uso.

La tutela legítima, tiene lugar cuando el padre muere intestado, y no sólo por no haber testamento, sino cuando no dispuso nada acerca de la tutela de sus hijos, porque solo opera para estos casos.

Lo mismo ocurre con los hijos del testador, a falta de uno de ellos, o de todos, les sucede el pariente más cercano al que llamamos legítimo.

"Los Jurisconsultos, formaron un axioma respecto de la tutela, a donde corresponde el provecho de la herencia, ahí mismo los parientes son llamados, no sólo para el provecho de la herencia, sino para asumir también sus cargas".(103)

PERDIDA DE LA TUTELA POR PARTE DE LOS PARIENTES POR LA PERDIDA DEL ESTADO O DE LA CABEZA. Se llamó cabeza entre los romanos, aquel cuyo nombre se escribía en las tablas del censo, o padrón general de la República.

El no tener cabeza, representa no estar libre no tener estado de cuidado o de familia, que por estos motivos lo perdió, y los romanos la consideraban como la mutación del Estado que se tenía en la República.

La cabeza se perdía de tres formas:

1) **Media.** Al perder el derecho de ciudad y quedando como hombre libre, se hace extranjero y deja de ser Pater Familias.

Los sufrían aquellos a quienes se prohibía el uso del agua y del fuego, por lo que se veía en la necesidad de abandonar la ciudad y trasladarse a otra, perdiendo sus derechos de ciudadano romano.

Asimismo, la padecían los arrogados y los emancipados.

2) **Era Mínima.** Pérdida de los derechos de padre de familia, no obstante que conserva sus derechos de libertad y ciudad.

Los deportados, los desterrados perpetuamente por sus delitos y los enviados a una isla después de haberseles confiscado todos sus bienes.

3) **Era Máxima.** Considerada la muerte civil, y la padecían:

- a) Los que eran tomados por los enemigos.
- b) Los mayores de veinte años que dolosamente se vendían por medio de otro para gozar del precio.
- c) Los siervos de la pena. Se les llamaba así a los que estaban condenados a trabajar perpetuamente en obras públicas o en otros servicios penosos de utilidad pública.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS PATRONES, DE LOS PADRES Y DE LOS HERMANOS. Se encuentra la de los patrones, y se dice que es aquel que dio la libertad graciosamente a un siervo, y pertenece conforme a derecho al patrono el liberto manumitido antes de la pubertad.

El fundamento de esta tutela, es el mismo que el de los consanguíneos, en donde corresponde el provecho de la herencia, ahí debe ir la carga de la tutela.

Tutela legítima de los padres, se llamaba "la que ejercían estos en los hijos emancipados antes de la pubertad".(104)

DE LA TUTELA DATIVA. Se llamaba así, porque la otorga el Juez, "es un acto por el cual el Magistrado con autoridad de la ley, nombra tutor al pupilo que no lo tiene testamentario ni legítimo".(105)

Su objeto, consiste en que no sufra detrimento el patrimonio al pupilo, así como proveer de tutor al desamparado, aunque es una tutela subsidiaria, ya que suple a las anteriores si no existen, y nombrarlo de preferencia en el lugar donde se encuentran los bienes del pupilo, de esta tutela se libran los hijos primogénitos de los grandes a quienes da el Rey tutor por sí mismo.

AUTORIDAD DE LOS TUTORES. La principal, es sobre la persona del pupilo y en segundo término, la administración de sus bienes, y los objetivos de esta tutela son:

- 1) Darte educación e instruirle en aquellas ciencias o artes que sean convenientes.
- 2) Alimentarlo de acuerdo a lo que dispuso el padre en su testamento, o lo que el Juez determine si no es testamentaria.
- 3) Por alimentos se entiende todo aquel gasto necesario para la supervivencia de una persona.
- 4) Debe habitar en el domicilio que su padre le señaló en el testamento, de lo contrario en la casa de la madre, o en donde lo determine el Juez si no se señaló.

Del mismo modo, el tutor tiene autoridad por la fuerza sobre el infante; es decir de un niño, de cero a siete años y podía tomar en cuenta a su pupilo al llegar a la edad de diez años y medio para varones y de nueve y medio hasta veinticinco para mujeres, dando su consentimiento el tutor.

Se llama autoridad a un "acto por el cual el tutor aprueba lo que el pupilo mayor de la infancia obra, capaz de hacer peor su condición".(106)

Quando el pupilo mayor de catorce años, acepta una donación para su beneficio, no será necesaria la autorización del tutor; pero si el pupilo promete entregar bienes a una persona será nula; por lo que el tutor debe velar por todos los intereses del pupilo.

TERMINO DE LA TUTELA. Al cesar la causa, cesa la tutela, la primera de la tutela es la educación y cuidado de aquel que por su edad no es capaz de dirigirse por si mismo, por lo que si su causa termina, ya no es necesaria esa tutela.

También puede terminar por muerte del pupilo o del tutor, por capitis deminutio de uno u otro, pero en el caso del tutor, se perderá sólo por la máxima y la media.

Otra forma de término de la tutela, es la pubertad a los catorce años para los varones y doce en las mujeres, pero adquieren una curatela para administrar sus bienes, asimismo lo es la llegada del día o incumplimiento de la condición con que fue dado el tutor, es el caso de la tutela testamentaria, y por último la remoción del tutor por sospechoso.

Al igual que en otras legislaciones, se exige el otorgar cuentas al terminar sus gestiones de tutor y hacer entrega al curador de los bienes del pupilo.

Durante este término, algunas de las partes consideran que en su patrimonio hubo una disminución, pueden actuar con las acciones que se les otorgan como lo son:

- 1) Acción de tutela directa, se da al pupilo cuando haya rebasado su pubertad, y podrá interponerla además el tutor contra sus fiadores o herederos.

2) *Acción contraria*, se otorga al tutor en contra del pupilo, para que a su vez este restituya los gastos hechos durante su cargo a favor de él.

DE LA CURATELA Y CURADORES. "En la potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos" .(107)

La curatela siempre es dativa, se da únicamente a aquellos pupilos menores de veinticinco años, por no tener capacidad para administrar sus bienes se otorga a las siguientes personas:

- 1) A los menores de edad.
- 2) A los furiosos y mentecatos.
- 3) A los pródigos.
- 4) A los perpetuamente enfermos, ausentes e impedidos.

Por lo que solamente los mayores de veinticinco años, serán libres para administrar sus bienes, y las acciones que podrán ejercerse serán las mismas que las de la tutela.

DE LAS FIANZAS QUE DEBEN OTORGAR LOS TUTORES Y CURADORES. Con el objeto de atender a la seguridad de los bienes del pupilo durante su administración así como de la negligencia del administrador, deben otorgar fianza aquellas personas que señala la ley.

Sin embargo, hay personas quienes tienen derecho a no otorgarla, tal es el caso de aquellos tutores señalados en testamento confirmados o no por el Juez. La razón es que el padre así lo decidió y confió en la fidelidad de esa persona para el desempeño de ese cargo.

Mencionaremos a continuación, aquellas personas que están obligadas a otorgar fianza:

- 1) Todos los legítimos aunque sea la madre y la abuela, la razón es que no fueron nombrados por el testador ni por el Magistrado, sino que los llama la ley.
- 2) Los tutores y curadores otorgados por los Jueces ordinarios.
- 3) Aquellos en los que aún siendo nombrados en testamento, el pupilo haga saber al Juez que existe sospecha.

La fianza, se considera como una seguridad que resulta de obligarse a satisfacer por el principal otros a quienes llamamos fiadores.

Y al igual que todos los tutores y curadores, deben entregar inventario formal de todos los bienes del pupilo.

DE LAS EXCUSAS DE LOS TUTORES O CURADORES. Excusar, es alegar una causa justa, por la cual no está alguno obligado o no puede omitir el cargo que se le encomienda.

Las excusas, pueden ser voluntarias o necesarias, las primeras, son por el compromiso de una persona frente a una numerosa familia, y las segundas, impiden el ejercicio de la misma.

Las especies de excusa son:

1) Por privilegio, que son aquellos que tienen cinco hijos legítimos, naturales, adoptivos, aún cuando hayan muerto en la guerra, los Embajadores y otros ausentes por causa de República, durante su ausencia, pero restituidos a su patria podrán asumirla, los Jueces que están en actual ejercicio pero si asumió la obligación de una antes de ejercer su cargo público, no podrá excusarse; los maestros de gramáticas, retórica, dialéctica y medicina; así como los documentos en leyes que son Jueces o Consejeros, Caballeros y Soldados que residen en la corte, los recién casados a partir de las fecha de sus nupcias hasta pasados cuatro años.

2) Por razón de impotencia. No por ser física ni mentalmente capaces, sino por estar en circunstancias que no pueden atender el cargo, como lo son tener tres tutelas a su cargo, la pobreza que obliga a vivir del trabajo personal, enfermedad crónica sin salvación; aquellas personas que no sepan leer ni escribir; y por último el mayor de 70 años.

3) Por razón de fama. Quien promovió pleito al padre del pupilo sobre una servidumbre o al contrario, quien tenga que demandar al pupilo sobre su herencia o parte de ella; quien haya tenido amistad con el padre del pupilo.

Se entiende que las excusas necesarias son por naturaleza, misma de la persona como es el caso del loco, mentecato, sordomudo y ciego total; pero si su impedimento termina podrán asumir el cargo, por lo que provisionalmente le nombraran curador al pupilo; así mismo tiene este impedimento el administrador de rentas reales, el soldado mientras está empleado en servicio, el sacerdocio pero podrán serlo por vía legítima.

“Deben aprobar estas excusas ante el Juez competente, durante los cincuenta días contados a partir de que asumieron el cargo para interponerlo, y tendrán un día más por cada 20 millas, por lo que la controversia no debe sobrepasar de cuatro meses a partir de su comienzo, siendo apelable la resolución al superior”. (108)

VII.- CODIGO CIVIL DE OAXACA DE 1827

Como lo veremos más adelante, esta ley al igual que otras tiene su esencia propia.

Esta ley, contiene la tutela llamada oficiosa, y dentro del capítulo de tutela contempla a la patria potestad, así como la relación entre la minoridad y la misma tutela.

Iniciaremos hablando de la tutela oficiosa, que consiste en otorgar a aquella persona que teniendo 50 años cumplidos y no tenga hijos ni otros descendientes legítimos, pueda ser tutor de un menor, mediante la autorización del padre o la madre, si no los tuviere por medio del Consejo de Familia; otro supuesto es que ese menor lo haya recogido y mantenido a otra persona por dos años consecutivos, se le tomará parecer para que otorgue consentimiento al tutor.

Si se trataba de un matrimonio, el otro consorte debía dar su consentimiento expreso para que el otro pudiera ser tutor oficioso de un menor, en todos estos casos el Alcalde del menor instruirá las diligencias y solicitud relativos a dicha tutela.

Esta tutela sólo beneficiará a los niños de dos años de edad, "es oficiosa lleva consigo siempre la obligación de alimentar al pupilo, educarlo y ponerlo en estado de ganar su vida, sin perjuicio de otras estipulaciones que podrán hacerse antes de declararse la tutela".(109)

El objeto principal de esa tutela, está encaminado al cuidado del pupilo otorgándole alimentación, educación y vestido, y si tiene bienes podrán ser administrados por ese tutor.

En caso de que el tutor oficioso después de cinco años en que haya asumido la tutela, esté en peligro de muerte podrá nombrar en su testamento la adopción por acto testamentario, la cual será válida si ese tutor muere sin dejar hijos legítimos.

Si el tutor oficioso, muriere antes de esos cinco años, se le suministrarán al pupilo durante su minoría de edad los bienes dejados por aquel; el pupilo al llegar a su mayoría de edad le propone la adopción a su tutor, podrá dar su consentimiento y se tramitará según las formalidades prescritas en el capítulo respectivo.

Pasados tres meses, el tutor no adopte al pupilo después de la aceptación, tendrá que indemnizarlo en caso de que el segundo no pueda ganarse la vida con algún oficio o profesión.

Al término de la tutoría, el tutor deberá dar las cuentas de la administración de los bienes del pupilo si es que los tenía.

DE LA PATRIA POTESTAD. Todo hijo debe respeto y honor a sus padres, ya que la patria potestad cesa al llegar la mayoría de edad de el hijo, la cual sólo ejercerá el padre durante el matrimonio, y en caso de su muerte la ejercerá la madre.

Ningún menor, podrá dejar la casa paterna sin consentimiento de sus padres, y en el caso de que se instruya para la milicia podrá hacerlo cumplidos dieciséis años.

Los padres, pueden corregir a sus hijos con penas correccionales sin que estas lleguen a la crueldad, y los hijos que cometiesen desórdenes graves que ameriten castigo serio; podrán hacerlos arrestar de uno a tres meses mediante la orden del alcalde del domicilio periodo en que los padres suministraran alimentos a su hijo, esta medida será aplicada en caso de que el hijo no sea del presente matrimonio.

Esa medida quizá era drástica, pero nos damos cuenta que era para el bien de los menores; y si actualmente se practicara, quizá muchos jóvenes podrían corregirse a tiempo de un mal ejemplo o comportamiento.

Los hijos naturales que sean reconocidos, se les podrán aplicar las medidas mencionadas anteriormente.

Durante el matrimonio, los padres tendrán el usufructo de los bienes de su hijo, y por fallecimiento, el que sobreviva hasta que llegue a la mayoría de edad, los gastos del usufructo serán para la manutención del menor, pago de intereses o capitales y pago de gastos en caso de enfermedad o funeral.

Los bienes que obtenga el menor por su trabajo, serán administrados por él, pero si le fueron entregado bienes de legado o testamento, serán administrados por sus padres.

DE LA MINORIDAD Y LA TUTELA. Es menor de edad, la persona que no ha cumplido 21 años, la menor de edad se divide en infancia del nacimiento a siete años, impúberes, aquellos niños de siete a catorce años, y púberes de catorce antes de 21 años, sin embargo el padre es administrador de los bienes de su hijo menor, aún de los que no tienen el usufructo.

"Después de la muerte natural de uno de los cónyuges, la tutela de los hijos menores y no emancipados pertenece de pleno derecho al padre o madre que sobreviva".(110)

Analizando lo anterior, el artículo 248, del citado código, el concepto de tutela no se encontraba bien definido, toda vez que la confunden con patria potestad y no pueden encontrarse ambas, ya que la segunda sólo la tienen los padres y ascendientes del menor, en tanto que la tutela se otorga a aquellos que no tienen dicho carácter.

El padre al fallecer, podrá hacer el nombramiento de un consejero, sin el cual la mujer no podrá efectuar acto alguno.

La madre, no estaba obligada a aceptar la tutela de sus hijos a la muerte de su esposo, y en caso de contraer nuevas nupcias deberá convocar al Consejo de Familia, quien decidirá si conservará o no dicho cargo, si se hiciera caso omiso de ello, el nuevo esposo se hará responsable de todos los resultados de la tutela que haya sido conservada indebidamente.

La madre, al contraer segundas nupcias, podrá nombrar tutor a sus hijos con autorización del Consejo de Familia, sin embargo ésta persona no está obligada a aceptar, por lo que cuando se nombre tutor al hijo menor a la muerte del otro consorte, pertenece por derecho al abuelo paterno, a la falta de éste la abuela paterna, en su defecto los ascendientes de preferencia varones, en caso de que existan bisabuelos les pertenecerá la tutela de ese menor.

El Consejo de Familia, estará integrado por cuatro parientes del menor en consanguinidad o afinidad; dos de línea paterna y dos de materna.

Si los hermanos y cuñados del menor fuesen cinco, seis o más todos serán miembros del Consejo de Familia, y en caso de no ser suficientes el alcalde nombrará ciudadanos de probidad y que le hayan tenido amistad con los padres del menor.

Cuando se tenía que reunir el Consejo, tenían que avisarles cuando menos a los integrantes con tres días de anticipación, deberán presentarse personalmente o con mandatario especial, en caso de no asistir se les impondrá multa sin apelación, a excepción de que sea una causa suficiente para ello, el lugar de reunión será la casa del Alcalde y deberán estar presentes cuando menos tres miembros para deliberar.

El tutor, asumirá su responsabilidad a partir de la fecha de nombramiento de su cargo que no pase por herencia, sin embargo si muere el tutor, sus hijos están obligados a administrar los bienes hasta el nombramiento del nuevo, por lo que en ningún caso, el tutor votará para el nombramiento de curador.

Al fallecimiento del tutor, el curador tiene la obligación de convocar para nombrar a un sustituto.

Las causas de exclusión y dispensa aplicadas al tutor, serán las mismas para el curador y se dispensará la tutela a las siguientes personas:

- 1) A los miembros de las dos cámaras del Estado.
- 2) El Gobernador del Estado y el Secretario de Despacho.
- 3) Los Ministros de la Suprema Corte.
- 4) Aquellos que desempeñan un cargo público en la Administración.
- 5) Los militares en ejercicio activo".(111)

Además eran excusados, los eclesiásticos, sin ser obligados a aceptar la tutela aquellos que no sean parientes del menor, los que lo sean, se obligan a aceptar siempre que pertenezcan hasta el cuarto grado.

Aquel individuo de sesenta años cumplidos puede excusarse de la tutela, si acepta el cargo antes de cumplirlos podrá excusarse después de cumplir esta edad.

En caso de enfermedad, la persona podrá excusarse, pero si en el momento de aceptar está sano y su enfermedad aparece después, podrá dispensarse de la tutela; podrán ser dispensados aquellos que tengan cinco hijos legítimos, pero si los tienen después de aceptada la tutela no podrán renunciar a ella.

Para poder interponer sus excusas, es necesario que las presenten dentro de los tres días hábiles contados desde la fecha del nombramiento, en caso de que el tutor no se encuentre en su domicilio al momento de que se debe notificar, se hará espera hasta su regreso, pero si pasan más de seis meses el curador se hará cargo de la misma, y se convocará al Consejo de Familia para que nombre a otro.

No podrán ser tutores ni miembros del Consejo de Familia:

- 1) Los menores a excepción de los padres.
- 2) Los interdictos
- 3) Las mujeres a excepción de las ascendientes de menor.
- 4) Aquellos que tengan pleito con los padres del menor. (112)

Están excluidos de la tutela:

- 1) Las personas que demuestren mala conducta notoria.
- 2) Aquellos que manifiesten incapacidad o infidelidad para el desempeño del cargo. (113)

Si un individuo, fuere destituido de la tutela, no podrá ser miembro del Consejo de Familia, en ese caso el tutor tendrá que ser escuchado por el Consejo de Familia.

El tutor, representará en todos los actos civiles al menor, así mismo no podrá enajenar los bienes del menor ni tomarlos en arrendamiento, sino mediante autorización judicial.

Inmediatamente a los diez días de notificado el nombramiento del tutor, tendrán que elaborar una lista de los bienes del menor, la cual se hará en presencia del curador a efecto de que se lleve a cabo la administración de los mismos.

El menor que deba algún gasto a su tutor, le pagará con bienes muebles, los cuales se rematarán en pública almoneda con asistencia del curador y en presencia del escribano, después de haberse publicado por ocho días los carteles de la venta.

El Consejo de Familia, calculará un porcentaje que deberá destinarse a los alimentos del menor, sin embargo no podrá enajenar ni hipotecar bienes del menor, sólo que se haga en presencia del Consejo de Familia y si se decide a hacer la venta de bienes raíces se hará en presencia del escribano.

En caso de herencia a favor del menor, el Consejo de Familia autorizará o no la misma, así como las donaciones que se hagan en su favor, y se efectuará un peritaje y saber el valor de dichos bienes para incluirlos en la lista, esto se hará del conocimiento al Juez de primera instancia.

Si el menor presenta un conducta extremadamente mala, el tutor dará aviso al Consejo de Familia, el cual decidirá que hacer en todo caso o recluirlo para su mejora.

El tutor, entregará íntegramente las cuentas de su administración de los bienes del pupilo al término de la misma.

Todo tutor, que no sea el padre o la madre, puede ser obligado aún durante su cargo al presentar al curador un resumen de las partidas por mayor que manifiesten la situación de la tutela, en las épocas que el Consejo de Familia tenga a bien fijar; pero el tutor no podrá ser obligado a prestar más de un estado cada año.

Estos estados serán redactados y remitidos sin gastos en papel común y sin ninguna formalidad judicial. (114)

En caso de que se celebre un contrato entre el tutor y el curador antes de que sean entregadas las cuentas, será nulo aún cuando ya sea mayor el pupilo, la cuenta se rendirá al llegar a su mayoría de edad el incapaz.

El pupilo, tendrá la acción en contra del tutor y podrá ejercitarla contada a partir de las cuentas de la tutela y hasta pasado diez años, los cuales se tomarán en cuenta para contar la prescripción a favor del tutor.

VIII.- LEYES DE REFORMA DE BENITO JUÁREZ. 1856-1861

A pesar de que el Presidente Lic. Benito Juárez, fue educado con la religión cristiana, la cuál recibió durante sus estudios; se consideró como liberal durante su época, y como sabemos, se reveló anticlerical, prueba de ello se encuentra en sus Leyes de Reforma.

En 1855, se inició la reforma, en efecto con su ley del 23 de noviembre del mismo año, emanado de la Revolución de Ayutla, de la que se pronunció la ley que arregla la administración de justicia en los Tribunales del Estado, llamada; "Ley sobre Administración de Justicia y Orgánica de los Tribunales de la Nación al Distrito y Territorios", el mérito que

se atribuye a Juárez, es la desaparición de Tribunales Especiales a excepción del Militar y Eclesiástico; habilitando a la Suprema Corte para conocer de la segunda y tercera instancias durante el proceso; posteriormente creando el Tribunal Superior de Justicia y Territorios Federales, sin embargo en los Tribunales Militares y Eclesiásticos sólo deben conocer de delitos de su fuero con excepción de los negocios civiles.

Juárez, creó esta ley tomando en cuenta la Constitución interna Oaxaqueña de 1825, que señala que las leyes decidirán si al haber Tribunales especiales para desconocer de determinados negocios; ley que también se le denominó como Juárez, en ella se otorgó competencia a los Jueces de primera instancia dando a conocer los asuntos de cualquier ramo, cuando se encuentren dentro de su competencia.

Otra fuente de inspiración a las Leyes de Reforma, es la que redactó Juárez sobre la prohibición del enterramiento de cadáveres en los templos, la cual exceptuaba al Gobernador, y sin embargo en 1850 cuando falleció su hija menor de dos años, Juárez llevó el cadáver a un cementerio común en San Miguel, para seguir su propio ejemplo, por lo que en forma definitiva, se prohibió enterrar los cadáveres en templos, esto dio pauta a la creación a la ley del 31 de julio de 1859, en donde cesa la intervención del clero en los camposantos y cementerios.

Estas ideas, ya las traía Juárez desde que se inició como abogado en el año 1834, ya que fue encarcelado en varias ocasiones por revelarse ante la clase privilegiada que era la iglesia.

La prueba más clara es la citada ley del 23 de noviembre de 1855 de la Nacionalización de los Bienes del Clero y separación de la Iglesia y el Estado, y de la libertad de cultos del 4 de diciembre de 1860, así como la prohibición de la asistencia oficial a las funciones de la Iglesia.

Entre las Leyes de Reforma, las más importantes son:

- a) Ley de Juárez de 23 de noviembre de 1855, promulgada en la ciudad de México por el Presidente Alvarez y refrendada por el Benemérito como Ministro de Justicia.
- b) La Ley Lerdo del 25 de junio de 1856, sobre desamortización de los bienes de manos muertas, promulgada en la ciudad de México por el Presidente Comonfort y refrendada por el Ministro de Hacienda Don Miguel Lerdo de Tejada.
- c) Ley de Nacionalización de los Bienes del Clero y de separación de la Iglesia y del Estado, del 12 de julio de 1859.
- d) Ley del Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859.
- e) El decreto, que declara que cesa toda intervención del clero en los cementerios y camposantos del 31 de julio de 1859.
- f) Ley sobre la libertad de cultos del 4 de diciembre de 1860.
- g) El decreto que declara que quedan secularizados los hospitales y establecimientos de beneficencia, del 2 de febrero de 1861.

h) Decreto por el que se extinguen las comunidades religiosas del 26 de febrero de 1863.

En 1859, surge una ley llamada; Ley para fijar el Derecho Mexicano en orden a los agentes comerciales residentes en territorio de la nación; esta ley señalaba que "podían establecerse en el país Cónsules, Vicecónsules y Agentes Públicos Consulares, de las naciones con quienes la República hubiesen pactado recibirlos, sino también con cuantas estuviesen en paz con ella".(115)

Asimismo, los Agentes Comerciales se distinguían siempre por su carácter oficial y su calidad de individuos. Considerando bajo el primer aspecto podrán:

- 1) Prestar todos los buenos oficios regulares que demanden los intereses legítimos de sus compatriotas especialmente si fueren comerciantes.
- 2) Ser tutores de los pupilos hijos de sus compatriotas.

Ellos sin que queden obligados a ninguna prestación pecuniaria por vía de compensación.

Asimismo, podrán ser nombrados tutores cuando soliciten este encargo para proteger a las personas y los intereses de los pupilos residentes en el distrito consular, hijos de súbditos de su nación. Esta petición será obsequiada, si los interesados no tuvieren tutor en ejercicio. Pero en caso de que la tutela corresponda por ley o por testamento a otras personas, no podrá confiarse a un agente comercial, sino cuando aquellas que no pidan oportunamente el discernimiento del cargo.

Nos damos cuenta que este, es otro antecedente en las Leyes de Juárez para el desarrollo del presente tema, a pesar de que es una ley comercial habla de las personas que se dedican a lo mismo y que tienen la responsabilidad de hacerse cargo de los hijos de aquellos que lo necesitan.

Otra Ley de la que vamos a hablar, es la del 25 de Abril de 1861, denominada profesiones, tutela, curaduría y poderes que pueden ejercerse por los Ministros de los cultos.

El excelentísimo señor Presidente interino de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de sus facultades hizo saber lo siguiente:

Que en uso de las amplias facultades que se hallaba investido, decretó el siguiente artículo:

"Artículo Único. Los Ministros de todos los cultos quedan habilitados para ejercer todas las profesiones que les estaban prohibidas por las leyes, así como también para ser tutores y apoderados, derogándose en consecuencia, las leyes antiguas que establecían estas prohibiciones".(116)

Los requisitos para poder ser tutores o curadores son, los mismos para ser agentes:

- I) Tener aptitud y honradez acreditadas.
- II) Caucionar su manejo con una fianza de dos mil pesos.
- III) Haber sido aprobado en los exámenes de que se habla en los artículos 6º y 7º, que señalan que el Presidente del Colegio, y nueve de sus miembros por lo menos, procederán al examen, haciendo de sinodales, el Presidente, el Secretario y otros tres individuos nombrados por el presidente, sobre substanciación de juicios civiles, criminales, requisitos de los poderes, facultades y obligaciones de los mandatarios y apoderados judiciales, y sobre la organización de los ministerios y principales oficinas de la federación y del distrito. (117)

Si el solicitante fuere aprobado en el colegio por mayoría absoluta de votos, se le extenderá con inserción del acta de examen, un certificado con el cual se presentará a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, para presentar un segundo examen, por lo que el interesado si resultare aprobado por mayoría absoluta de votos, se le extenderá por la secretaría el certificado respectivo.

El que pretende ser agente de negocios, tutor, curador o apoderado, deberá obtener el título respectivo, acompañando los siguientes documentos:

- I) Su partida de nacimiento.
- II) La carta de ciudadanía, si es extranjero el solicitante.
- III) Certificación de un Juez, abogado o agente de negocios titulado, en el que diga que tiene los conocimientos necesarios para ejercer el cargo. (118)

Para comprobar su edad, los documentos que podían presentar, eran asiento en los libros parroquiales de bautismos, o los testimonios de dichos asientos firmados por los encargados de parroquias, o sacados de dichos libros por los escribanos.

Otorgada la fianza por el pretendiente, y pagando en la Tesorería General cincuenta pesos de derechos, se le expedirá el título, de la cual tomará razón en la Tesorería y Contaduría Generales y en la Suprema Corte de Justicia, y entregará una copia de él al colegio de agentes para que se archive.

Los fiadores de los agentes, tutores y curadores se obligarán a renunciar de todo beneficio a pagar, hasta la cantidad de dos mil pesos, en caso de malversación de sus fiados, o por los daños y perjuicios que ocasionaren en el desempeño de su profesión.

Esta fianza no se podrá cancelar, ni quedarán libres de responsabilidad los fiadores, sino hasta después de un año de que el agente haya dejado de serlo por muerte, destitución, renuncia u otro motivo, y no se haya presentado ninguna reclamación contra él. Dicho plazo se contará desde que el fiador publique en el periódico oficial y en otros dos de los que tengan mayor circulación, por espacio de quince días seguidos, haber cesado su fiado el desempeño de su profesión.

Todo agente, tutor o curador, se sujetará al cobro de sus derechos, al arancel con que concluye este decreto, el cual hablaremos más adelante, si no concertare una iguala para todos los negocios judiciales de una casa como se les permite hacerlo, pero no tienen igual derecho respecto de determinado negocio, ni mucho menos podrán celebrar el pacto de cuota litis. Si faltaren a esta prohibición, incurrirán en la pena de destitución de oficio.

El tutor y curador, están obligados a otorgar al menor su protección, alimentarlos y procurar su educación.

La persona que se hiciere cargo de un menor, no otorgará fianza si no cuenta con bienes propios el menor, ni un familiar que pudiera hacerse responsable.

El tutor y el curador, deben procurar que los bienes del menor sean administrados debidamente, así como otorgar las correspondientes cuentas.

Al asumir el cargo el tutor o en su caso el curador, deberán efectuar la correspondiente lista de bienes con los que cuenta el menor.

Esta ley no habla de los tipos de tutela que existían, solamente hace referencia a que deben tenerla los menores.

REMOCIÓN DEL CURADOR Y TUTOR. "Las leyes no han decidido, y por lo mismo hay controversias entre los autores, sobre si pueden ser removidos libremente, o si para su remoción se necesita causa justificada, aunque sin fundarlo, que pueden ser removidos, lo mismos que cualquier procurador".(119)

Los funcionarios, que no pueden ser removidos sin causa, numera entre el a los curadores especialmente los letrados que se nombran a los grandes de la corte.

Y si se considera que le curador no ejerce este cargo por el simple nombramiento del menor, sino además por la confirmación judicial con cuya autoridad se le discieme el mismo cargo, previos los trámites debidos, fácilmente se conocerá que no puede ponerse al nivel de cualquiera otro apoderado privado y particular.

Los funcionarios de alto rango, no podían ser removidos sin causa, a los curadores ad litem, especialmente los letrados que nombraban a los grandes límites de la corte, sin previo acuerdo del Consejo Familiar.

Se consideraba que el curador ad litem, no ejerce este cargo por el simple nombramiento del menor, sino además por la confirmación judicial, con cuya autoridad se le discieme el cargo previo los trámites debidos, fácilmente se conocerá que no puede ponerse al nivel de cualquier otro apoderado privado y particular que queda sujeto a la voluntad de su poderdante.

El curador, se remueve libremente a menos que de su parte haya contradicción, en cuyo caso se le oye, y con su audiencia se determinará sobre su remoción por medio del artículo formado al efecto.

El arancel que menciona esta ley al fin de la misma, señala el monto que deberán cobrar por honorarios los tutores, curadores y agentes, en los juicios; negocios, desocupación de casa, por asistencia a inventarios, almoneda, juntas, embargos, posesiones y diligencias de prueba, por escritos de rebeldía y términos, su intervención en juicio sin abogado por diligencias judiciales ante tribunales, autoridades, oficinas o en cualquiera otra parte para obtener despidos, providencias, ordenes o determinaciones así como negocios no judiciales como compras, ventas, arrendamientos, cobros de créditos contra el supremo gobierno y contratos con el mismo, en que intervengan como apoderados.

En los negocios no judiciales; como compras, ventas, arrendamientos, cobro de créditos contra el supremo gobierno y contratos con el mismo, en que integran como apoderados, cobrarán a su parte el uno por ciento, sobre el interés o valor del negocio, siempre que este no exceda de cinco mil pesos, y pasando de esta cantidad, tres cuartos por ciento sobre el exceso, incluyéndose en estos honorarios los de revisión y arreglo de documentos y papeles. En los contratos de arrendamiento, el honorario se celebrará sobre el importe de la suma de cinco años de renta".(120)

IX.- PROYECTO DE CODIGO CIVIL DE JUSTO SIERRA DE 1861

El 18 de diciembre de 1859, en Mérida Yucatán, el ciudadano Justo Sierra O'Reill, fue comisionado por el Presidente de la República Benito Juárez, a redactar el respectivo proyecto, que meses más tarde, se remitiera a la Secretaría de Justicia para que la comisión que el propio Juárez nombró, y que empezó a funcionar a principios de 1861, se encargará de revisarlo, aunque sin concluir sus trabajos, no obstante haber seguido funcionando durante el Imperio de Maximiliano, quien, por cierto, sólo alcanzó a poner en vigor el 6 de julio de 1866 y el 20 del mismo mes y año, respectivamente los dos primeros libros del revisado código.

Integraron esa comisión, el Ministro de Justicia e instrucción pública Don Jesús Terán, quien fungió como Presidente quien fue el único que dejó de trabajar en ella durante el Gobierno Imperial; así como los abogados Don José María Lacunza, Fernando Ramírez, Luis Méndez y Pedro Escudero y Echánove, que fue el mismo Presidente de la Comisión en su calidad de Ministro de Justicia con que Maximiliano lo distinguió.

El método que siguió el Dr. Justo Sierra fue el francés, con las desviaciones que juzgó necesarias.

El señaló lo siguiente:

"El método que he seguido es muy sencillo, es casi el método del Código Francés con las desviaciones que he juzgado necesarias, bien para conservar lo que el derecho patrio es ciertamente inmejorable para introducir las reformas que manda el espíritu de la época. De algo me han valido mis apuntes de codificación, pero lo que realmente me ha servido de guía, han sido las discusiones del Código Civil Francés, los comentarios del Sr. Ragrón, los Códigos de la Luisiana, de Holanda, de Vaud, de Piamonte, de Nápoles, de Austria, Baqueira y de Prusia, comparadas con el Francés, y sobre todo, el proyecto de Códigos y el Derecho Romano, publicado con motivos y comentarios por el Sr. García Goyena, uno de los más eminentes juriconsultos españoles de la escuela moderna". (121)

Una vez efectuadas dichas comparaciones, llegamos a la conclusión de que el texto francés era el más adecuado para adaptarlo a la regulación mexicana de esa época.

Los comentarios sobresalientes para su proyecto, fueron:

1) En el título de las actas del Registro Civil, se limitó a fijar las bases y dar valor uniformemente legal a las actas, e imitó al Código Sardo, uno de los más liberales.

2) En el título del matrimonio expuso cuanto hay que decir sobre la verdadera índole, carácter y tendencias de esta institución social, no mezclar situaciones de índole religioso.

No debe ser reconocido otro matrimonio más que el Civil, aquí nos damos cuenta que ya se incluye dentro de este código esta institución tan importante.

3) Se fijó la mayor edad en los veintiún años, pero consideró inútil y extravagante la curaduría de los menores, y la tutela la extendió hasta la época de la emancipación o mayor edad.

La tutela, se administra en su proyecto con tales precauciones que es preferible a la curaduría, que estableció para los mayores en ciertos casos.

El sostenía que el Consejo de Familia, en todas partes se ha adoptado, es una de las más bellas y útiles que ha probado mejora en la guarda de la persona e intereses del huérfano, esta idea no sólo fue formada por lo que señala el Código Francés, sino que ha sufrido mejor efecto en otras legislaciones que lo han adoptado.

Otorgó mayores derechos a la madre, en caso de que el padre faltara, en todo lo relativo a la patria potestad puesto que se consideraba que los derechos de la madre debían tener la importancia debida.

4) Suprimió el título de la adopción, ya que lo consideró inútil, señalando que estaba fuera de nuestras costumbres, substituyendo esta en el capítulo de ausentes e ignorados.

Al final, señaló que su orden estaba cumplida, y dejaba al criterio de los legisladores las modificaciones y análisis de su proyecto, asimismo su principal objeto era que el señor Presidente quedase satisfecho.

A continuación, señalaremos lo que dice dicho proyecto respecto con relación a este tema.

En el Capítulo I nos habla de las disposiciones generales de la tutela, y al efecto señala:

"La tutela, tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado, ni sujeto a patria potestad".(122)

La tutela, la ejercerá el tutor, bajo la vigilancia del tutor y protutor y el Consejo de Familia en la forma y casos que dispone la ley, además es un cargo personal del que nadie puede excusarse a excepción de los casos que dispone la ley, y no puede ejercerse conjuntamente por más de una persona.

En caso de que la tutela tenga que ser discernida, y la persona a quien corresponde no se encuentre en el lugar, el alcalde hará depositar los bienes muebles que el menor tenga en su poder, asimismo si no se nombró tutor post mortem, si se encuentra vacante esa tutela los parientes deberán hacer saber al Juez o alcalde del lugar sobre ella, de lo contrario quedarán excluidos en caso de tener derecho.

Como lo hemos analizando durante esta evolución, la tutela prevalece tripartita siendo testamentaria, legítima y dativa.

La primera de ellas nos dice, que aún cuando el padre sea menor de dieciocho años, tiene derecho de nombrar en testamento tutor a su hijo o hijos menores a excepción del desheredado y el póstumo; a falta del padre, la madre tendrá este derecho.

El padre, podrá nombrar a cada uno de sus hijos tutor distinto si así lo desea, esto siempre que el otro consorte tenga una incapacidad, y al término del impedimento podrá restaurarse en sus derechos.

Si el padre o madre, nombrasen más de un tutor a un hijo suyo, se entenderá que se sustituirán unos a otros en caso de muerte o incapacidad, dando preferencia al primero que se haya nombrado.

La tutela legítima, tiene lugar cuando no haya tutor testamentario, y cuando haya que nombrarse por divorcio, corresponderá a los abuelos y hermanos del menor en el orden siguiente:

- 1) Abuelo paterno.
- 2) Abuela paterna.
- 3) Abuelo materno.
- 4) Abuela materna.
- 5) Hermanos varones de ambos lados siendo mayores de edad".(123)

Y por último haremos mención a la tutela dativa, la cual será nombrada por el Consejo de Familia, la cual surgirá cuando no existan las otras tutelas.

Este proyecto, maneja lo concerniente al protutor que va a ser nombrado por el Consejo de Familia, ello cuando no lo haya nombrado el padre o madre, y es quien va a vigilar los actos del tutor e informará al Consejo en caso de notar alguna anomalía.

En la tutela dativa, el protutor será nombrado por el Consejo de Familia, en la sesión en donde se nombre al tutor, de lo contrario serán responsables de los perjuicios que se causen al menor

Sus obligaciones principales serán:

1) Sostener los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que están en oposición con los del menor.

2) Vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del Consejo de Familia cuando crea que puede dañar al menor en todo aspecto.

3) Promover la reunión del Consejo de Familia para el nombramiento de otro tutor cuando este vacante o abandonada, de lo contrario será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al menor.

4) En el respectivo título en lo referente al Consejo de Familia, nos dice que se establece para proveer mejor y con más seguridad los intereses del huérfano, se procederá a su formación cuando haya que nombrar tutor o protutor y en los casos que señala la ley.

Estará compuesto el Consejo por el Juez o alcalde del domicilio del huérfano, y cuatro parientes más allegados a este, dos de línea paterna y dos de materna, será preferido el varón más cercano a él, y en su caso el tutor no podrá ser miembro.

A la muerte del ascendiente del menor, el Juez convocará a reunión al Consejo de Familia a partir del sexto día del fallecimiento, ya sea a petición de parte o por acción popular.

Si en el domicilio cercano del huérfano, no hubiese familias del menor y se encontraran a más de seis leguas de distancia, el Consejo de Familia lo formarán vecinos honrados que elegirá el alcalde o Juez entre los que hayan sido amigos del ascendente del menor.

Los miembros del Consejo, sólo podrán ser representados por apoderado especial y no podrá ser más que a uno sólo, en caso de no comparecencia ante el Juez, se les multará hasta por la cantidad que este señale o que justifique su falta con motivo suficiente.

Todas las actas que se levanten en la sesión del Consejo se llevarán en un libro foliado y rubricado en todas sus fojas por el Juez de paz, las que estarán firmadas por todos los miembros y será custodiado por el protutor.

Las personas inhábiles para ser tutores, protutores y vocales del Consejo de Familia son:

- 1) Las mujeres a excepción de las abuelas viudas.
- 2) Los menores de edad.
- 3) Los mayores de edad que se encuentren bajo curaduría.
- 4) Quienes fueron removidos de una tutela anterior.
- 5) Aquellos condenados por sentencia en alguna pena que lleve consigo privación o inhabilitación para el cargo.
- 6) Quienes no tengan oficio ni modo de vivir conocidos.
- 7) Los deudores del menor en cantidad considerable.
- 8) Los Jueces o Magistrados que tengan jurisdicción ordinaria en el lugar o lugares en que se hallen los bienes del menor. (124)

Serán separados del cargo, aquellos que se hallen en el caso de no convocar al Consejo de Familia cuando se requiera, aquellos que se condujeren mal en la tutela respecto de la persona y administración de los bienes del menor y de los inhábiles, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad; ninguno podrá ser vocal del Consejo si fue separado de la tutela por alguno de los motivos señalados, al mismo Consejo corresponde efectuar dichos impedimentos en un término de diez días, los cuales no admitirán recurso alguno.

Hay personas que pueden excusarse de cargo, como lo es el Presidente de la República, Ministros de Despacho y Gobernantes de los Estados, Militares en servicio activo, quienes tengan la potestad de cinco hijos legítimos, aquellos que fueren tan pobres que no pueda atender su responsabilidad, los que no tengan buen estado de salud, o que no sepan leer ni escribir, quienes hayan cumplido setenta años, y los que sean tutores o protutores de otro menor.

Y quienes acepten dicho cargo se entiende que renuncia a la excusa, pero si la interponen deberá ser en la primera reunión del Consejo de Familia al que asistan.

Durante el juicio de excusa si está dentro de sus posibilidades, el tutor ejercerá la tutela, de lo contrario se nombrará un sustituto, en caso de que la excusa fuera del tutor testamentario este perderá el derecho a heredar.

El tutor, cuidará del menor, representándolo en cualquier acto civil, por lo que el menor debe obediencia y respeto a su tutor.

Los alimentos del menor, deben ser de acuerdo a las necesidades que tenga y a los bienes con que cuente, por lo que el Consejo de Familia, fijará la cantidad necesaria, así como discutir sobre el oficio o carrera que se ha de designar al menor.

En caso de que los bienes del menor no sean suficientes para cubrir los gastos de alimentos, el Consejo acudirá si se toma otra medida para evitar la enajenación de sus bienes.

El tutor, hará inventario de los bienes del menor con ayuda del protutor, obligación de la cual no podrá dispensarse, y será inscrito ante un escribano, si posteriormente adquiere otros bienes también serán inscritos con la misma formalidad.

Sólo se autorizará al tutor, a enajenar bienes del menor en caso de extrema necesidad; por lo que el Consejo posteriormente acudirá ante el Juez de primera instancia para que confirme la decisión tomada y se procederá a la venta en subasta pública y judicial.

Los bienes del menor en arrendamiento, no podrán otorgarse por más de diez años, a excepción que el Juez lo autorice aún cuando la tutela haya cesado por lo que no se aceptarán rentas por adelantadas por un período mayor a tres años.

El tutor, no podrá hacer préstamos de dinero del menor, ni tomarlo en nombre de éste sin autorización del Consejo de Familia, así como para admitir o desechar la herencia al menor".(125)

La autorización del Consejo de Familia, se hará en instrumento público ante escribano.

El tutor, tiene derecho a una retribución sobre los bienes del menor, la cual podrá fijarse en el testamento y en su defecto el Consejo de Familia, que no será menor del 4% ni mayor del 10% de las rentas de los bienes.

La tutela se extingue:

- 1) Por muerte del tutor o su separación legítima del cargo.
- 2) Por muerte, mayoría de edad o casamiento del menor".(126)

Una vez concluida la tutela, el tutor o sus herederos están obligados a dar cuentas de su administración al menor o a los que le representen.

El tutor, rendirá sus cuentas en el término de dos meses contados desde el día en que se acabe la tutela, el Juez podrá prorrogarlo por cuatro meses más si la situación así lo exigiere.

Si un tutor es substituido por otro, el primero tiene la obligación de entregar las cuentas íntegras al subsecuente.

Las cuentas, serán entregadas en el domicilio del desempeño de la tutela, entregando al efecto los gastos que haya generado el tutor para beneficio del menor.

Pasados diez años, se extinguirán todas las obligaciones para ambas partes.

Lo relativo a los naturales, se rige por las mismas reglas que los legítimos, en este caso lo regirá un Consejo de tutela que tendrá las funciones como el de familia.

Si un hijo fue reconocido por su padre o madre, podrán nombrarle tutor en su testamento, pero no procederá la tutela legítima en este caso.

Los niños admitidos en los hospicios o incluso, por cualquiera denominación, estarán bajo la tutela de los Directores o Comisiones Administrativas de los mismos establecimientos.

El Juez, podrá nombrar de oficio un tutor al niño expósito, dando preferencia a quien lo haya recogido.

Este proyecto, habla de emancipación y mayoría de edad; los une por que así lo consideró importante y no como el actual código civil que los separa para su regulación.

Nos señala que se emancipa el menor por matrimonio, con el consentimiento de sus padres, esta debe otorgarse en escritura pública y solemne en donde acepte el menor.

Este emancipado, tendrá la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita del consentimiento paterno o materno aún cuando sea mayor de edad.

La mayor edad, inicia a los veintiún años cumplidos, este individuo podrá disponer de su persona y sus bienes, y las mujeres de veintiuno y menores de veinticinco, no podrán dejar la casa paterna sin el consentimiento de sus padres.

A pesar de que ya hicimos la distinción entre tutor y protutor, ahora la haremos entre este y el curador; en tanto que el primero sólo se encargará de vigilar todo lo que hace el tutor con los bienes y persona del menor, el segundo lo nombran al mayor de edad enfermo para administrar sus bienes.

Se consideran incapaces para dicha administración de los bienes, el loco, dementes, aún cuando tengan intervalos lúcidos, el sordomudo que no sepa leer ni escribir, el pródigo y el que conforme a la ley tenga interdicción civil.

Tienen derecho a solicitar la incapacidad de una persona, el cónyuge o un familiar, en caso de que no haya quien haga la solicitud, el Juez procederá a efectuarlo de oficio.

Durante el juicio, el Juez nombrará un curador de oficio el cual cesará sus funciones al declararse la sentencia que cause ejecutoria; todos los actos del incapaz serán nulos durante y después de dictada la sentencia.

Los cónyuges, son curadores recíprocos, así como sus hijos mayores de edad cuando los primeros sean viudos, si existen más de dos hijos, se dará preferencia al que viva con ellos, asimismo lo serán los padres de sus hijos legítimos, solteros o viudos.

Así como los padres pueden nombrar tutor en su testamento a su hijo, podrán hacerlo de curador.

La obligación principal del curador, será que el incapaz pierda dicho estado y a este objeto se aplicarán los productos de sus bienes, en caso de que sea un furioso se enviará a un lugar seguro.

La curaduría por prodigalidad, no da al curador autoridad alguna sobre esa persona, limitándose al cuidado de los bienes y cerciorándose del cumplimiento de las obligaciones del tutor.

El curador del pródigo, administrará los bienes de sus hijos.

La mujer de ese pródigo tiene la administración de su dote, mas no podrá enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial.

El curador, podrá ser relevado pasados diez años a partir de la fecha de inicio, los familiares del incapaz no gozarán este derecho.

Al término de la incapacidad, el curador deberá solicitar que judicialmente se declare.

En todo cuanto no sea contrario a lo determinado en este título, debe observarse en la curaduría lo dispuesto para la tutela.

“Cesando las causas que hicieron necesaria la curaduría, cesa también ésta, pero deberá proceder declaración judicial que levante la interdicción”.(127)

X) CODIGO CIVIL DEL IMPERIO MEXICANO DE 1866

Como se puede observar, este Código es distinto a los otros, ya que sólo consta de dos libros, el primero es el de las personas y el segundo el de la propiedad.

Maximiliano Emperador de México, habiendo acordado su rescripto el 21 de diciembre de 1865, la promulgación sucesiva de las diversas partes del Código Civil del Imperio, decretó el Código Civil del Imperio Mexicano de 1866.

Lo que concierne a nuestro tema, lo regula el libro Primero en su Título VIII, por lo que señalaremos un esquema de la regulación de esta institución.

"La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está sujeto a la patria potestad ni han sido emancipado".(128)

Este, es un cargo personal del que no se puede excusar sólo por causa legítima, la cual será ejercida por una sola persona.

El Juez de primera instancia del domicilio del huérfano, se encargará del cuidado del menor y sus bienes en tanto se nombre tutor si no hubiese.

En caso de que el menor no se encuentre en su domicilio en el momento de diferirse la tutela; el Juez del domicilio hará inventariar y de depositar los bienes muebles que el menor tenga en su poder.

Si el menor tiene familiares, estos deberán dar aviso inmediato al Juez del lugar de que existe la orfandad o la vacante de la tutela.

Este código maneja al igual que las otras legislaciones, la idea tripartita de la tutela; testamentaria, legítima y dativa.

La primera, podrá nombrarse en el testamento a aquellos que están sujetos a patria potestad con inclusión del desheredado y del póstumo, en caso de que ese menor sea nombrado heredero de alguien que no ejercía la patria potestad de él, podrá nombrarle tutor sólo para la administración de los bienes.

Al nombrar tutor en su testamento, el padre del menor, excluye a todos de la patria potestad, sin incluir a la madre.

Si la madre contrae segundas nupcias, perderá la potestad de su hijo, de lo contrario si enviuda nuevamente, recobrará su derecho perdido.

Se podrá nombrar tutor testamentario, a cada uno de sus hijos o uno para todos, salvo el caso de que los intereses de cada menor sean distintos, por lo que el Consejo de Familia nombrará un procurador especial que defienda al menor, mientras se resuelva judicialmente.

En caso de que uno de los consortes, sufra el fallecimiento o alguna incapacidad, será impedido para ejercer el cargo, hasta esta desaparezca.

Pueden nombrarse varios tutores en el testamento, para que a falta de uno se substituyan los otros en orden al primero.

~ Tiene lugar la tutela legítima, cuando no haya tutor testamentario o por causa de divorcio, la que corresponderá a los hermanos varones del menor, prefiriendo a los que sean de ambos lados, en su defecto a los tíos hermanos del padre o de la madre, si hubiera varios se elegirá al que parezca más útil para el menor~.(129)

Por último, haciendo mención al tutor dativo, será nombrado por el Consejo de Familia y confirmado por el Juez, la cuál tendrá lugar cuando no haya tutor legítimo, ni se haya nombrado testamentario.

Si existe tutela legítima al menor, pero este faltare perpetua o temporalmente, continuará el nombramiento de tutor dativo.

En toda tutela, el Consejo de Familia nombrará un protutor siempre que no haya sido nombrado testador.

El tutor, no podrá desempeñar su cargo sin antes haber nombrado protutor, de lo contrario será responsable de los perjuicios que causare al menor y será separado de la tutela.

Las obligaciones principales del protutor son:

- 1) ~Defender los derechos del menor, en juicio y fuera de él.
- 2) Vigilar la conducta del tutor, y dar aviso al Consejo en caso de que considere que algo puede ser dañoso al huérfano en su educación e interés.
- 3) Reunir al Consejo de Familia en caso de que faltare el tutor, y no podrá aún así, tomar la administración de la tutela si el Consejo no nombra a otro tutor~.(130)

Las funciones del protutor, cesarán cuando el menor deje de serlo, pero si sólo hay cambio de tutor, continuará en su cargo.

Hablaremos del Consejo de Familia, órgano importante en esta institución, que se establece para proveer mejor y con más seguridad los intereses del huérfano.

El padre, podía nombrar en su testamento al tutor y protutor de su hijo menor, los vocales del Consejo de Familia y fijarlos en un número no menor de dos, pero si se omitió en dicho testamento, lo compondrán cuatro parientes más cercanos al menor dos de línea paterna y de materna mayores de edad, incluyendo a los maridos de las hermanas, pero prefiriendo a los abuelos varones, hermanos o hermanas de padre o de madre y en defecto de ellos sus hijos.

El Juez, multará al pariente que no se presente en el plazo que se le requiere, a excepto de que proceda justa causa, por lo que deberá en un término no mayor a seis días a partir de que el menor no esté sujeto a patria potestad, proceder a formar dicho Consejo.

El protutor, será el Presidente del Consejo, las resoluciones que el Consejo acuerde se resolverán por unanimidad de votos.

Las actas del Consejo de Familia se llevarán en un libro foliado y rubricado en cada hoja por el Juez, las que serán firmadas por todos los que sepan leer y escribir y en su caso especificando los que no sepan hacerlo.

Al Consejo toca determinar las causas de impedimento y separación de sus vocales.

En caso de que el tutor no haya entrado en ejercicio de su cargo por algún motivo que marca la ley, el cuidado de la persona y bienes del menor quedará a cargo del Consejo de Familia.

Las personas inhábiles para ser tutores y protutores, aún estando anuentes en recibir estos cargos son, las mujeres, los menores de edad, mayores de edad que se encuentran bajo curaduría, aquellos removidos de otra tutela, los condenados por sentencia de alguna pena que lleve consigo la privación o inhabilitación del cargo, aquellos que no tengan modo de vivir conocido, los que al diferirse la tutela tengan pleito pendiente con el menor, los deudores del menor, aquellos Jueces o Magistrados que tengan jurisdicción ordinaria en lugares en que se hallen los bienes del menor y los empleados públicos de hacienda que por su empleo tengan responsabilidad.

Asimismo, existen motivos para que los que ya fueron nombrados tutores sean separados de ella, como los que son haber registrado la hipoteca legal del menor, se ingiriesen en la administración de la tutela y los que se condujeren más en la tutela respecto de la persona o administración de los bienes del menor.

Las excusas las divide esta legislación en dos clases, en voluntarias y en legítimas, las primeras son:

- 1) Por ser empleados superiores del Estado.
- 2) Los militares en servicio activo.
- 3) Aquellos que tengan bajo su patria potestad cinco hijos legítimos.

4) Los que fueren tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

5) Aquellos que no sepan leer ni escribir.

6) Quienes tengan 70 años cumplidos.

7) Quienes sean tutores o protutores y curadores de otra persona".(131)

Lo que concierne a las excusas legítimas para ejercer dichos cargos, se entienden como renunciaciones que concede la ley.

Las excusas voluntarias, deben proponerse ante el Consejo de Familia, dentro de un período de diez días después de sabido el nombramiento, tendrán el mismo plazo cuando la excusa sobreviniese después de la admisión de la tutela o protutela.

Durante el juicio de excusa, el que la proponga se obliga a ejercer el cargo, y si no lo hiciere el Consejo nombrará a otra persona que lo substituya.

El tutor testamentario que se excuse, perderá todo derecho a heredar que hubiese tenido.

El tutor, tiene la obligación de cuidar de la persona del menor así como representarlo en todo acto civil, excepto los personalísimos como son el contraer matrimonio, reconocimiento de hijos, adopción etc.

El menor, debe respeto y obediencia a su tutor, quien podrá corregirlo moderadamente.

"Los gastos, educación y alimentos del menor, deben regularse de manera que nada necesario le falte, estos serán de acuerdo a la condición y riqueza del menor".(132)

Durante el primer mes de ejercicio de su encargo, el tutor fijará la cantidad que ha de destinarse para alimentos y educación del menor, así como de los gastos de administración y número de empleados permanentes así como sueldo.

El tutor, destinará al menor a la carrera u oficio que crea conveniente según sus circunstancias.

Si los gastos del menor son superiores al patrimonio que posee, el Consejo decidirá sobre otro medio para evitar la enajenación de los bienes.

A su vez, el tutor tiene la obligación, de hacer el inventario de los bienes del menor en un período no mayor a seis meses, si se omite incluir algún bien, tiene la obligación conjuntamente con el protutor de exigir se incluyan en dicho inventario.

Los inmuebles del menor, los derechos reales y muebles preciosos no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, a excepción de extrema necesidad la cual la determinará el Consejo de Familia, dicha venta se efectuará en subasta pública, en la que el tutor y el protutor ni su mujer e hijos podrán hacer la compra.

El tutor, dará en arrendamiento los bienes del menor en un período no mayor a diez años, siendo nula toda anticipación de rentas o alquileres por más de tres años.

El tutor, tiene derecho a una retribución sobre los bienes del menor, que podrán fijar el padre o la madre en su testamento y en su defecto el Consejo de Familia.

Cuando el tutor, por su buen manejo en la industria o diligencia aumente los bienes del menor, podrá disfrutar el 20% del producto de dichos bienes.

Al extinguirse la tutela, la última etapa debe ser por muerte del tutor, su ausencia declarada legalmente o por su separación legítima o excusa superveniente, por lo que el tutor tendrá que efectuar las cuentas de su administración o en todo caso sus herederos.

Al finalizar la tutela, el tutor debe hacer entrega de todos los bienes sin tener derecho de retención, los cuales deberán ser entregados en un período no mayor a dos meses en el domicilio de la tutela, por lo que el tutor se obliga a entregar las cuentas durante el mes de enero de cada año al protutor, adjuntando todos los documentos que justifiquen esas cuentas.

Le serán abonados al tutor los gastos hechos que legal y debidamente haya hecho para el desempeño de la tutela.

Aquellos que se nieguen a aceptar el cargo sin causa legítima, ya sea de tutores, curadores o miembros del Consejo de Familia o tutela, serán apremiados con multa según los casos, y condenados al resarcimiento de daños y perjuicios.

Los Jueces de Paz del domicilio del menor, son los competentes para la provisión y discernimiento de tutores y protutores, para la calificación de excusas, instalación y reuniones del Consejo de Familia, por lo que su omisión los hará responsables pecuniariamente de los perjuicios que resulten a los menores por su negligencia, morosidad o descuido.

"En todos los casos en que el padre o la madre puedan dar tutores a sus hijos menores de edad, podrán también nombrar curador por testamento a los mayores de edad, locos, dementes o sordo mudos, salvo las excepciones en que el marido es curador forzoso de su mujer. Los hijos varones mayores de edad, deberán ser curadores de su padre o madre viudos, y su esposa sea curadora de sus hijos legítimos solteros o viudos."(133)

XI.- CODIGO CIVIL DE VERACRUZ LLAVE DE 1868

La tutela, tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor, que no esta emancipado ni sujeto a patria potestad, la cual se ejercerá por el tutor bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de Familia.

La tutela, es un cargo personal del que nadie puede eximirse sin causa legítima.

En caso de que el menor no se encuentre en su domicilio al momento de diferir la tutela, el Juez de lugar deberá inventariar y depositar los bienes del menor para su cuidado, por lo que los familiares del menor darán aviso de inmediato al Juez de la orfandad o vacante de la tutela.

Al igual que en otras legislaciones, la tutela es tripartita, siendo testamentaria legítima y dativa; en la primera de ellas tiene derecho a nombrar un tutor testamentario el padre del menor sin importar la edad; aquel aún no teniendo la potestad del menor, lo haga sólo para la administración de los bienes del incapaz, ese derecho lo tiene la madre, y perdiendo la potestad del menor los otros ascendientes.

El que tenga la potestad de los menores, tendrá derecho a nombrarles un tutor indistinto a todos o uno por cada hijo, y cuando sea nombrados varios para un sólo hijo, se entenderá que el primero nombrado asumirá el cargo y en caso de muerte los otros lo sustituirán, este cargo sólo podrá revocarlo el Juez si así lo estimare conveniente al menor en caso de que no le sea favorable.

La tutela legítima, tiene lugar cuando no haya testamentario, o deba nombrarse por causa de divorcio, por lo que corresponde a los hermanos varones del menor, de preferencia el mayor de edad; a los tíos; a los hermanos del padre o madre y si hubiere varios el Juez elegirá al más útil.

La tutela activa, es nombrada cuando el Consejo de Familia decide que no existe tutor testamentario ni dativo, por lo que se nombrará una persona ajena a las anteriores.

Asimismo, tiene lugar cuando existiendo la tutela legítima, el tutor faltare temporal o perpetuamente y no existe otro familiar que lo asuma.

En todos los casos de tutela, debe nombrarse un protutor en caso de que el padre o la madre del menor no lo haya hecho, el cual deberá ser nombrado por el Juez o el Consejo de Familia, en la cesión de nombramiento de tutor dativo se nombrará al protutor.

La tutela testamentaria y dativa sólo se ejercerá si se nombró al protutor, de lo contrario el tutor será responsable de los daños y perjuicios que cause al menor.

Las obligaciones principales del protutor son:

- 1) Sostener los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición al tutor.
- 2) Vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del Consejo de Familia cuando crea que alguna conducta del primero es dañosa para el menor.
- 3) Promover la reunión del Consejo de Familia para el nombramiento del tutor cuando esta esté vacante.
- 4) Ejercer las demás obligaciones que la ley de señala".(134)

El protutor que no cumpla con esos requisitos, es responsable de los daños y perjuicios que se generen al menor, por lo que sus funciones cesarán cuando el menor salga de la tutela.

Al igual que en otras legislaciones, nos hemos dado cuenta en el transcurso de esta evolución histórica, que el Consejo de Familia siempre ha prevalecido, y en éste código no es la excepción, ya que se estableció para proveer al menor de mayor seguridad, e intereses al huérfano.

Los miembros del Consejo, pueden ser nombrados en el testamento así como los vocales; y si no se hizo así, lo compondrán cuatro parientes más allegados al menor, dos de línea paterna y dos de materna que se encuentren en el mismo domicilio del menor; también podrán integrar el Consejo los maridos de las hermanas del menor siempre y cuando vivan.

El Juez, tiene la obligación de reunir al Consejo dentro de los diez días siguientes a la muerte del padre o madre del menor, y en caso de que a más de seis leguas de distancia no haya un familiar del menor, el Juez deberá nombrar a los miembros del Consejo siempre que sean vecinos nombrados y amigos de los padres del menor.

Los parientes, serán llamados para que comparezcan personalmente o mediante apoderado especial, el cual sólo podrá representar a uno, y pudiendo ser multados hasta por \$25.00 pesos si no se presentaren en dicho término, a excepción de causa justa que el Juez determine.

La primera reunión de Consejo se celebrará ante el Juez, el cual resolverá cualquier duda durante la misma.

El protutor será el Presidente del Consejo, en caso de que faltare, el Juez lo sustituirá y desempeñará sus funciones.

El Consejo, se reunirá todas las veces necesarias para proveer mejor los intereses del menor y ejercer las facultades que la ley le concede.

- Todas las actas del Consejo de Familia se llevarán en un libro foliado y rubricado en todas sus fojas por el Juez de Paz y firmadas por todos los vocales".(135)

Los miembros del Consejo de Familia serán designados por el Juez, por lo que también tiene la facultad de declarar las causas de impedimento y separación de sus vocales.

Haciendo referencia a los impedimentos para ser tutores, protutores y vocales del Consejo de Familia, entre otras causas existen las siguientes:

- 1) Los menores de edad.
- 2) Los mayores de edad bajo curatela.
- 3) Los removidos de otra tutela por sospechosos.
- 4) Los condenados por sentencia a una pena que lleve consigo la privación del cargo.
- 5) Aquellos que no tengan oficio ni modo de vivir conocido o de notoria mala vida.
- 6) Los deudores del menor.
- 7) Los parientes negligentes al aviso de la vacante.
- 8) Los Jueces en ejercicio de su cargo.

Y serán separados de la tutela:

- 1) Aquellos que no convocaren al Consejo de Familia para una reunión necesaria.
- 2) Los que sin haber caucionado su manejo se ingiriesen en la tutela del menor.
- 3) Los que se condujeren mal en el manejo de la tutela o administración de los bienes.
- 4) Los inhábiles a partir de su incapacidad".(136)

Podrán excusarse de estos cargos:

- 1) Los funcionarios, empleados y autoridades civiles de la federación.
- 2) Los militares en servicio activo.
- 3) Los funcionarios, autoridades y empleados de Estado.
- 4) Los que tengan bajo su potestad cinco hijos legítimos.
- 5) Aquellos que fueren tan pobres que no puedan atender la tutela.
- 6) Los que no saben leer ni escribir.
- 7) Quienes tengan 70 años cumplidos.
- 8) Aquel que sea tutor, protutor o curados de otras personas".(137)

El que teniendo excusa legítima para ser tutor o protutor, acepte el cargo, se entiende que renuncia a la excusa.

El tutor o protutor, debe proponer sus excusas dentro de diez días después de sabido el nombramiento, por lo que durante el juicio deberá desempeñar el cargo, o el Consejo nombrará a otra persona; pero la primera se hará responsable de la gestión del sustituto.

En caso de fallecimiento del tutor o protutor, los albaceas y herederos están obligados a dar aviso al que debe seguir la tutela o al Consejo de Familia.

El tutor, cuidará de la persona del menor, y lo representará en todo acto civil, excepto en los puramente personales.

El menor debe obediencia y respeto al tutor, quien podrá corregirlo moderadamente.

Los alimentos del menor deben regularse a fin de que nada le falte, según su condición; por lo que al entrar el tutor en su cargo, el Consejo de Familia fijará la cantidad que ha de invertirse en los alimentos y educación del menor.

El tutor, destinará al menor carrera u oficio que crea conveniente, según sus circunstancias; y si las rentas no alcanzan a cubrir los gastos de sus alimentos y educación, el Consejo de Familia decidirá si ha de ponerse a oficio o adoptar otro medio para evitar la enajenación de bienes.

Todo tutor, a consideración del Consejo de Familia, caucionará su manejo del encargo mediante fianza, prenda o hipoteca.

“El tutor, tiene la obligación de formar inventario solemne y circunstanciado de los bienes del menor de cuanto constituyen el patrimonio del menor, en el que intervendrá el consejo y el protutor en un período no mayor a seis meses”.(138)

Hecho el inventario, no se admite prueba contra el perjuicio del menor ya sea antes o después de la mayoría.

El padre o madre que hubiere ejercido algún comercio o industria, el Consejo de Familia decidirá si ha de continuarse o no.

Los bienes del menor, no pueden enajenarse sino por causa de absoluta necesidad, la cual ha de concederse en instrumento público, la venta de un bien se hará en subasta pública, tratándose de bienes inmuebles y derechos reales anexos a ellos, la enajenación hecha en contrario será nula.

El tutor, podrá arrendar los bienes del menor hasta por diez años, por lo que necesita autorización del Consejo para prorrogar el término, asimismo el tutor necesita autorización del Consejo para entablar demanda a nombre del menor o para contestar la entablada en su contra.

El tutor, tiene la obligación a una retribución sobre los bienes del menor, la que fijará el padre o madre del menor en el testamento, de lo contrario se fijarán de acuerdo al arancel respectivo.

Ahora, hablaremos de las causas por las cuales esta legislación considera que puede extinguirse la tutela, entre las principales se encuentran; la muerte; mayoría de edad y casamiento del menor, y respecto al tutor son; por muerte; separación o excusa legítima superveniente.

Concluida la tutela, el tutor o sus herederos están obligados a dar cuenta de su administración al menor, esta obligación no puede ser dispensada, a su vez el tutor deberá entregar los bienes de ella sin derecho a retención de algo, en un período no mayor a dos meses desde que carezca la tutela.

El tutor, tiene la obligación de entregar al protutor durante el mes de enero de cada año un estado de la situación del patrimonio del menor.

Las cuentas, deben ser acompañadas de los documentos justificantes, a excepción de aquellos en los que el padre de familia no acostumbraba a recoger recibo, las que deberán darse en el lugar del domicilio del tutor.

Serán abonables al tutor, los gastos hechos por él aún cuando no hayan generado utilidad al menor, e indemnizarlo según el daño evidente que haya sufrido por causa de la tutela y en el desempeño necesario de la misma.

Todas las acciones contra el tutor, sus fiadores y garantes por hechos relativos a la administración de la tutela, quedan extinguidas por el lapso de dos años, contados desde que el pupilo sea mayor y haya recibido los bienes a cuenta de la tutela.

"En relación a los hijos naturales, la tutela se regirá por la regla de los legítimos, salvo las excepciones que la ley determine".(139)

El Consejo de Tutela, ejercerá las funciones del Consejo de Familia, compuesto por el Juez de Paz del domicilio del menor, y cuatro vecinos del menor los cuales serán nombrados por el Juez entre los parientes y amigos que fueron del padre o madre.

El padre o madre que no haya reconocido a un hijo natural, puede nombrarle tutor a su testamento, la tutela legítima no tiene lugar respecto de los hijos naturales, por lo que a falta de tutor testamentario el Consejo de Tutela los nombrará en su defecto o el Juez.

Los niños internos de hospicios e inclusas, estarán bajo cualquiera denominación que sea, estarán bajo la tutela de los Directores de dichos establecimientos, el Juez nombrará tutor al niño expósito o abandonado.

Una observación que cabe señalar en esta legislación, no común a las otras, es la existencia un Consejo de Familia y uno de Tutela, el último en caso de que sean hijos naturales por lo que se ha dedicado un espacio sobre las disposiciones de dichos Consejos, las cuales no dicen:

En caso de negligencia, el Consejo de Familia o Tutela no puede integrarse oportunamente, el Juez desempeñará dicho cargo, y los vocales que dejaren de concurrir sin causa justificada serán responsables de los daños que se causaren a los menores.

“Los Jueces de Paz de la residencia de los menores, son los competentes para la provisión y discernimiento de tutores y protutores para la calificación de excusas, para la instalación y reuniones del Consejo de Familia y demás que corresponde; pero si uno se siente agraviado de sus decisiones y siempre que sobre estas se suscite litigio, se obrará con arreglo al código de procedimientos”.(140)

XII.- CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO DE 1869

El C. Mariano Riva Palacio, y en este momento Gobernador Constitucional del Estado Libre y soberano de México, a todos sus habitantes hace saber, que ha decretado el siguiente Código Civil para el Estado de México, que entró en vigor el primero de enero de 1870.

Este Código, consta de tres libros:

El de las personas; de los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones, y por último de los diferentes modos de adquirir la propiedad.

Hablaremos a grandes rasgos de lo que nos dice respecto del tema principal de esta tesis, que es la tutela.

“La tutela, tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que está sujeto a patria potestad y no ha sido emancipado”.(141)

La tutela, es un cargo personal del que nadie puede eximirse, a excepto que tenga legítima excusa; si al diferirse la tutela, se encuentra el menor fuera de su domicilio, el Juez de primera instancia de dicho lugar, hará inventaría y depositar los bienes muebles que el incapaz tenga en su poder, de lo contrario responderá de los daños que se causen al mismo.

En caso de orfandad, los parientes del menor tienen la obligación de comunicarlo al Juez, de lo contrario perderán el derecho a ser tutores, protutores o miembros del Consejo de Familia y perderán el derecho a suceder en el testamento si es que eran aptos para ello.

Al igual que en otras legislaciones, hemos venido analizando durante el trayecto de la evolución histórica, que la tutela es tripartita es decir testamentaria, legítima y dativa, para que dependiendo de la situación del menor asuma la responsabilidad la persona apta para el cargo.

La primera de ellas, recae en personas que ejercen la patria potestad aún cuando sean menores de edad, y tengan derecho a nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejercen con inclusión del desheredado y el póstumo.

El que nombre tutor en su testamento para un menor, el cual no está sujeto a su patria potestad, será sólo para la administración de los bienes que le deja

El nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre o madre del menor, excluye a los ascendientes en quienes hubiere de recaer.

Si son varios hijos, el padre podrá nombrar un tutor común para todos, pero si sus intereses son opuestos podrán nombrar uno a cada hijo.

Al hacer el nombramiento de tutor, sobreviviendo uno de los consortes que esté impedido para ejercer la patria potestad, cesando dicho impedimento cesará también la del tutor.

Nombrando más de un tutor con el fin de que se sustituyan unos a otros en caso de muerte, incapacidad, excusa o separación, recaerá la tutela al primero nombrado.

“La tutela legítima tiene lugar, cuando no haya tutor testamentario, o por causa de divorcio, la cual corresponde a los hermanos varones del menor prefiriéndose a los que sean por ambos lados, en segundo término a los tíos hermanos del padre o madre y en caso de que existan varios en igualdad de circunstancias se elegirá al que parezca más útil para el menor”.(142)

La tutela dativa, aparece cuando no exista tutor testamentario ni un familiar apto para el menor, por lo que el Juez local tiene la obligación de solicitarlo al representante del Ministerio Público, para que el Consejo de Familia haga el nombramiento.

“La tutela dativa, tiene lugar cuando el testador nombró tutor en su testamento, y el nombrado falta o no puede desempeñar su cargo, por lo que la tutela legítima no tiene lugar a excepto que el testador haya dispuesto que así sea”.(143)

Cuando tenga lugar la tutela legítima, si el tutor que la desempeñaba faltare temporal o perpetuamente continuará dicha tutela, llamando al pariente que corresponda; más si faltare tiene lugar la tutela dativa.

Cabe mencionar que esta legislación, maneja una cuarta tutela llamada officiosa sin embargo al igual que la tripartita, ésta podrá clasificarse dentro de la dativa, pero analicemos esta posición distinta a través de esta evolución histórica.

“ Todo individuo, mayor de veinticinco años que quisiera encargarse de la tutela o protección de un menor desvalido o indigente, lo hará por un título legal convirtiéndose en

oficioso, para ello necesita el consentimiento del padre o madre del menor si es que faltare el primero, a falta de ambos los abuelos paternos o maternos, de lo contrario se acudirá a la tutela oficiosa con consentimiento del Consejo de Familia, y en caso de que no exista la otorgarán los directores del hospicio o casa de caridad en que hayan sido recogidos, el Ministerio Público del lugar o en su defecto el Presidente del Ayuntamiento respectivo".(144)

Para otorgar el consentimiento a dichas personas, necesitan probar su moralidad y posibilidad para atender la subsistencia del menor, por lo que si el ascendiente del menor se negare a darlo, bastará para que no tenga lugar la tutela, no existiendo recurso alguno en contra de su voluntad, lo mismo se observará respecto del Consejo de Familia.

El que fuere casado, necesita la autorización de su cónyuge para ejercer el cargo, de lo contrario será nula.

Esta tutela, recaerá sólo en los menores de quince años, por lo que su tutor oficioso, queda obligado a darle los alimentos necesarios y educarlo.

El tutor, oficioso tendrá los mismos derechos oficiosos que si fuera padre legítimo, con excepción de los que se refieren a la sucesión, y si el tutor abandona al menor sin causa justificada antes de que cumpla veintiún años, pierde todos los derechos que se le concedieron.

El pupilo, no podrá reclamar indemnización alguna del tutor oficioso por los servicios que haya prestado durante su encargo.

Podrá removerse al tutor oficioso, en caso de que trate cruel e inhumanamente al incapaz, y castigando su conducta por los ilícitos cometidos en contra del menor, por lo que la denuncia podrá ser hecha por el mismo menor o por acción popular.

Aquel que acoja a un expósito, se convierte en su tutor oficioso, por lo que adquiere los derechos y obligaciones que consigna el cargo.

En todos los casos, excepto en la tutela oficiosa, el Consejo de Familia nombrará a un protutor, siempre que no haya sido nombrado por el testador.

El tutor, no podrá desempeñar su cargo sin que haya sido nombrado previamente el protutor, de lo contrario será responsable de los perjuicios que se ocasionen al menor.

Las principales obligaciones del protutor son; 1) defender los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor; 2) vigilar la conducta del tutor y dar a conocer lo que considere dañoso para el menor; 3) reunir al Consejo de Familia para el nombramiento de tutor cuando faltare o abandonare la tutela, por lo que no podrá tomar la administración de la misma si faltare el nombramiento del protutor; 4) a ejercer las demás obligaciones que la ley señala para el desempeño del cargo".(145)

No podrán ser parientes el tutor y el protutor, y sus funciones cesarán al término de la menor edad del individuo.

Serán llamados a ejercer el cargo de tutor, los abuelos prefiriendo a los varones, de lo contrario a las abuelas, a los hermanos o hermanas carnales y a los tíos hermanos de padre o madre y en su defecto a sus hijos.

La primer reunión del Consejo, será presidida por el Agente del Ministerio Público; por lo que si no comparece alguno de los parientes, será multado por dicho funcionario excepto que sea por justa causa.

El protutor, será Presidente del Consejo de Familia, por lo que el Consejo se reunirá las veces que sea necesario para resolver sobre los intereses del menor.

Las actas del Consejo de Familia, se llevarán en un libro foliado y rubricado en todas sus fojas, las cuales firmarán todos los vocales que sepan leer y escribir.

Al Consejo de Familia corresponde, declarar sobre las causas de impedimento y separación de los vocales; contra las declaraciones del Consejo no se admitirá apelación ni recurso alguno siempre y cuando sea en beneficio del incapaz.

No pueden ser tutores ni protutores, aún estando anuentes para recibir el cargo, las mujeres; los menores de edad; los mayores de edad bajo curaduría; los removidos de otra tutela por sospechosos; los que por sentencia hayan sido condenados a pena que lleve consigo la privación o inhabilitación de este cargo; los que no tengan oficio ni modo de vivir conocido; los que al diferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor; los deudores del menor en cantidad considerable y los funcionarios públicos.

Serán separados de la tutela: aquellos que sin haber caucionado su manejo, se ingiriesen en la tutela del menor; los que se condujeren mal en la tutela respecto de la persona o administración de los bienes del menor; y los inhábiles desde que sobrevengan su incapacidad.

"Son excusas para asumir el cargo de tutores y protutores; 1) los funcionarios, empleados y autoridades civiles de la federación; 2) los militares en servicio activo; los funcionarios, autoridades y empleados del estado; 3) los que tengan bajo su patria potestad cinco hijos legítimos; 4) los que fueren tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; 5) aquellos que por su mal estado de salud no puedan asumir el cargo; 6) aquellos que no sepan leer ni escribir; 7) quienes tengan 70 años cumplidos y aquellos que sean tutores o protutores de otra persona".(146)

Dichas excusas, deberán ser propuestas dentro de un plazo de diez días después de sabido el nombramiento; aquel que sin justa causa no desempeñe la tutela o protutela, pierde el derecho a heredar al menor, así como el tutor testamentario; y si falleciere el tutor o

protutor administrarán los bienes del menor los herederos o el Consejo de Familia, en tanto se nombre a uno nuevo.

El tutor, cuidará de la persona del tutor, y le representará en todo acto civil, excepto los puramente personales.

El menor debe respeto y obediencia al tutor, y en caso de no corregirse, el Juez le podrá imponer un castigo de un mes en una casa de corrección.

Los alimentos que se otorguen al menor, deben regularse a sus posibilidades, siendo la primer tarea del tutor durante su encargo.

El tutor, destinará al menor la carrera u oficio que crea conveniente según sus circunstancias; pero si las rentas no fueren suficientes para cubrir los gastos de alimentación, el Consejo decidirá si ha de ponerse en oficio o adaptarse a otro medio para evitar la enajenación de sus bienes.

Todo tutor, caucionará su manejo para administrar la tutela; por lo que el tutor formará inventario solemne y circunstanciado en un período no mayor a seis meses, el cual deberá inscribirse ante un escribano.

Los bienes inmuebles, derechos reales anexos a ellos y los muebles preciosos, no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sólo por causa de extrema y con autorización del Consejo de Familia.

La tutela se extingue por:

- 1) Muerte del tutor, su ausencia declarada, separación o legítima excusa superveniente.
- 2) Por muerte, mayoría de edad o casamiento del menor. (147)

Al término de la tutela, el tutor o sus herederos están obligados a dar cuenta de su administración, la cual no podrá ser dispensada en contrato o última voluntad del menor.

Al concluir la tutela, el tutor está obligado a entregar los bienes, sin derecho de retención alguno sobre los papeles y bienes de dicha tutela, las cuentas se entregarán en el término de dos meses a partir de que fenezca la tutela.

El tutor, durante el mes de enero de cada año, deberá entregar al Juez del domicilio las cuentas de la tutela.

Todas las acciones del pupilo contra el tutor, sus fiadores y garantes, por hechos relativos de la administración de la tutela, quedan extinguidas por el lapso de dos años contados desde el día en que el pupilo siendo ya mayor haya recibido los bienes y la cuenta de la tutela.

Si la tutela, hubiere fenecido durante la menor edad, el incapaz podrá ejercitar las mismas acciones contra el tutor principal computándose los términos desde el día en que cumpla la mayor edad.

La tutela de los hijos naturales, se rige por las mismas reglas que la de los hijos legítimos, por lo que el Consejo de Tutela ejercerá las funciones que correspondan al de familia; el padre o madre que hayan reconocido a un hijo natural, pueden nombrarle tutor testamentario.

"Los niños admitidos en hospicios e incluso por cualquier título, y bajo cualquier denominación estarán bajo la tutela de los Directores de esos establecimientos".(148)

XIII.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870

Hablaremos del panorama que nos presenta este antiguo código, ya que es antecedente del actual; para iniciar señalaremos lo relativo a las disposiciones generales del tema de esta tesis, el artículo 43 de dicha legislación señala lo siguiente:

"El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural o legal o sólo la segunda para gobernarse por sí mismos".(149)

Señala que existen dos tipos de incapacidades, la natural y la legal, la primera de ellas recae sobre las siguientes personas:

- a) Los menores de edad no emancipados.
- b) Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún teniendo intervalos lúcidos.
- c) Los sordomudos que no saben leer ni escribir.

Y la segunda de ellas recae sobre:

- a) "Los pródigos declarados conforme a las leyes.
- b) Los menores de edad emancipados para los negocios judiciales".(150)

La tutela, se desempeñará bajo la actuación de un tutor con vigilancia de un curador, y pudiendo desarrollar al mismo tiempo más de una tutela, pero desempeñadas por personas diferentes y que no sean parientes.

Este cargo nadie puede eximirlo, a menos que sea por causa legítima.

Si los herederos son menores, incapaces o están ausentes, el executor testamentario tiene que dar aviso en un período de ocho días al Juez del lugar, quien será competente para conocer de todos los negocios de la tutela, teniendo que ser escuchado el Ministerio Público para intervenir en las gestiones que se hagan de esa tutela.

DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS. Se llama así a todos aquellos que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debidas.

Cuando se sospecha que el tutor o curador, versa mal sobre los bienes del pupilo dispersándolos en juegos y otros usos indebidos, no educando al pupilo, y no cuidando de toda la administración de sus bienes, tendrá que interponerse denuncia civil o criminal ya que se conspira en contra del incapaz, a su vez podrán ser removidos pagando los daños que generaron, castigados con pena arbitraria, siendo substituidos por otra persona digna del cargo, tales como parientes inmediatos la madre o abuela del pupilo.

Algunas de las causas por las que pueden ser removidos los tutores de su cargo, es por considerarse sospechosos en los casos siguientes:

- 1) Haber sido tutor o curador de otros huérfanos y haber malversado sus bienes o enseñándoles malas costumbres.
- 2) Haber descubierto después del nombramiento que era enemigo de los parientes del pupilo.
- 3) Haber omitido el inventario de los bienes.
- 4) No defender al pupilo en una litis.
- 5) Esconderse y no querer aparecer cuando supiere del nombramiento.

En estos casos, ni una fianza les da derecho a asumir la responsabilidad.

Tiene fin la sospecha cuando; muere el reo, cuando la causa no se ha sentenciado, pero los daños pueden ser reclamados a los herederos del tutor; otra causa o determinación es por haber concluido la sentencia.

Se puede asumir el cargo de tutor y curador por las siguientes circunstancias:

- a) Por testamento.
- b) Por la ley.
- c) Por elección del mismo incapaz, confirmada por el Juez.
- d) Por nombramiento exclusivo del Juez. (151)

La declaración del estado de tutela tendrá que ser hecha en juicio del mismo modo en estado de interdicción.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA. Pueden nombrarla aquellos que ejerzan la patria potestad, incluso siendo menores de edad, con inclusión del póstumo o desheredado.

En que en su testamento deja bienes a un incapaz, del cual no tiene patria potestad, tendrá derecho a nombrar tutor sólo para la administración de sus bienes.

El padre o madre que nombre tutor para sus hijos en su testamento, excluye a los ascendientes de la patria potestad de ese incapaz, pero el padre no podrá excluir a la madre.

Si al morir el padre, no hizo nombramiento de tutor para su hijo, la madre asumirá la responsabilidad del menor, pero si ese hijo es interdicto o proviene de prodigalidad, sólo el padre podrá nombrar tutor para él, no a lugar a la tutela testamentaria cuando el hijo es mayor de dieciocho y menor de veintiuno que este legalmente emancipado.

Al asumir el cargo de tutor o curador, tendrá que seguir todas las reglas que mencione el testador siempre que no sean contrarias a derecho, ya que el Juez puede modificarlas si son dañosas para el pupilo.

DE LA TUTELA LEGITIMA. Se asume este nombramiento cuando:

1) En la suspensión o pérdida de la patria potestad o impedimento de quien debe ejercerla.

2) Por falta de tutor testamentario.

3) Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. (152)

La tutela legitima, puede ser asumida a falta de la testamentaria por las siguientes personas:

1) Los hermanos varones prefiriendo a los consanguíneos.

2) A los tíos hermanos del padre o madre y si existieren varios de ellos el Juez nombrará al más apto.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS DEMENTES, IDIOTAS Y SORDOMUDOS: hablando de cónyuges, el marido es legítimo forzoso de su mujer y viceversa.

Los hijos varones mayores de edad, son tutores de padre o de madre viudos, y cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva con él; si existieren varios el Juez eligirá al más apto; a falta de estas personas, serán llamados los abuelos paternos, maternos, tíos paternos o maternos para que desempeñen el cargo.

“Los que ejercen la patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento, a aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del desheredado y del póstumo”.(153)

DE LA TUTELA LEGITIMA DEL PRODIGO, DATIVA Y ABANDONADOS. Es el padre tutor forzoso de su hijo pródigo, a falta de éste, el Juez nombrará quien podrá ejercerlo.

El primero de ellos lo nombrará el Juez, si el menor tiene catorce años, pero si es mayor de edad, él mismo nombrará a su tutor y el Juez lo confirmará si no existe impedimento, y tiene lugar cuando:

1) No hay tutor testamentario, ni conforme a la ley exista persona que le corresponda la tutela legítima.

2) Si el tutor testamentario está impedido para ejercer el cargo, y no existe pariente legítimo.

Esta tutela, resolverá asuntos judiciales del menor de edad emancipado, y recibirá honorarios de acuerdo al arancel de procuradores.

Lo que concierne a niños expósitos, estarán bajo la tutela de quienes los hayan acogido, quien tendrá las mismas obligaciones de cualquier tutor, pero si el niño se encuentra en un hospicio, inclusa y además casa de beneficencia pública, los directores de esas instituciones, asumirán el desempeño de la administración de esa tutela.

Las personas inhábiles para asumir la tutela son; las mujeres, excepto que el padre no haya nombrado tutor a su hijo que sea pródigo; los menores de edad; los mayores de edad que se encuentren bajo tutela; los que fueren removidos de la tutela; los que por sentencia fueren inhabilitados para obtenerlo; quienes no tengan oficio o modo de vivir conocido; aquellos que tienen pleito pendiente con el tutor; el extranjero no domiciliado en el lugar; los Jueces de la jurisdicción y aquellos que tengan responsabilidad pecuniaria actual.

Y a diferencia de los inhábiles, hay quien teniendo el cargo podrán ser separados de la misma como son las siguientes personas:

1) “Los que no caucionaron su manejo para la tutela.

2) De quien sobrevenga su incapacidad.

3) Los que se condujeren mal en el desempeño de la tutela ya sea de la administración de los bienes o persona del menor”.(154)

Esa separación se hará con audiencia y por sentencia judicial.

A aquel tutor que sea acusado, por algún delito, se restringirá su cargo, hasta que exista una resolución de sentencia firme, y si se absuelve volverá a su cargo.

EXCUSAS DE LA TUTELA:

- 1) Aquellos empleados superiores del Estado.
- 2) Los militares en servicio activo.
- 3) Quien tenga bajo su potestad a cinco descendientes.
- 4) Los que fueran tan pobres que el asumir el cargo implique que no puedan atender a la tutela.
- 5) Quienes no sepan leer ni escribir o tengan enfermedad crónica.
- 6) El que tenga 70 años cumplidos.
- 7) Aquel que tenga a su cargo otra tutela".(155)

El Juez competente, determinará si es posible que se excuse una persona o no, la persona tendrá diez días para interponer su excusa después de que se le notificó el nombramiento, disfrutando de un día más por cada cinco leguas de su domicilio, al lugar donde se encuentre el Juez competente, por lo que la autoridad judicial deberá nombrar tutor interino.

El que se haya excusado de la tutela, perderá el derecho de la herencia o legado a que tuviere derecho.

Si el tutor renuncia a su cargo sin consentimiento del Juez, perderá todo derecho de herencia; siendo responsable de los daños y perjuicios ocasionados al pupilo.

GARANTIAS QUE DEBEN OTORGAR LOS TUTORES PARA EL MANEJO DE LA TUTELA. Estas consistirán en hipoteca o fianza, y no podrá ser asumido el cargo si no las presenta, pero si quien va a nombrarse tutor no cuenta con bienes que cubran el monto al cien por ciento, podrá dar parte en hipoteca y parte en garantía, y si los bienes del pupilo aumentan con el paso del tiempo, tendrá que incrementarse la garantía, pero si en un período de tres meses el tutor no pudiera otorgarlo, el Juez podrá aceptar las que tenga, siempre que no sean intereses al cincuenta por ciento de los bienes del pupilo.

Existen supuestos de aquellos que están exceptuados a otorgar garantía, en los siguientes casos:

- a) Los tutores testamentarios.
- b) Aquel pupilo que sólo tenga créditos o derechos litigiosos.
- c) El padre, la madre y los abuelos.
- d) Quienes acojan a un expósito, lo eduquen y alimenten.

El tutor, tendrá que presentar informe anual de las cuentas de su administración, todas en presencia del curador.

Siendo varios los menores o incapacitados cuyo haber consista en bienes procedentes de una herencia indivisa, y siendo varios tutores, se exigirá la fianza o hipoteca por el cien por ciento que corresponda a su representación.

ADMINISTRACION DE LA TUTELA. El tutor deberá asumir su cargo, con previo nombramiento de curador, y será responsable de los daños que genere al pupilo por hacer caso omiso a esta disposición.

El tutor, esta obligado a representar al pupilo en todos los juicios civiles y penales, a excepción del matrimonio, reconocimiento de hijos, testamento y otros personalísimos, además está obligado a cuidar de la persona del pupilo, su educación y alimentación.

"El menor, tiene la obligación de respetar a su tutor, y este tendrá los mismos derechos de un ascendiente, y otorgar esos derechos los gastos que efectúe para su manutención deben ser los necesarios, de acuerdo a lo que el Juez previamente designó para ello".(156)

Pasado un mes de haber asumido el tutor su cargo, deberá con previa autorización judicial, designar los gastos necesarios para la administración, los dependientes que necesita para el desempeño así como sus sueldos, esto no libera de comprobación al tutor.

El tutor, deberá destinar una carrera u oficio que el pupilo elija, siempre que el testador lo haya designado, el Juez lo aprobará bajo el consentimiento del pupilo.

El tutor, está obligado a efectuar inventario de los bienes, dentro de los seis meses de haber asumido el cargo, no podrá ser dispensada esta circunstancia, y si aumentan los bienes después de este inventario, se incluirán, pero si omite incluir algunos, el curador lo hará saber al Juez para que el tutor de cuenta de ellos.

Si los padres del pupilo, tenían un comercio o industria, el Juez determinará si se continuará con ello, siempre que convenga a los intereses del pupilo.

Los bienes muebles del pupilo, no podrán ser hipotecados, ni gravados, salvo por severa necesidad justificada, excepto por utilidad extrema con autorización del Juez.

El tutor, no podrá comprar los bienes del menor, ni hacer contratos de arrendamiento, excepto que algún familiar del tutor sea coheredero del menor, el arrendamiento operará en extrema necesidad con aprobación del Juez, pero no será mayor de nueve años.

Sin autorización judicial, no puede recibir el tutor dinero prestado en nombre del menor, pero si podrá admitir las donaciones, legados y herencias en beneficio del pupilo, el tutor gozará de una retribución del 4% al 10% respecto de los bienes del menor.

La tutela se extingue por:

1) Por muerte del tutor, por su ausencia legal, remoción, excusa o impedimento superveniente.

2) Por la muerte, cesación del impedimento o emancipación del incapacitado".(157)

Al término de la tutela, el tutor está obligado a rendir cuentas, sin dispensa, entregando todos los bienes y documentos que le pertenezcan no debiendo transcurrir un período mayor de dos meses, y pudiendo ser prorrogado por cuatro meses en circunstancias extraordinarias.

Los tutores, deben rendir cuentas cada año de sus gestiones, y al omitirlas por tres años, aún siendo no consecutivos, será causa de remoción como sospechoso.

Deberá abonársele al tutor al término de su cargo, lo que hubiese gastado para beneficio del menor, el primero pagará interés legal, si transcurrido el período en que debía entregar las cuentas y no lo hizo.

Todo aquel que pueda nombrar tutor, lo podrá hacer de curador, y aprobados por el Juez.

El curador está obligado a:

- 1) Defender los derechos del incapacitado.
- 2) Vigilar la conducta del tutor y dar aviso en caso de anomalías.
- 3) Dar aviso al Juez en caso de que el tutor haya abandonado el cargo.
- 4) Cumplir con todas las disposiciones que le marca la ley.

De lo contrario el curador será responsable de los daños y perjuicios que por ello resultaren al menor.

Las funciones de curador, cesarán al término de la tutela del menor, pero si solamente hubo cambio de tutor, seguirá en el cargo, se le pagarán honorarios aún cuando litigue por sus funciones.

" LA IN INTEGRUM RESTITUCIO. Corresponde este beneficio a todos los sujetos a tutela, ya en los negocios que hicieron por sí mismos con aprobación del tutor, o los que haga este a nombre de ellos".(158)

El afectado, deberá aprobar que sufrió el daño durante su menor edad y que excede de la cuarta parte del justo precio de la cosa o interés que ha sido objeto del negocio, o que el daño provino del negocio mismo.

El juicio de restitución, será sumario admitiendo los recursos necesarios, y si el Juez la otorga, las cosas deben reponerse al estado en que se encontraban junto con sus frutos e intereses.

La restitución, es rescindir el contrato o indemnizar al que ha sufrido el daño, en la parte en que no hayan alcanzado a reparar los bienes del tutor, fiador o curador.

XIV.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884

Otro antecedente en nuestro país, es el que a continuación analizaremos, para saber el origen de la institución que se estudia en la presente tesis; es lo relativo a sus disposiciones generales:

"El objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes, de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos".(159)

Tienen incapacidad natural y legal en esta legislación:

- 1) Los menores de edad no emancipados.
- 2) Los mayores de edad privados de inteligencia, locura, idiotismo o imbecilidad aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- 3) Los sordomudos que no saben leer ni escribir y tienen incapacidad legal para negocios judiciales y los menores de edad emancipados.

La tutela, tendrá que ser desempeñada forzosamente bajo la supervisión de un curador, pero sus cargos no serán definitivos y nunca podrán ser desempeñados por una sola persona, ni por personas que tengan parentesco entre sí; es un cargo público del cual nadie puede eximirse sólo por causa legítima.

Al fallecimiento del testador, el ejecutor testamentario deberá hacerlo saber al Juez, o en caso de no existir lo harán saber los parientes, bajo pena de veinticinco a cien pesos de multa por su omisión.

El cargo de tutor se difiere:

- 1) Por testamento.
- 2) Por elección del menor confirmada por el Juez.
- 3) Por nombramiento exclusivo del Juez.
- 4) Por disposición de la ley.

En el caso de que él que se encuentra sujeto a tutela, antes de haberse encontrado en tal situación, tenga hijos menores, quedarán bajo la potestad del ascendiente que corresponda; en su defecto el Juez nombrará legalmente uno.

Aquellos que están sujetos a tutela por estar dementes, idiotas, imbéciles, o sordomudo, durará hasta el momento en que termine su interdicción, pero si la persona quien la ejerce no es familiar del pupilo, cesará a los diez años si este renuncia.

Lo que concierne al estado de interdicción, son nulos todos los actos de administración ejecutados, así como los contratos que celebre el menor de edad, también lo serán aún cuando se hayan nombrado tutor y no autorice ese acto y lo serán también los de aquellos emancipados que sean contrarios a las restricciones legales.

La acción para pedir la nulidad, prescriben en los mismos términos que las acciones reales o personales según la naturaleza del acto, no podrán alegarla si el menor presentó certificado falso del Registro Civil para hacerse pasar por mayores o manifestaron dolosamente serlo.

TUTELA TESTAMENTARIA. "Pueden nombrarla todos aquellos que ejerzan la patria potestad, aún siendo menores, con inclusión del póstumo".(160)

El menor, aunque no sea emancipado, puede en su testamento dejar bienes por herencia o legado a otro menor si no está sujeto a patria potestad; de lo contrario podrá nombrarle tutor testamentario respecto de los bienes.

El nombramiento de este tipo de tutor, excluye de la patria potestad a los ascendientes, siempre que lo haya nombrado su padre o madre, el padre por ningún motivo debe excluir a la madre de la potestad de su hijo, podrá el testador nombrar un tutor común para cada menor.

No podrá nombrarse tutor, al hijo mayor dieciocho años y menor de veintiuno que estén emancipados, pero si el testador nombró varios tutores desempeñará el cargo el primero de ellos nombrado, quién será destituido en caso de remoción o incapacidad por el orden de nombramientos.

El testador, podrá interponer condiciones para el desempeño de la tutela, pero si estas dañan los intereses del menor, el Juez podrá modificarlas o dispensarlas.

Si por algún motivo faltare la presencia del tutor temporalmente cuando sea testamentario, el Juez proveerá de tutor interino al menor.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES. Tiene lugar esta tutela cuando:

- 1) Exista pérdida o suspensión de la patria potestad.
- 2) Cuando no hay tutor testamentario.
- 3) Al haber causa del divorcio".(161)

Corresponde esta tutela; a los hermanos varones; tíos o hermanos del padre o madre, pero si existen varios del mismo grado, el Juez elegirá entre todos al más apto, y si el menor ya tiene catorce años, el mismo hará su elección.

TUTELA DE LOS DEMENTES, IDIOTAS, IMBECILES Y SORDOMUDOS. Lo son los cónyuges el uno del otro; los hijos varones mayores de edad los son de sus padres viudos, cuando haya dos o más hijos será preferido el que viva con ellos.

El tutor, que tenga a su cargo un incapacitado, y este a su vez tenga hijos, será también tutor de ellos si no existiere otro ascendiente o pariente que pudiera ejercer ese derecho.

DE LAS PERSONAS INHÁBILES PARA LA TUTELA Y QUIENES DEBEN SER SEPARADOS DE ELLA. No pueden ser tutores, aunque estén anuentes de recibir el cargo:

- 1) Las mujeres.
- 2) Los menores de edad.
- 3) Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- 4) Quienes lleven mala vida y no tengan un oficio para vivir.
- 5) Quienes hayan sido removidos de otra tutela.
- 6) Aquellos que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo.
- 7) Quienes tengan pleito pendiente con el menor.
- 8) Los deudores del menor, a excepto que no sea una cantidad considerable y haya sido nombrado tutor testamentario con conocimiento del testador, el Juez dará su autorización.
- 9) Los Jueces, Magistrados y demás funcionario y empleados de la administración de justicia.
- 10) El extranjero que no esté domiciliado respectivamente.
- 11) Los empleados públicos de hacienda que tengan cargos pecuniarios".(162)

DE LAS GARANTÍAS QUE DEBEN PRESTAR LOS TUTORES PARA ASEGURAR SU MANEJO. Antes de asumir el cargo, el tutor deberá presentar caución para asegurar el manejo de la administración, que consistirá en hipoteca o en fianza.

Si el tutor tiene bienes, se preferirá la hipoteca, y al asumir el cargo deberá nombrar curador, así mismo tiene las mismas facultades de los ascendientes sobre el menor.

El tutor, está obligado a rendir cuentas de su administración en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo, la falta de cumplimiento de las cuentas por más de tres años, aún no siendo consecutivos, motivará la remoción del tutor como sospechoso.

Las cuentas, deberán consistir en un reporte de toda la administración de los bienes así como de sus productos.

La tutela se extingue; por la muerte del tutor; su ausencia declarada legalmente; por excusa o impedimento o emancipación del incapacitado.

Al término de la tutela, el tutor esta obligado a rendir cuentas, las que serán contadas a partir de la última fecha en que se rindió informe.

El tutor, deberá entregar las cuentas a más tardar un mes después de que fenezca su cargo, pudiendo el Juez prorrogarlas un mes más de acuerdo a las circunstancias que así lo exigieren, y debiendo entregar todos los bienes que conforme a los documentos y balance si se hubiesen presentado.

DEL CURADOR. " Todos los sujetos a tutela, cualquiera que sea, tendrán un curador, a excepción de la interina y no hay que administrar bienes, los impedimentos y excusas se regirán igualmente respecto de los tutores".(163)

Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tendrán también de curador, por lo que el segundo está obligado a defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera él, cuando estén en oposición a los del tutor, vigilará la conducta del tutor y en caso de daño al menor, dará aviso al Juez o cuando el tutor abandonare el desempeño, y será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al menor por su negligencia, y sus funciones terminan cuando el menor salga de la tutela, pero si sólo cambia la persona del tutor, continuará su cargo teniendo que ser relevado a los diez años desde que la asumió.

Se le pagarán honorarios conforme al arancel de los Procuradores, sin obtener mayor retribución, y se hicieron gastos se le reintegrarán.

"El curador, tiene derecho a ser relevado de la curaduría, pasados diez años desde que se encargó de ella".(164)

XV.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917

Esta Ley, señala como disposiciones generales de la tutela lo siguiente; "el objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes, de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley".(165)

El artículo 299 de este ordenamiento, nos señala quienes tienen incapacidad natural y legal:

- 1) Los menores de edad
- 2) Aquellos mayores de edad privados de la inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad aún con intervalos lúcidos.
- 3) Los sordomudos que no saben leer ni escribir.
- 4) Los ebrios consuetudinarios. (166)

Tienen incapacidad legal para la administración de sus bienes y negocios judiciales, los menores de edad emancipados.

La tutela, debe desempeñarse con intervención del curador, ambos cargos no serán definitivos, y un sólo tutor y curador podrán desempeñar varias tutelas, pero no por ambas personas el mismo cargo.

La tutela, es un cargo personal, del que nadie puede eximirse solo por causa legítima.

Al fallecer una persona, quien tenía que haber nombrado a sus hijos, el ejecutor testamentario, dará aviso inmediato al Juez para que lo provea de tutor, esto dentro de los ocho primeros días.

El cargo de tutor se obtiene por:

- 1) Testamento.
- 2) Elección del menor con aceptación del Juez.
- 3) Por nombramiento del Juez.
- 4) Por ley. (167)

Los hijos del incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponde conforme a la ley.

La tutela del demente, idiota, sordomudo o ebrio, durará mientras dure la interdicción.

DEL ESTADO DE INTERDICCIÓN. Son nulos todos los actos de administración y los contratos celebrados por menores de edad, aún antes del nombramiento del tutor, si no estuvieren autorizados previamente, al igual por menores no emancipados.

La nulidad, sólo puede ser delegada como acción o excepción por el incapacitado o por sus representantes legítimos, pero no por personas con quien contrató, ni por los fiadores que se dieron en el momento de otorgarse la obligación, esta acción prescribirá en el término de las personales o reales según la naturaleza del acto.

TUTELA TESTAMENTARIA. Pueden nombrar tutor testamentario aquellos que tienen la patria potestad de los menores, incluyendo al póstumo.

El que en su testamento, nombre heredero y aún siendo menor de edad, puede nombrar tutor si es que no se encuentra bajo patria potestad, pero sólo para la administración de sus bienes.

Si fueren varios los menores, podrán nombrárseles un sólo tutor para todos o uno a cada menor; pero si los intereses de uno fueren distintos a los de los otros, el Juez nombrará un tutor especial.

El padre que ejerce la tutela de un sujeto a interdicción puede nombrarle tutor en su testamento, si es que la madre ya hubiere fallecido o está impedida para ejercer la tutela.

Siempre que se nombren varios tutores, ejercerá la tutela quien sea nombrado en primer término, y los substituirán los demás por orden.

Deberán avocarse los tutores a todas las reglas que haya establecido el tutor, siempre que no sean contrarias a derecho ni dañosas para el menor.

Si el tutor testamentario faltare temporalmente, el Juez proveerá de tutor interino al menor.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES, IDIOTAS, IMBÉCILES Y SORDOMUDOS. Esta aparece cuando hay pérdida de la patria potestad o suspensión por causa de divorcio.

Esta tutela, corresponde a los hermanos varones de ambas líneas, a falta de estos los tíos, hermanos del padre o madre, y si existieren varios con el mismo grado el Juez elegirá al más apto, pero si el menor ya hubiere cumplido catorce años decidirá a su tutor.

El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer y viceversa.

Los hijos varones mayores de edad, son tutores de sus padres cualquiera que sea viudo, cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva con ellos para asumir el cargo, la madre es tutora de sus hijos legítimos o naturales reconocidos si ha fallecido su padre.

A falta de tutor testamentario, de los padres y de las personas antes señaladas, deberán desempeñar el cargo los abuelos paternos, maternos, tíos paternos o maternos.

LA TUTELA LEGITIMA DE LOS ABANDONADOS. "La tendrán aquellas personas que hayan acogido a los menores expósitos, el cual tendrá facultades y obligaciones respecto de cualquier tutor".(168)

Los directores de las casas de beneficencia donde se reciban a los niños abandonados, desempeñarán la tutela de estos conforme a la ley, por lo que no será necesario el discernimiento del cargo.

TUTELA DATIVA. Al tutor dativo lo nombrará el Juez, si el menor no tiene catorce años; si es mayor de esa edad podrá hacerlo el mismo.

Esta tutela, tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni persona que se encuentre en otro puesto de la legítima, o cuando el tutor testamentario este impedido para ejercer su cargo temporal o definitivamente.

Hay personas inhábiles para la tutela, y otras que deben ser separadas de ella cuando han asumido el cargo.

No pueden ser tutores aunque estén anuentes de recibir el cargo:

- 1) Las mujeres, excepto que el padre haya muerto y no haya contraído nuevas nupcias.
- 2) Los menores de edad.
- 3) Aquellos mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- 4) Quienes hayan sido removidos de otra tutela.
- 5) Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo, o a la inhabilitación.
- 6) Quien no tenga oficio o notorio modo de vivir honrado.
- 7) Quien tenga pleito pendiente con el menor.
- 8) Los deudores del menor, excepto que lo hayan nombrado el testador bajo su conocimiento.
- 9) Los empleados de la administración de justicia".(169)

Y serán separados de la tutela:

- 1) Los que se condujeren mal en el cargo, ya sea del menor o de la administración de sus bienes.
- 2) Los que sobrevenga incapacidad para ejercerla.

Esta separación se hará por sentencia judicial, y si el tutor fue acusado por algún delito, será suspendido hasta que haya sentencia ejecutoria, y si es absuelto volverá a su cargo.

Pueden excusarse de la tutela:

- 1) Los empleados o funcionarios públicos.
- 2) Los militares en servicio activo.
- 3) Quienes tengan tres o más descendientes legítimos bajo su patria potestad.

4) Aquellos que fueron tan pobres que por atender a la tutela está en peligro su subsistencia.

5) Los que padezcan enfermedad crónica, o no sepan leer ni escribir.

6) Aquellos que tengan 70 años cumplidos

7) Quienes tengan otra tutela o curaduría a su cargo".(170)

Estos impedimentos, serán tratados ante el Juez, debiendo proponer su excusa dentro de los diez días en que se enteró del cargo, y disfrutará de un día más por cada 20 kilómetros, y durante la excusa se nombrará un tutor interino; si no se hiciere durante ese tiempo el tutor perderá ese derecho; perdiendo también el derecho de heredar de su testador siendo responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor.

Si llegare a fallecer el tutor, sus herederos o ejecutores testamentarios avisarán inmediatamente al Juez, para que decida sobre el nombramiento de otro.

GARANTÍAS QUE DEBEN OTORGAR A LOS TUTORES. Esta podrá consistir en hipoteca o fianza, el tutor debe tener bienes que aseguren el importe de la fianza, pero si esos bienes no son suficientes, podrá otorgar parte en fianza y parte en hipoteca.

La hipoteca y la fianza garantizarán:

1) El importe de las rentas que produzcan los bienes raíces por dos años.

2) Por el de los bienes muebles, semovientes y fincas rústicas.

3) Las utilidades producto de negociaciones mercantiles e industriales.

Si aumentaren los bienes del menor, tendrá que aumentar la fianza o viceversa; pero si ese tutor no puede otorgar la garantía dentro de los primeros tres meses a su nombramiento, se nombrará a un nuevo tutor.

Están exceptuados de la obligación de dar garantía:

1) Los tutores testamentarios, cuando el testador lo haya expresado.

2) Los tutores que no estén en posesión de los bienes del incapaz, sólo tenga crédito o derechos litigiosos.

3) El padre, la madre y los abuelos llamados a la tutela de sus descendientes.

4) Los que recojan a un expósito, lo alimenten y eduquen".(171)

Al presentar el tutor su cuenta anual, el curador debe promover información de supervivencia o idoneidad de los fiadores dados por aquel, es también su obligación vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el total, dando aviso al Juez de los deterioros y menoscabos que en ellas hubiere.

Siendo varios los menores cuya herencia proviene de bienes indivisos, y fueren varios los tutores, sólo exigirá cada uno de ellos la garantía por la parte que le corresponda.

Desempeño de la tutela. Sólo se entregará la tutela para su desempeño, al momento que se haya nombrado curador y otorgado la respectiva garantía, y es responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al menor.

El tutor, está obligado a cuidar de la persona del menor, así como a administrar sus bienes, y representarlo en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, a excepción del matrimonio, reconocimiento de hijos, testamento y otros de la misma clase".(172)

El menor debe respetar a su tutor, y este tendrá los derechos de un ascendiente, los gastos de alimentos y educación serán de acuerdo a los bienes que tenga, el Juez determinará el porcentaje que sea de destinar si el testador no lo hizo en su testamento.

El tutor, determinará el oficio que el testador haya elegido al menor, o podrá hacerse el cambio con acuerdo del Juez, si el padre o la madre hubieran tenido algún comercio o industria, el Juez decidirá si ha de continuar o no con el peritaje de dos expertos.

El tutor, no podrá adquirir bienes del menor, por venta judicial, ni arrendar sus bienes, y en caso de que tengan que enajenarse por algún caso extremo para solventar los gastos del menor, no podrá en ningún momento contratar con el menor.

Cesa esa prohibición, cuando el tutor, su mujer, hijos o hermanos sean coherederos, partícipes o socios del menor.

El tutor, podrá admitir donaciones simples, legados o herencias dejados al menor.

El tutor, necesita autorización para efectuar los gastos extraordinarios para la conservación o reparación de los bienes.

Durante el mes de enero de cada año, el tutor presentará un certificado médico que justifique la salud del menor enfermo mental, ello en presencia del Juez y del curador quien tomará las medidas necesarias para mejorar su condición.

Los frutos de los bienes del menor se destinarán principalmente a su curación.

CUENTAS DE LA TUTELA. El tutor, tendrá que entregarlas en el mes de enero de cada año, no importando la fecha en que fue discernida, la falta de esta cuenta en un lapso de tres meses provocará la remoción del cargo.

Las cuentas, se entregarán en el lugar en que se desempeñe la tutela, y deberá abonarse al tutor todos los gastos que le hayan hecho estas cuentas, las cuales por ningún motivo serán dispensadas por nadie.

La tutela se extingue por:

1) "Muerte del tutor, ausencia declarada legalmente, remoción. excusa o impedimentos supervenientes.

2) Por la muerte, cesación del impedimento y emancipación del incapacitado".(173)

Concluida la tutela, el tutor entregará las cuentas de su administración, esto dentro del primer mes en que feneció la misma, pudiendo el Juez prorrogar por un mes más en circunstancias extraordinarias, y el tutor entregará todos los bienes con su respectiva documentación.

Las garantías que haya otorgado el tutor, estarán vigentes hasta que el Juez haya determinado que no debe nada al pupilo.

Las acciones que el menor tuviere en contra de su tutor, se extinguirán en un lapso de cuatro años contados a partir de la fecha en que se hizo cuentas de la entrega en su totalidad.

DEL CURADOR. Todos los tutores para poder desempeñar su cargo tendrán previamente nombrar al curador, siempre y cuando se hayan de administrar bienes.

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

El curador está obligado:

1) A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de el en caso de que estén en oposición con los del tutor.

2) A vigilar la conducta del tutor, y dar aviso al Juez si notare algo dañoso para el menor.

3) Dar aviso al Juez si faltare el tutor o abandonare su cargo".(174)

Si omitiere los puntos anteriores, será responsable de los daños y perjuicios que generen el menor, y sus funciones cesarán cuando el incapacitado deje de serlo; en caso de cambio de tutor, el seguirá en su cargo teniendo derecho a ser relevado en un lapso de diez años.

En caso de que tenga que intervenir el curador en algún asunto del menor, cobrará los honorarios conforme al arancel de los procuradores sin que tenga retribución mayor.

DE LA EMANCIPACIÓN. Aparece en el momento en que el menor contrae matrimonio y no volverá a caer en patria potestad, independientemente de que se divorcie o termine con la muerte, este efecto sólo es en cuanto a la persona del menor y no respecto de sus bienes los que continuarán en la administración de quienes ejercían la patria potestad, y seguirá siendo representado en juicio hasta que llegue a su mayor edad.

Los Jueces podrán otorgar el mayor manejo de los bienes al menor, siempre que quien ejercía la patria potestad o el tutor lo consienta, y acredite buena conducta y aptitud para el manejo, pero no podrá enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces.

DE LA MAYOR EDAD. Comienza a los veintiún años cumplidos. "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes".(175)

Las mujeres no podrán dejar su casa paterna si en mayor de veintiún años y menor de treinta si no es por matrimonio.

XVI.- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL DE 1932

Aproximadamente, el proyecto tardó en elaborarse veinte meses, ello como se señala su exposición de motivos, su objeto principal, es resolver todas las situaciones por las que atravesaba la sociedad.

Este Código, trata de desechar todas las ideas dogmáticas que se manejaron hasta la época liberal en 1857 y tener un amplio respeto secular.

Como una de las clases más desprotegidas a través de la historia, ha sido el trabajador, uno de tantos fines del presente código, ha sido socializar el derecho, es decir que se extienda la esfera del derecho del rico al pobre, del hombre a la mujer y no constituir un privilegio, o medio de denominación de una clase sobre otra.

"Por eso, por regla general, propone reformas que estén escudadas con la autoridad de connotados tratadistas o que ya figuran en la legislación de los países más cultos.

Cuando encontró un precepto legal de Código extranjero que expresará fielmente lo que se proponía la Comisión, lo aceptó literalmente, aunque lo que habría sido muy difícil cambiar su redacción, porque aviso se pudieran aprovechar la interpretación que a ese precepto había dado los tribunales, así como los trabajos de los tratadistas que lo explicaban".(176)

Lo que ha hecho al derecho, son las costumbres, la cristalización de las necesidades, de una sociedad por lo que el proyecto tomó en cuenta esos elementos para poder legislar correctamente.

Trata de borrar las ideas individualistas del código de 1884, dividiéndose en cuatro libros:

- 1) De las personas.
- 2) De los bienes.
- 3) De las sucesiones y
- 4) De las obligaciones.

Al organizar las nuevas bases de la tutela, se procuró que atendiera a las personas de los incapacitados más que a la administración de los bienes y al efecto, se instruyeron organizaciones especiales, tales como los Consejos Locales de Tutela y los Jueces Pupilares, para que velaran sobre la persona o bienes de los incapacitados, y se llegó hasta imponer al Estado la obligación de sustentar y educar a los menores que por no tener bienes, ni familiares que cuiden de ellos, necesitan forzosamente que la necesidad vaya en su auxilio.

El ejercicio de la tutela, así como el de la patria potestad, se limitó en aquellos casos que lo exigía el funcionamiento de los tribunales de menores.

Se exigió, que los tutores garanticen más amplia y eficazmente la administración de los bienes de sus pupilos, y se dictaminaron medidas más severas para que sus responsabilidades; hasta ahora solamente teóricas.

Se hizo responsable al Juez, que no nombrare oportunamente tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido el manejo de la tutela.

“Los medios de comunicación, cada vez, más frecuentes y rápidos, acortan las distancias y borran las fronteras, generalizando las relaciones económicas y uniformando la legislación patrimonial, y por ello la materia de las obligaciones tiene casi todos los códigos muchos puntos de analogía. Más aún la nueva concepción del derecho civil ha roto el círculo estrecho de los intereses meramente individuales y ha hecho de las relaciones de familia, del goce de los bienes de los convenios etc., actos en los que el interés preponderantemente es el de sociedad. De esta suerte el Derecho Civil se va convirtiendo en Derecho Privado Social, que debe comprender también el Derecho Mercantil, unificándose esos ramos de la legislación, como ya se ha hecho en Suiza”.(177)

Actualmente, el Código Civil para el Distrito Federal de 1932, en su Libro Primero contempla a la tutela dentro de sus disposiciones generales, nos señala cual es su objeto, pero no el concepto exacto de lo que es, como en otras legislaciones, y nos dice al rubro:

“Artículo 449. El objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes, de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela, se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413".(178)

Asimismo, nos señala lo relativo a la división de la tutela, como se ha venido desarrollando a través del tiempo, es tripartita ya que se divide en testamentaria, legítima y dativa.

Los tutores, tendrán que otorgar garantía para el desempeño de su cargo.

El tutor, tiene que cumplir con todas y cada una de las obligaciones para el desempeño de la tutela, como lo es el cuidado de los bienes y persona del incapaz, efectuar inventario de sus bienes, alimentar al pupilo y educarlo, entregar anualmente las cuentas de la tutela.

Los medios para extinguir la tutela, pueden por muerte del pupilo, por desaparición de su incapacidad, o por que el incapacitado sujeto a tutela entre a patria potestad, ya sea por reconocimiento o adopción.

El tutor, debe entregar los bienes al término de la tutela, nombrar a un curador a efecto de que vale por los intereses del pupilo, así como la vigilancia al tutor del desempeño de la administración de los bienes.

Por último habla de los Consejos Locales de la Tutela de los Jueces Pupilares, su funcionamiento, objetivos y labores de los Jueces.

Artículo 632. "El Consejo Local de Tutelas, es un órgano de vigilancia y de información y que, además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

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

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

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

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

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

VI. Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma".(179)

Artículo 633: "Los jueces de lo familiar, son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerá una sobre vigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes".(180)

XVII.- CODIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO DE 1983

Cabe mencionar, que este Código fue escrito por el Dr. Julián Guitrón Fuentevilla, en el año de 1983, el cual fue aprobado por la legislatura del H. Congreso Constitucional del Estado Libre y Soberano de Hidalgo. El Presidente de la República Miguel de la Madrid Hurtado, siendo el Gobernador de dicha entidad, el Arquitecto Guillermo Rosell de la Lama, quien en el mes de noviembre del mismo año, dio a conocer la legislación familiar a sus habitantes, el cual los exhorta a hacer efectivos sus derechos mediante una ley especializada en materia familiar, mencionando además la supresión de trámites complicados y burocráticos, y puedan acudir ante los tribunales a recibir la justicia en dicha materia.

En dicha legislatura, el H. Congreso Constitucional del Estado anteriormente señalado, expidió el decreto 129 que contiene el Código Familiar para la entidad, y señalando:

Es necesario establecer una legislación familiar para el Estado de Hidalgo, para la mejora y protección del núcleo familiar, señalando que el derecho familiar debe ser tutelar, que no es privado ni público, clasificándolo como social protector de la familia.

Por primera vez, una ley a nivel estatal dividida de la civil, derecho distinto al familiar, determinando con definiciones cada institución y señalando su naturaleza jurídica.

La exposición, de motivos nos refiere. "Una Legislación Familiar para el Estado de Hidalgo pondrá las bases de una nueva sociedad, derrumbando mitos y creando nuevas estructuras estatales para proteger a la familia, a los niños, a los inválidos y a los ancianos. Empero, la sola expresión Derecho Familiar, plantea interrogantes, unas por ignorancia y otras de mala fe, porque en ambos casos se desconoce el Derecho Familiar, considerado como el conjunto de normas jurídicas reguladas de las relaciones de sus miembros entre sí y respecto a la sociedad".(181)

Al efecto, dicha exposición señala que, solamente por medio de la separación entre el Derecho Civil y el Familiar ya que ambos son autónomos, las instituciones tendrán plena eficacia.

"La tutela, regula la representación de los menores de edad no sometidos a patria potestad, al mayor incapacitado, así como la protección y administración de sus bienes".(182)

La regulación de la tutela es tripartita, siendo testamentaria, legítima y dativa, así como los derechos del tutor y la incapacidad para ejercerla.

Al Consejo de Familia, lo regula esta legislación como órgano tutelar, otorgándole la facultad de orientar e instruir el criterio judicial, siempre tratando de conocer lo mejor posible los problemas por los que atraviesa la familia.

El tutor del pupilo, actuará como mandatario con poder para pleitos y cobranzas y actos de administración.

Asimismo, se cambió en comparación a la ley actual del Distrito Federal, de ser un Registro Civil a una denominación más adecuada, como lo es el Registro del Estado Familiar, como institución administrativa sin personalidad jurídica dependiente del Poder Ejecutivo, y representada por los oficiales del registro del estado familiar, con la facultad de reconocer todos los actos o hechos jurídicos relativos a las instituciones que regula dicha ley.

La Legislación Procesal para dicho Estado, en relación al registro del estado familiar, se divide en 18 capítulos de los cuales analizaremos el relativo a la tutela, que corresponde al décimo tercero, motivo por lo que a continuación daremos una breve reseña de ello.

En primera instancia, señala que "procederá el nombramiento del tutor definitivo cuando previamente se declara el estado de minoridad o incapacidad del individuo que quedará sujeta a ella".(183)

Concede derechos al menor, en el momento de que exista controversia con los títulos de la patria potestad, el Juez podrá hacer el nombramiento de un tutor especial.

Las declaraciones anteriores, la podrán solicitar:

- 1) "El mayor de 16 años
- 2) El cónyuge.
- 3) Sus presuntos herederos legítimos.
- 4) El albacea.
- 5) El Ministerio Público.
- 6) El Consejo de Familia".(184)

El mayor de dieciséis años, podrá oponerse al nombramiento del tutor, asimismo si el nombrado no reúne los requisitos exigidos por la ley.

El tutor, previamente al aceptar su cargo, deberá conceder las garantías reconocidas por la ley a excepción de que la misma lo excluya.

El cargo, se aceptará dentro de los cinco días siguientes de la notificación del nombramiento, de lo contrario expondrá sus excusas o defensas.

Si al rendir cuentas el tutor, resultaren motivos para sospechas de delitos como dolo, fraude o negligencia del tutor, podrá tramitarse la separación del cargo a cargo del Ministerio Público o a solicitud del interesado.

Sin embargo, si la causa de impedimento se presenta una vez entregado el cargo, se tomará en cuenta dicho impedimento a partir del conocimiento de la misma.

El Código Familiar del Estado de Hidalgo, se encuentra dividido en 30 Capítulos; únicamente analizaremos el vigésimo tercero, relativo al tema del presente trabajo, al respecto nos dice:

La tutela, es un acto jurídico; su objeto primordial es representar al menor de edad o incapacitado mayor de edad, para protegerlo y administrar sus bienes, la cual ejercerá el tutor.

Al observar la definición el Código Familiar, nos percatamos de que a la tutela es un acto jurídico, y no una institución como la maneja la doctrina para analizar su naturaleza jurídica.

Consideramos, que desde el punto de vista doctrinal, la tutela es una institución jurídica, que para su constitución es necesario que se efectúe un acto jurídico para su aparición, encontrándonos en un conflicto con el Código Civil de 1932, sin embargo su esencia es la misma y su objeto también, por lo que queda a consideración de cada opinión determinar dicha naturaleza.

Las incapacidades legales para ser tutor, son las siguientes:

- 1) La minoría de edad.
- 2) Los menores de edad privados de inteligencia, por locura, idiotismo, imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- 3) Los sordomudos que no sepan leer ni escribir
- 4) Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente usen drogas enervantes.
- 5) Los ciegos de nacimiento".(185)

Aquellos que ejerzan la patria potestad, podrán nombrar un tutor testamentario, con exclusión de los que la tienen.

Si una persona deja bienes por legado a un incapaz, no sujeto a patria potestad, podrá nombrarle en su testamento, tutor para la administración de esos bienes.

Procede la tutela legítima, cuando no existan titulares de la patria potestad, la cual corresponderá:

- 1) A los hermanos dando prioridad a los de ambas líneas.
- 2) A los colaterales hasta el cuarto grado".(186)

Los hijos mayores de edad, son tutores de sus padres incapacitados.

Las personas que encuentren niños expósitos, serán preferidas para ser nombrados tutores.

El nombramiento de tutor, lo hará el Juez Familiar, escuchando al Consejo de Familia salvo lo dispuesto en la tutela testamentaria.

La tutela, no puede ejercerse a la vez por dos o más personas.

Si en el desempeño de la tutela, el tutor se imposibilita para ejercer su cargo, el Juez podrá nombrar a un tutor interino, y desaparecida esa incapacidad volverá a ejercer la tutela.

No podrán ser tutores:

- 1) Los incapaces sujetos a patria potestad o tutela.
- 2) Los que tengan intereses opuestos al menor
- 3) Los condenados por delitos infamantes.
- 4) Aquellas personas suspendidas en el ejercicio de la patria potestad.
- 5) Las personas que no observen buenas costumbres.
- 6) Los removidos del cargo por desempeño inadecuado".(187)

Será removido el tutor del cargo cuando:

- 1) No proteja los intereses del menor .
- 2) Por no cumplir las funciones originadoras de la tutela.
- 3) Por poner en peligro o amenazar los bienes y persona del pupilo".(188)

La remoción, se efectuará por sentencia irrevocable.

El tutor, tiene la obligación de inventariar los bienes del pupilo con aprobación del Juez Familiar auxiliado por el Consejo de Familia.

Los gastos de alimentos del pupilo serán cubiertos con el producto de los bienes.

Podrá el tutor, enajenar o gravar los bienes del menor por causa de absoluta necesidad justificada, previa autorización del Juez Familiar auxiliado del Consejo de Familia, por lo que tendrá el tutor que presentar ante el Juez dictamen de peritos para mejorarlos.

El Consejo de Familia, podrá pedir al tutor explicación de cualquier acto, así como los documentos usados para que su ejercicio y auxiliar al Juez.

El tutor, anualmente rendirá cuentas de la administración de los bienes del pupilo, y la falta de ello será causa para la remoción del cargo, la aprobación de las cuentas las hará el Juez familiar auxiliado por el Consejo de Familia, el rechazo del informe o aceptación determinará el desempeño de las funciones del tutor.

Si el informe es rechazado, se nombrará un tutor interino, por lo que el Ministerio Público ejercerá la acción en contra del tutor.

Al extinguirse la tutela, o al haber remoción del tutor, este entregará los bienes del pupilo, así como toda la documentación que le pertenezcan al último inventario y el último informe aprobado por el Juez Familiar auxiliado por el Consejo de Familia.

Al asumir el cargo, el tutor que substituye a otro, está obligado a exigir al segundo la entrega de los bienes y cuentas, de lo contrario será responsable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al incapacitado.

Por último, la tutela se extingue por:

- 1) "Muerte del pupilo, o por que desaparezca su incapacidad.
- 2) Cuando el incapacitado quede sujeto a patria potestad por reconocimiento o adopción".(189)

"El Consejo de Familia, cuya competencia es sólo familiar, en los términos señalados en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, actuará como auxiliar de la administración de justicia, en la medida técnica que cada miembro corresponda, en todas las cuestiones de índole familiar".(190)

Los Consejos de Familia, están obligados a entregar un reporte al Juez que contenga:

- 1) "Las pruebas psicológicas y psiquiátricas de las partes contendientes.
- 2) Desaparición detallada del medio ambiente de las partes en conflicto.
- 3) Relación del nivel educativo de la familia
- 4) Estudio sobre las posibles causas del problema familiar".(191)

Los Consejos de Familia, serán integrados por cinco profesionales de las siguientes especialidades:

- 1) Licenciado en Derecho, quien será el Presidente del Consejo.
- 2) Un Psicólogo con dos años de ejercicio en su especialidad.
- 3) Un Trabajador Social.
- 4) Un Médico General.
- 5) Un Pedagogo.

El objeto principal del Consejo de Familia, es resolver los problemas familiares y evitar concurrir a juicio.

Los Consejos de Familia adscritos a los Jueces Familiares, tendrán las siguientes funciones:

1) Propondrá al Juez Familiar, los nombres de tres parientes o conocidos del incapacitado dispuestos a desempeñar la tutela, en la forma más conveniente para el pupilo.

2) Velar que los tutores cumplan con sus deberes, especialmente en la educación de los menores, dando aviso de sus anomalías al Juez Familiar.

3) Dar aviso al Juez Familiar, si los bienes del incapacitado están en peligro de ser mal administrados.

4) Poner en conocimiento del Juez, respecto de los incapacitados que carecen de tutores para hacer los nombramientos.

5) Aceptar o rechazar el informe entregado por el tutor, o remitirlo al Juez Familiar, y ejercitar la acción por responsabilidad del tutor, por el mal manejo de los bienes del pupilo.

6) Vigilar a los incapaces que realicen conductas antisociales, para readaptarse a la sociedad.

7) Recoger a los niños expósitos, abandonados o huérfanos para depositarlos en las instituciones públicas en los términos de esta ley".(192)

Los Consejos de Familia, vigilarán el desarrollo de la integración familiar mediante programas sociales, y dando a conocer los problemas familiares a las autoridades competentes.

XVIII.- CODIGO CIVIL DE ZACATECAS DE 1986

Este Código, se aprobó durante el gobierno del Lic. José Guadalupe Cervantes Corona, Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de Zacatecas, mediante el decreto número 237 emitido por los Diputados de la H. Quincuagésima Primera Legislatura del Estado, por lo que consideró:

"Que el derecho de familia, es el conjunto de normas que tiene por objeto estructurar la organización, funcionamiento y disolución de esa sociedad primera, y que su regulación ha estado tradicionalmente comprometida en nuestros Códigos Civiles no obstante que para ello se carece de una verdadera fundamentación científica, de modo que se separan adecuadamente las cuestiones relativas a personas de las que corresponden a bienes y obligaciones, ha llegado el momento de integrar lo que en justicia ha de ser un derecho autónomo de familia". (193)

Al igual que en otras ramas del derecho, era necesario que el civil y el familiar se separaran como ahora en este Estado se hizo, enfocándolo a la clasificación de derecho social, entendiéndolo como un conjunto de normas que rigen los derechos y obligaciones de los miembros de la comunidad humana.

Dichos vestigios, los encontramos en la ley del divorcio de 1914 y la Ley sobre Relaciones Familiares del primero de mayo de 1917, y considerando que el Presidente Venustiano Carranza, determinó con dicha legislación la pauta para la ya mencionada separación con el derecho civil.

El objeto de esta ley, no sólo es regular en la entidad las cuestiones familiares, sino que sea modelo para que en los demás Estados tengan su Código Familiar a excepción del de Hidalgo que ya lo tiene.

Se redujo, de dieciséis a catorce años, la edad en que el menor puede nombrar a su tutor.

Se dictaminaron, medidas muy estrictas para proteger la administración, aprovechamiento y conservación de los bienes de los menores, de los que se encuentran sujetos tanto a patria potestad como a tutela.

Se crearon los Consejos de Familia, como órganos auxiliares de la Administración de la justicia familiar.

El Sistema Estatal para el Desarrollo Integral de la Familia, se encargará del cuidado y protección de los inválidos niños y ancianos que están desaparecidos.

A continuación, mencionaremos lo que señala este Código respecto del tema en comento.

La tutela, "es una institución de derecho de familia, que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes, de los que no estando sujetos a patria potestad tienen la incapacidad legal y natural, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos". (194)

Se velará principalmente por la persona de los incapacitados, así como de su educación.

Tienen incapacidad natural y legal:

- 1) Los menores de edad.
- 2) Los mayores de edad privados de la inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- 3) Los sordomudos que no saben leer ni escribir.
- 4) Los ebrios consuetudinarios o los que habitualmente hagan uso moderado de drogas enervantes.
- 5) La tutela es un cargo público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima señalada en la ley. (195)

Quien se niega a desempeñar el cargo de tutor sin causa justificada, es responsable de los daños y perjuicios que resulten al incapacitado.

Dicho cargo, se desempeñará por el tutor con intervención de un curador en los términos que establece la ley, y desempeñando si así sucede la tutela o curatela hasta de tres incapacitados, sin embargo estos cargos no podrán ser asumidos por una persona a la vez.

La tutela, se divide en testamentaria, legítima y dativa, las que no podrán conferirse sino en términos del Código de Procedimientos Civiles, y no serán removidos de su cargo, sin haber sido oídos y vencidos en juicio.

El cargo de tutor, cesará hasta que subsista la interdicción, sin embargo el cónyuge sólo tendrá la obligación de desempeñar el cargo mientras conserve su carácter.

La interdicción de la que habla el artículo anterior, no cesará, sino por muerte del incapacitado o sentencia definitiva.

Tutela testamentaria. Tienen derecho a nombrar tutor testamentario, aquellos en quienes ejerzan la patria potestad, aún siendo menor de edad.

Si fueren varios menores, podrá nombrárseles un tutor común, o en su caso un tutor diferente por cada uno de ellos.

El padre que ejerza la patria potestad de un hijo sujeto a interdicción, podrá nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido, o no podrá ejercer legalmente la tutela.

Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primero de ellos nombrado, y será substituído por los subsecuentes en caso de incapacidad o remoción.

El adoptante que ejerza la patria potestad, tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo.

La tutela legítima de los menores, tiene lugar, en los casos de pérdida o suspensión de la patria potestad, o de impedimento o falta absoluta del o de los que deben ejercerla, así cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

La tutela legítima corresponde:

- 1) A los hermanos, prefiriendo a los que sean de ambas líneas.
- 2) A los colaterales dentro del cuarto grado, si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá al más apto. (196)

La tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios consuetudinarios y de los farmacodependientes corresponde al cónyuge capaz; los hijos mayores de edad lo son de padre o madre viudos o incapacitados; serán preferidos los hijos mayores de edad que vivan con sus padres.

Los padres, son por derecho tutores de sus hijos solteros o viudos que no tengan hijos que puedan desempeñar el cargo.

Este Código, señala la existencia de la tutela legítima de los menores abandonados o acogidos por alguna persona o beneficencia pública, y coloca a los expósitos bajo la tutela de quienes los acogieron, quienes tendrán las mismas obligaciones con los tutores.

Los Directores de los hospitales o instituciones de beneficencia pública, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes, por lo que no es necesario el discernimiento del cargo.

La tutela dativa, tiene lugar cuando no haya tutor testamentario, ni persona a quien corresponda la tutela legítima, el cual será nombrado por el Juez si el menor no ha cumplido catorce años, pero si tiene más de catorce, podrá nombrar el menor a su tutor con aprobación del Juez. En los asuntos judiciales la tutela siempre será dativa.

A los menores que no están sujetos a patria potestad, ni a tutela testamentaria ni legítima, se sujetarán a la tutela dativa aún cuando no tengan bienes, por lo que tienen la obligación de desempeñar la tutela las personas que a continuación se detallan.

- 1) El Presidente Municipal del domicilio del menor.
- 2) Los Regidores del Ayuntamiento.
- 3) Quienes desempeñen la autoridad administrativa en los Ayuntamientos.
- 4) Los profesores oficiales de lugar.
- 5) Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo por su servicio.
- 6) Los Directores de establecimiento de beneficencia pública. (197)

Si embargo, si el Juez considera que existen otras personas más aptas a las anteriores para desempeñar la tutela podrá hacer el nombramiento.

No podrán ser tutores, aún cuando estén anuentes en desempeñar el cargo:

- 1) Los menores de edad.
- 2) Los mayores de edad que se encuentran bajo tutela.
- 3) Aquellos que fueren removidos de otra tutela por haberse conducido mal, respecto de la persona o bienes del menor.
- 4) Los condenados por delitos patrimoniales o sexuales.
- 5) Los que no tengan oficio o modo de vivir lícito o mala conducta notoria.
- 6) Los empleados de la administración de justicia.
- 7) El que padezca de enfermedades contagiosas". (198)

Serán separados de la tutela:

- 1) Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela.
- 2) Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término que señale la Ley.
- 3) El tutor que pretenda contraer nupcias con su pupilo.
- 4) El tutor que permanezca por más de seis meses ausente". (199)

Las excusas para el desempeño de la tutela son las siguientes:

- 1) "Por ser empleados y funcionarios públicos a excepción de aquellos que señala la ley.
- 2) Los militares en servicio activo.
- 3) Los que tengan bajo su potestad tres o más descendientes.
- 4) Aquellos que por su pobreza no puedan atender el cargo.
- 5) Aquellos que por su mal estado habitual de salud no puedan atender la tutela.
- 6) Quienes tengan 70 años cumplidos". (200)

Dichos impedimentos y excusas, deberán proponerse al Juez dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha en que conoció de nombramiento, por lo que se nombrará un tutor interino mientras se resuelva el impedimento.

El tutor testamentario que se excusare, perderá todo derecho a heredar o a obtener legado.

En cuanto a las garantías que deben otorgar los tutores para el desempeño del cargo, consistirán en hipoteca, prenda o fianza.

Cuando la garantía no sea suficiente, podrá consistir parte en hipoteca, parte en prenda, parte en fianza o sólo en fianza, ello a criterio del Juez.

Si aumentan o disminuyen los bienes del menor, podrán adecuarse proporcionalmente las garantías, pero si en un plazo de tres meses de aceptado el cargo, el tutor no puede conceder la garantía se procederá al nombramiento de uno nuevo.

Se exceptúa de dar garantía a las siguientes personas:

- 1) A los tutores testamentarios.
- 2) Al tutor que no administre bienes.
- 3) El padre, madre y abuelos, el cónyuge y los hijos del incapacitado cuando son llamados a desempeñar la tutela.
- 4) Los que acojan a un menor abandonado, lo alimenten y eduquen, convenientemente por más de cinco años. (201)

El menor debe respetar a su tutor, ya que éste tiene las mismas facultades que los ascendientes, respecto de su persona.

Cuando se tengan que administrar bienes en la tutela, es necesario que previamente se nombre a un curador.

El tutor, está principalmente obligado a alimentar al incapacitado y educarlo; destinar de preferencia de los recursos de los bienes a su curación, debe formar inventario de los bienes del incapaz; representarlo en todos los actos civiles, con excepción de los personalísimos.

Los gastos de alimentación del menor, se regularán según las condiciones económicas y necesidades del incapaz; por que el Juez determinará la cantidad que habrá de destinarse para sus alimentos.

Si las rentas del menor, no alcanzan a cubrir los gastos de alimentación y educación, el Juez decidirá si existe otro medio para aumentar dicho gasto, sin que por ello se tengan que enajenar los bienes del menor, y solamente serán enajenados por causa de extrema necesidad, ello con aprobación judicial.

El tutor, que no haga los depósitos o inversiones dentro de los plazos señalados en esta ley, pagará los réditos que debieron haber producido los capitales mientras no fueren impuestos.

Todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, necesita el tutor autorización del Juez para poder disponer de ello.

El tutor, no puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por más de dos años, sino en caso de necesidad o utilidad, con previa autorización judicial.

Al igual, no puede aceptar por sí mismo, la cesión de ningún derecho, ya sea a título gratuito u oneroso, la cesión de ningún derecho o crédito contra el incapacitado.

Tampoco, deberá dar por más de dos años en arrendamiento los bienes del incapacitado, sólo en extrema utilidad con autorización judicial, y será nula toda anticipación de rentas por más de un año.

Deberá admitir las donaciones, legados y herencias dejadas al incapacitado; sin embargo no podrá hacer donaciones a nombre del incapacitado.

Cuando conforme a derecho sea necesaria la autorización de ambos cónyuges, pero uno de ellos esté incapacitado, el Juez, si fuere necesario dará el consentimiento a falta del otro.

El tutor, tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, la cual podrá determinarse por el testador, y en su defecto el Juez, al igual que los tutores legítimos y dativos.

En cuanto a las cuentas de la tutela, "el tutor rendirá al Juez detallada cuenta de su administración durante el mes de enero de cada año, por lo que la falta de ello por los tres meses siguientes, motivará la remoción del tutor, sin embargo el Juez podrá exigir la entrega de esa obligación en cualquier momento".(202)

No tiene derecho el tutor a, ser indemnizado del daño que haya sufrido, si por su culpa hubo negligencia en el desempeño.

La obligación de dar cuenta, pasa a los herederos del tutor, y si alguno de ellos sigue administrando la tutela, su responsabilidad será la misma que la de el primero.

La garantía dada por el tutor no se cancelará, sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas y todos los bienes del incapacitado entregados a quien corresponda.

Hasta pasado un mes después de la aprobación y rendición de cuentas al Juez, podrá efectuarse un convenio entre el tutor y el pupilo.

Las causas por las que se puede extinguir la tutela son:

- 1) Por muerte del pupilo, o por que su incapacidad desaparezca.
- 2) Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad".(203)

La muerte, incapacidad de su tutor o ausencia declarada legalmente, termina la tutela con relación al tutor, por lo que el Juez promoverá el nombramiento de uno nuevo.

Una vez concluida la tutela, el tutor está obligado a dar cuenta de su administración de quienes tuvo bajo su tutela.

Concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapaz, todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se presentó en la última cuenta, esta deberá efectuarse al mes siguiente al término de la tutela.

Todas las acciones, por hechos relativos a la administración de la tutela que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor, fiadores y garantes, quedan extinguidas por el lapso del cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de la tutela, o a partir de que cesó la incapacidad del pupilo.

Todos los sujetos a tutela, sea la que fuere tendrán un curador, salvo los casos en que se trate de tutores de expósitos, abandonados o de incapacitados que no tengan bienes.

El Juez escuchará al curador en todo lo relativo a la tutela.

El curador está obligado:

1) A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de el, sólo en caso de que estén en oposición a los del tutor.

2) A exigir judicialmente que se garantice el manejo de la tutela.

3) A vigilar la conducta del tutor, y a poner en conocimiento del Juez, todo lo que considere dañoso para el pupilo.

4) Dar aviso al Juez para que nombre tutor, si el que está faltare o abandonare la tutela. (204)

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

Las funciones del curador, cesarán cuando el pupilo salga de su incapacidad, el curador también tiene derecho a ser relevado del cargo pasados diez años desde que lo asumió.

El curador, cobrará sus honorarios, conforme al arancel de los procuradores, sin que por ello pretenda mayor retribución.

XIX.- CODIGO FAMILIAR DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR DE 1994

Este Código de gran importancia para el Derecho Familiar, parecido al del Estado de Hidalgo de 1983, actualmente sólo tiene casi tres años de haber entrado en vigencia en el Salvador, detallaremos cual es su estructura:

Se encuentra dividido en cinco libros, a saber:

- Libro Primero: Constitución de la familia.
- Libro Segundo: Filiación y estado familiar.
- Libro Tercero: De las relaciones paterno filiales.
- Libro Cuarto: Asistencia familiar y tutela.
- Libro Quinto: Los menores y las personas de la tercera edad.

En especial el Libro Cuarto es el que analizaremos, ya que es materia de esta tesis, por lo que mencionaremos como se subdivide el Libro Cuarto de este Código.

- Título I.- Los alimentos.
- Capítulo Único.
- Título II.- La tutela.
- Capítulo I
- Disposiciones Comunes.
- Capítulo II.- Disposiciones especiales para cada clase de tutela.
- Sección Primera: Tutela testamentaria.
- Sección Segunda: Tutela legítima.
- Parte Primera: Tutela legítima de menores de edad.
- Parte Segunda: Tutela legítima de mayores de edad incapacitados.
- Sección Tercera: Tutela dativa.
- Capítulo III.- Inhabilidades, excusas y remoción del tutor.
- Capítulo IV.- Ejercicio de la tutela.
- Capítulo V.- Rendición de cuentas.
- Capítulo VI.- Registro de tutelas.

DECRETO 677.-

La Asamblea Legislativa de la República del Salvador,
Considerando:

I.- Que el artículo 32 de la Constitución de la República, reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad, e impone el deber de dictar la legislación necesaria para su protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

II.- Que de acuerdo con el artículo 271 de la misma, es un deber impostergable armonizar especialmente con sus preceptos la legislación secundaria, siendo evidente que esa concordancia es especialmente necesaria e indispensable en materia familiar, por tratarse de una regulación contenida en el Código Civil que data del año de 1860.

III.- Que asimismo, resulta ser una obligación que no puede diferirse, armonizar la legislación interna en materia familiar y de menos con la contenida en los tratados y convenciones internacionales ratificados constitucionalmente de mayor jerarquía que la primera, a fin de evitar la posibilidad de la concurrencia de normas distintas sobre una misma materia, con perjuicio de la seguridad y certeza jurídicas, y

IV.- Que es conveniente regular especialmente en la materia familiar, lo referente a menores y a las personas de la tercera edad, con la salvedad del régimen jurídico especial de los menores a que se refiere el artículo 35 de la Constitución de la República;

Por tanto,

En uso de sus facultades de Constitucionales y a iniciativa del Presidente de la República: Armando Calderón Sol, por medio del Ministro de Justicia y de los Diputados Raúl Manuel Somoza Alfaro y Marcos Alfredo Valladares Melgar. (205)

Decreta : el siguiente:

CODIGO DE FAMILIA TITULO PRELIMINAR

Artículo 1.- El presente código establece el régimen jurídico de la familia, de los menores y de las personas de la tercera edad y consecuentemente, regula las relaciones de sus miembros y de estas con la sociedad y con las entidades estatales.

Los derechos y deberes regulados por este código, no excluyen los que conceden e imponen otras leyes en materias especiales y la solidaridad familiar.

Concepto de familia:

Artículo 2.- La familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco.

Protección de la familia:

Artículo 3.- El Estado, está obligado a proteger la familia, procurando su integración, bienestar, desarrollo social, cultural y económico.

Principios rectores:

Artículo 4.- La unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas de la tercera edad y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar, son los principios que especialmente inspiran las disposiciones del presente código.

Irrenunciabilidad de indelegabilidad:

Artículo 5.- Los derechos establecidos por este código son irrenunciables, salvo las excepciones legales, y los derechos que impone, indelegables, cualquier declaración en contrario se tendrá por no escrita.

Derecho a constituir familia:

Artículo 6.- Toda persona, tiene derecho a constituir su propia familia, de conformidad con la ley.

Fomento del matrimonio:

Artículo 7.- El Estado, fomentará el matrimonio con las acciones que con tal finalidad realice, serán coordinadas por medio de la Procuraduría General de la República; se orientarán a la creación de bases firmes para la estabilidad del matrimonio, y el más efectivo cumplimiento de los deberes familiares.

Interpretación y aplicación:

Artículo 8.- La interpretación y aplicación de las disposiciones de éste código, deberán hacerse en armonía con sus principios rectores y con los principios generales del derecho de familia, en la forma que mejor garantice la eficacia de los derechos establecidos en la Constitución de la República en los tratados y convenciones internacionales ratificados por el Salvador.

Integración:

Artículo 9.- Los casos no previstos en el presente código se resolverán con base en lo dispuesto por el mismo para situaciones análogas; cuando no sea posible determinar de tal manera el derecho aplicable, podrá recurrirse a lo dispuesto en otras leyes, pero atendiendo siempre a la naturaleza del derecho de familia; en defecto de estas el asunto se resolverá

considerando los principios del derecho familiar y la falta de éstos en razones de buen sentido y equidad.

Extraterritorialidad:

Artículo 10.- El nacional, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero, queda sujeto a las disposiciones de éste código, en lo relativo al estado de las personas y a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia.

Los menores y las personas de la tercera edad, de nacionalidad salvadoreña, que residan en el extranjero también estarán sujetos a lo regulado en éste código en cuanto a su protección y asistencia".(206)

**LIBRO CUARTO
ASISTENCIA FAMILIAR Y TUTELA
TITULO I LOS ALIMENTOS
CAPITULO ÚNICO**

Concepto:

Artículo 247.- Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario.

Sujetos de la obligación alimenticia:

Artículo 248.- Se deben recíprocamente alimentos:

- 1) Los cónyuges;
- 2) Los ascendientes y descendientes hasta el segundo grado de consanguinidad;
- 3) Los hermanos.

Los alimentos a la mujer embarazada:

Artículo 249.- Definida la paternidad conforme a lo que establece éste código, toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura, durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos los gastos del parto".(207)

A continuación señalaremos, lo que nos dice el Código Familiar del Salvador con relación a la tutela, regulada de los artículos 272 al 343:

“La tutela o guarda es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente”.(208)

La tutela del menor casado, se limitará a la administración de sus bienes, y a la representación en actos y contratos relacionados con los mismos:

Las personas que ejercen la tutela se llaman tutores o guardadores; y pupilo o tutelados los sujetos a ella.

Están obligados a desempeñar la tutela del menor o incapaz, los parientes que sean plenamente capaces. A falta de parientes del menor o incapaz, podrá ejercer el cargo cualquier persona que cumpliera los requisitos legales y consienta en ello.

La tutela es testamentaria, legítima o dativa. Es testamentaria la que se constituye por testamento; legítima, la que se confiere por la ley; y dativa, y la que confiere el Juez.

Por regla general, la tutela, será ejercida por una persona; sin embargo podrán ejercerla varias cuando el testador así lo hubiere dispuesto; o el Juez lo considerare conveniente a los intereses del pupilo.

Cuando se sometan a guarda varios hermanos, se nombrará un sólo tutor para todos ellos, salvo que en interés de los mismos convenga nombrarles diferente tutor cada uno. Igualmente se aplicará cuando se trate de cónyuges menores de edad.

También, podrá colocarse bajo una misma tutela a dos o más personas, con tal que haya entre ellas indivisión de patrimonios. Dividido los patrimonios, se consideran tantas tutelas como patrimonios resulten.

El nombramiento de tutor, recaerá en quien por sus condiciones personales y sus relaciones con el menor o incapaz sea el más conveniente para éste. Por regla general se procurará que el tutor y el pupilo sean del mismo sexo.

Cuando hubiere conflicto de intereses entre pupilos sujetos a una misma tutela, el Juez les proveerá de tutores específicos para la atención y terminación de conflictos, concluido el cual cesarán en el cargo.

“Cuando el conflicto tuviere lugar entre el tutor y el pupilo, la representación de éste corresponderá al Procurador General de la República y Procuradores Auxiliares Departamentales”.(209)

Mientras no se nombre tutor o no se discierna el cargo, el Juez de oficio, o a solicitud del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, deberá

dictar las providencia necesarias para el cuidado del menor incapaz la seguridad de sus bienes.

Los menores que ya hubieren cumplido doce años de edad, serán oídos previamente al nombramiento de tutor legítimo o dativo, o al discernimiento del cargo con respecto al tutor testamentario.

Si el menor manifestare que la persona que ha de ejercer la tutela no es idónea conforme se dispone en el artículo 277, el Juez hará las investigaciones que estime oportunas, y si lo considera conveniente, oír al Procurador General de la República; luego de lo cual hará o no el nombramiento, discernirá el cargo, o dejará sin efecto el nombramiento del tutor testamentario, todo si el beneficio del menor así lo exigiere.

El que dispusiere de bienes a título gratuito en favor de menores o incapaces, sujetos a tutela, podrá condicionar la liberalidad a que los bienes no los administre el tutor, sino otra persona que designe al efecto, en tal caso el Juez previa audiencia del Procurador General de la República o al Procurador Departamental que corresponda, autorizará la aceptación de la liberalidad, salvo que sea inconveniente a los intereses del menor, aceptarla en los términos en los que se le hace.

En caso de autorizarse la aceptación, sino hubiere persona asignada para la administración o ella no aceptare el cargo porque no fuera idónea, hará el Juez la designación.

Los Administradores de determinados bienes de un menor o incapaz, estarán sujetos a las disposiciones relativas a los tutores, en lo que fuere aplicable.

La tutela, se ejercerá bajo la supervisión del Juez quien actuará de oficio a solicitud del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, o de cualquier intestado.

El Juez, podrá establecer en la resolución mediante la cual se discierne la tutela, o en otra posterior, las medidas de supervisión y control que estime oportunas en beneficio del pupilo.

Asimismo, podrá en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del tutelado y del estado de la administración.

Tienen derecho a nombrar tutor por testamento:

- 1) El padre o la madre para los hijos que estén bajo la autoridad parental.
- 2) Los abuelos para los nietos, que estén sujetos a su tutela.
- 3) Cualquier otra persona para el menor o incapaz al que instituya heredero o legatario. (210)

Cuando los padres ejerzan autoridad parental de consuno, o cuando los abuelos ejerzan la tutela conjuntamente, sólo tendrá eficacia el nombramiento del tutor hecho por cualquiera de los padres o abuelos que falleciere por último.

Cuando el testador nombre varios tutores para que se sustituya unos a otros, la no fijación del orden en que deben ejercerla, el Juez nombrará de entre ellos el que le parezca más idónea de conformidad a los criterios fijados por el artículo 277 de este código.

Si hayándose en ejercicio a un tutor legítimo o dativo, se presentare el testamento, se transferirá inmediatamente a éste la tutela, salvo que el Juez decida otra cosa con interés de tutelado.

Si las personas llamadas a tutela testamentaria, falta de tutela testamentaria tiene lugar la legítima. Son llamadas a tutela legítima de los menores de edad, en el siguiente orden:

- 1) Los abuelos.
- 2) Los tíos.
- 3) Los hermanos.
- 4) Los primos hermanos.

El Juez, podrá variar el orden anterior o prescindir de él, cuando existan motivos justificados.

No obstante el orden de llamamientos a que se refiere el artículo 287, cuando se trate de un menor casado será llamado a su guarda legítima, en primer lugar su cónyuge, si fuera mayor de edad sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final de ese mismo artículo.

“Los mayores de edad, estarán sujetos a tutela cuando fueren declarados incapacitados y siempre que no se encuentren bajo autoridad parental prorrogada o restablecida”.(211)

Son llamados a tutela legítima, de los mayores de edad incapacitados en el orden siguiente:

- 1) El cónyuge.
- 2) Los padres.
- 3) Los hijos.
- 4) Los abuelos.
- 5) Los hermanos.
- 6) Los tíos.
- 7) Los primos hermanos”.(212)

Nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial.

Causas de incapacidad:

- 1) La enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos.
- 2) La sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable".(213)

Para internar a un presunto enfermo mental en centro psiquiátrico, se requiere autorización judicial, lo cual será avisado al Juez y a su familia de aquel o a su representante.

Los actos y contratos del enfermo mental, posteriores a la declaratoria de incapacidad son nulos, aunque se aleguen intervalos lúcidos.

Los menores, podrán ser declarados incapaces a solicitud de quienes ejerza la autoridad parental o la tutela.

Se deberá rehabilitar al incapaz cuando hubiere recobrado permanentemente la razón, así como al sordomudo cuando sea capaz de entender.

A falta de tutela legítima tiene lugar la dativa, el Juez nombrará persona que reúna las condiciones señaladas en este código.

Quien hubiere recogido a un niño expósito o abandonado, será preferido en el nombramiento de tutor siempre que reúna las condiciones legales.

El Juez proveerá de tutor al menor o incapacitado que no lo tenga.

Inhabilidades, excusas y remoción de tutor.

No pueden ser tutores:

- 1) Los menores de edad y los incapaces.
- 2) Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena, y los procesados por cualquier delito.
- 3) Los que hubieren sido removidos de otra tutela, o no hubieren obtenido la aprobación de las cuentas de su administración o no hubieren pagado el saldo que resultare en su contra.
- 4) Los que observaren conducta inmoral o padecieren de enfermedad o vicio que pudiere poner en peligro la salud, la seguridad o la moral del menor o incapaz.
- 5) Los declarados en quiebra o concurso.
- 6) Los que tuvieren pendiente litigio propio o de su cónyuge o compañero de su vida, sus ascendientes, descendientes o cónyuge o conviviente de cualquiera de éstos, contra el menor o incapaz.

7) Los que hubieren perdido la autoridad parental o hubieren sido suspendidos en el ejercicio de la misma, o se le hubiere privado de la administración de los bienes de los hijos.

8) Los acreedores o deudores del menor o incapaz por cantidad apreciable en relación con los bienes de éstos.

9) Los ciegos y sordomudos cuando no pudieren darse a entender.

10) Los que carezcan de domicilio en la república.

11) Los enemigos de los padres y de los ascendientes del menor o incapaz".(214)

Podrán excusarse de la tutela:

1) Los que tuvieren a su cargo otra tutela, salvo que se tratare de pupilo hermanos.

2) Los mayores de 70 años.

3) Los que tuvieren bajo su autoridad parental tres o más hijos.

4) Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia.

5) Los que padezcan enfermedad crónica que les impida cumplir los deberes del cargo.

6) Los que tengan que ausentarse de la república por más de seis meses o lo hicieren reiteradamente".(215)

El tutor testamentario que se excusare del cargo perderá todo lo que se le hubiere asignado en el testamento.

Las causas de remoción de la tutela son las siguientes:

1) Aquellos a quienes después de discernido el cargo, le sobrevenga alguna de las inhabilidades para ejercerla.

2) Los que desempeñaren el cargo con negligencia, inaptitud o infidelidad.

3) Los que promovieren o favorecieren la corrupción o delincuencia del pupilo.

4) Los que maltrataren o abandonaren el tutelado.

5) Los que a sabiendas hubieren cometido inexactitud en el inventario.

6) Los que se ausentaren de lugar de su domicilio por más de seis meses.

7) Los que incumplieren reiteradamente los demás deberes que cumplen el cargo".(216)

El tutor legítimo que fuere de la tutela, perderá el derecho de suceder ab intestato al pupilo.

El tutor, no entrará a ejercer su cargo, sino después de discernido por el Juez, y sin que se hayan cumplido con todos los requisitos que exige la ley. El discernimiento se marginará en la partida del nacimiento del pupilo.

El tutor, deberá iniciar las diligencias de inventario y avalúo de los bienes del menor o incapaz dentro de los ocho días siguientes a la aceptación del cargo.

Practicado el inventario y avalúo, el tutor deberá constituir garantía de administración, salvo que hubiere sido relevado de esta obligación por el testador.

Cuando con posterioridad el discernimiento de la tutela, sobrevenga o se descubra causa que hiciere obligatoria la caución, lo hará saber al Juez el propio tutor.

La garantía debe cubrir cuando menos:

- 1) El importe de los bienes muebles que recibe el tutor.
- 2) El promedio de la renta de los bienes en los últimos tres años anteriores a la tutela.
- 3) La utilidades del pupilo, que pueda recibir de cualquier empresa durante un año.

Esta deberá aumentarse o disminuirse según se determine o varíe los valores expresados.

La garantía, podrá consistir en prenda, hipoteca o fianza. La fianza deberá otorgarse por una institución de crédito o empresas de seguros o de fianzas.

Los valores en prenda, serán depositados en una institución de crédito u organización auxiliar.

Dentro de los treinta días posteriores al del inicio del ejercicio de la tutela, el guardador deberá someter a la aprobación del Juez el presupuesto de los gastos necesarios para los alimentos del pupilo y de administración de sus bienes; los cuales deberán someterse a aprobación judicial, cuando menos treinta días antes de que se inicie cada ejercicio anual.

Para cubrir gastos no presupuestados, el tutor necesitará autorización previa, cuando esos gastos asciendan a un mil colones.

Cuando la tutela se ejerza por varios guardadores, se observarán las siguientes reglas:

1) Las facultades que les correspondan habrán de ser ejercitadas por ellos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de acuerdo, el Juez después de oírlos a ellos y al pupilo, si este fuere mayor de doce años resolverá lo que estime conveniente. Si los acuerdos fueren reiterados el Juez reorganizará su composición o proveerá de nuevos tutores al pupilo.

2) Si el testador lo hubiere dispuesto de modo expreso a los guardadores, la solicitud la podrá resolver el Juez, y las funciones de la tutela se distribuirán entre los tutores.

3) Cuando por cualquier causa faltare alguno de los guardadores, la tutela se sustituirá con los restantes tutores, a no ser que al hacerse el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa.

El tutor, tiene respecto de su pupilo las mismas facultades, y deberes que la ley otorga e impone a los padres en relación a sus hijos".(217)

El tutor, está obligado a cuidar del pupilo como buen padre de familia, si el pupilo ha sido declarado incapaz.

El deber del tutor, es educar y formar integralmente al pupilo; facilitarle acceso al sistema educativo y orientarlo en elección de una profesión u oficio.

Si el pupilo había iniciado estudios para obtener cualquier profesión u oficio mientras estuvo bajo autoridad parental, el tutor no podrá variarlos sin autorización judicial, para lo cual el Juez tomará en cuenta la opinión del menor y sus aptitudes.

Los pupilos menores de edad, que hayan cumplido catorce años, tienen para su entrenamiento, información y conocimiento. El ejercicio de este derecho no exime al guardador de responsabilidad.

Las alhajas, muebles preciosos y títulos valores que a criterio del Juez, no deban estar en poder del tutor, serán depositados en una institución de crédito a favor del pupilo.

El tutor, deberá depositar el dinero del pupilo en una institución de crédito; manteniendo las cuentas de este de las propias.

El tutor, necesita autorización judicial para los siguientes actos:

1) Para internar al pupilo en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2) Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del pupilo. Para dar entendimiento por más de tres años o por más tiempo de que faltare al menor para alcanzar su mayoría de edad, o con anticipo de renta por más de un año, para hacer o reconocer mejoras que no sean necesarias, para constituir servidumbres pasivas, y en general para celebrar otra clase de contratos que afecten el patrimonio del pupilo; siempre que lo sean de un valor superior a un mil colones.

3) Para repudiar herencias, legados y donaciones en favor del pupilo.

4) Para transigir o comparecer en árbitros las cuestiones en que el pupilo tuviere interés.

5) Para resolver sobre la forma, condiciones y garantías en que debe colocar a crédito el dinero del pupilo.

6) Para pagarse créditos que tenga contra el pupilo.

7) Los demás previstos por la ley".(218)

La venta de títulos valores, podrá hacerse sin autorización judicial pero nunca por menos del valor contable, o del que se confía al día de la renta si existiere bolsa de valores.

Los grupos y ganados, podrán venderse sin autorización judicial, siempre que su valor no sea inferior del que se cotice en plaza el día de la venta.

Entre otras prohibiciones que se confieren al tutor, se mencionan las siguientes:

- 1) Contraer por sí, por interpósita persona o a nombre de otro con el pupilo, a aceptar contra él créditos, derechos o acciones a no se que resultaren de subrogación legal.
- 2) Disponer a título gratuito de los bienes del pupilo, excepto las donaciones en dinero y otros bienes muebles a favor de un consanguíneo necesitado, autorizados por el Juez.
- 3) Aceptar donaciones del que fue su pupilo, sin estar aprobadas las cuentas de su administración y calculando el sendo que resultare en su contra.
- 4) Hacer remisión de derechos del pupilo. (219)

La tutela, tiene derecho a una retribución que se pagará anualmente y que no será menor del 5% ni excederá del 15% anual de las cuentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

Cuando el tutor, hubiere sido removido por causa imputable a él, no tendrá derecho a retribución alguna.

El tutor, está obligado a llevar cuentas exactas y comprobables, de todas las operaciones de su administración; en los libros autorizados por el Juez que discernió la tutela.

La tutela tiene su término:

- 1) Por alcanzar el pupilo su mayor edad.
- 2) Por la muerte del pupilo o del tutor.
- 3) Por rehabilitación del incapacitado.
- 4) Por quedar el pupilo sujeto a autoridad parental.
- 5) Por rendir cuentas al final de su gestión y al terminar la tutela o cesar en su cargo, la cual será ante el Juez con intervención del Procurador General de la República, la cual será dentro de los treinta días siguientes a la terminación del año de gestión. (220)

Con las cuentas de la tutela, se acompañarán los documentos justificativos, los gastos de la rendición serán a cargo del que estuvo sometido la tutela.

El tutor, debe entregar los bienes de la tutela al que fue su pupilo, en caso de que éste haya llegado a la mayoría de edad.

El tutor, que sustituye a otro deberá exigir las cuentas de la tutela.

Las acciones y obligaciones que recíprocamente correspondan al tutor o del que fue su pupilo, por razón del ejercicio de la tutela, prescriben cuatro años de concluida ésta.

En los juzgados de primera instancia con jurisdicción en materia familiar, se llevará a cabo un Registro de Tutelas, en el cual se inscribirán el discernimiento y la terminación de la tutela, las remociones y las excusas de los tutores, los resultados de los inventarios y de la rendición de cuentas, los presupuestos de gastos de administración así como todas las resoluciones que puedan Modificar el estado personal o patrimonio del tutelado.

Se llevará un índice de las tutelas, por orden alfabético del apellido de los tutelares.

El registro será llevado por el Juez, quien ordenará los asientos y sus modificaciones así como la expedición de los certificados.

Al comienzo de cada ejercicio anual de la tutela, se hará contar, al margen de cada inscripción si el tutor obligado a dar cuentas de su gestión las ha rendido o no.

Para cumplir con la atribución que le confiere este código, el Juez deberá examinar frecuentemente las inscripciones del registro a fin de adoptar las providencias necesarias para la defensa de los intereses de los tutelados ".(221)

CAPITULO SEGUNDO CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA TUTELA

I.- SU NATURALEZA JURIDICA

Antes de iniciar el estudio de la naturaleza jurídica de la tutela, haremos un estudio sobre *¿Que significa en derecho, naturaleza jurídica?*; ello no significa objeto, definición o características de las instituciones.

La naturaleza jurídica de acuerdo como lo señala el Dr. Julián Guitrón Fuentevilla "De ella se derivan circunstancias y situaciones, que nos permiten ubicar con exactitud, la rama jurídica a la cual pertenecen las instituciones en estudio; determinar sus obligaciones y derechos; saber qué elementos debe reunir y sobre todo, lo que a esa institución corresponde, según sus características. Lo que es en Derecho. Naturaleza jurídica significa ubicar la ciencia del derecho, el acto jurídico, el contrato, la institución, la situación a la que no estamos refiriendo".(222)

No deben quedar dudas de lo que se dice cuando se habla de naturaleza jurídica, no obstante, el derecho no está claro como lo pensamos, debido a que hay supuestos en los que a una institución se le dan denominaciones las cuales son falsas. Vr.gr.:El matrimonio es un contrato.

La naturaleza jurídica del Derecho Familiar, es la de constituir un tercer género, al lado del Público y del Privado. No como Derecho Social, tampoco como Civil, sino como una nueva rama jurídica, con principios y objeto de estudio propios, que hoy rebasa las instituciones tradicionales y va más allá de los límites, que desde la época de los romanos, se le ha marcado, al incluirlo en el Derecho Privado y en el Civil".(223)

Es una institución supletoria de la patria potestad, que trata de subsanar la falta de ésta, la característica que las hace distintas, es que la primera, la tienen los ascendientes del menor, la segunda, las personas que pueden ser familiares, colaterales o sin parentesco alguno.

La tutela, es una institución substituta de los padres, de derecho publico, hay función en forma supletoria a los padres.

Es un cargo público en beneficio del menor de edad o incapaz, el Ministerio Público es el encargado de la vigilancia del menor de la tutela en caso de que existan ilícitos en contra de los bienes y persona del pupilo.

La persona que asume la tutela, queda investida por un acto público, a continuación señalaremos algunas de las diferencias que existen entre la tutela y patria potestad, de acuerdo con el maestro Bernaldo de Quiróz:

- La tutela: Confiere al tutor, al modo que sobre la patria potestad a los padres, una potestad a los padres, una potestad tuitiva general sobre los menores o incapacitados con la tutela se atiende a la necesidad de protección de quienes por su estado civil, (minoría de edad, incapacitación general) carecen de capacidad de obrar general y de independencia jurídica. Se constituye la tutela cuando no estén bajo la patria potestad.

Dentro del contrato del contenido de la tutela es típica la potestad de representación: "el tutor es el representante legal del menor o incapacitado". Por razón de esta potestad, los efectos de la actuación del tutor con los terceros se van a producir directamente en la esfera jurídica tutelado. (224)

Existen diversos órganos tutelares, que tratan de complementar o suplir la falta o restricción de la capacidad de obrar del protegido, la primera de ellas es:

1) La tutela. Contiene al tutor una potestad tuitiva general, aún de aquellos que por su estado civil carecen de capacidad de obrar general y de independencia jurídica.

2) La curatela. Su característica principal es la de asistencia, para personas que no tienen plena capacidad para efectuar actos jurídicos que requieren la asistencia de un curador para que sean válidos.

3) El defensor judicial. Puede nombrarlo el Juez para que efectúe actos judiciales relativos a la guardia y protección de menores o incapacitados, y se refiere a actos concretos y de carácter provisional. (225)

Hay diversas concepciones de lo que podría ser la naturaleza jurídica de la tutela, entre otras encontramos algunas como:

- 1) Institución jurídica
- 2) Poder
- 3) Función jurídica
- 4) Organismo de representación
- 5) Carga pública
- 6) Protección, cuidado o guarda

1) Como institución jurídica, la entiende que es un conjunto de normas y preceptos enlazados y establecidos, así como un conjunto de reglas de orden público, cuyo objeto es la guarda de la persona y de sus bienes, de todos aquellos que no están sujetos a patria potestad.

2) Poder. Es el conferido a una persona respecto de un incapaz, para ejercer las funciones de la tutela.

3) **Función Jurídica.** Como lo señala Planiol en su libro *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés conjuntamente con Ripert*, es la conferida a una persona capaz y que consiste en el cuidado de la persona y de la administración de sus bienes.

4) **Organismo de Representación.** Se trata de un organismo que cumple con los objetivos de representación de un incapaz, interviniendo en materia de minoridad como de interdicción.

5) **Carga Pública.** Códigos como el Chileno, señalan que son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse asimismo.

6) **Cuidado o guarda.** El Código de Familia Cubano, previene que la tutela se constituye jurídicamente, y tiene por objeto la guarda y cuidado, educación, defensa de los derechos, y protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad que no estén bajo patria potestad; comprendiendo los mayores declarados judicialmente incapaces.

II.- SUS CARACTERISTICAS GENERALES

Entre las más importantes encuentran:

- a) Cargo de interés público
- b) Obligatorio
- c) Irrenunciable
- d) Temporal
- e) Excusable
- f) Unitario
- g) Remunerable
- h) Removible
- i) De carácter legal
- j) Supletorio
- k) Personal
- l) General (226)

a) **Cargo de interés público.** El artículo 452 del Código Civil, señala que la tutela es un *cargo de interés público. El ejercicio de ese cargo, es una verdadera representación legal, una investidura civil, un cargo que impone la ley.*

b) **Obligatorio.** Por que es forzoso el que el tutor tenga que asumir el cargo sino hay inconveniente para ello.

El artículo antes citado, señala que es un cargo del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima que la misma ley señala.

c) Irrenunciable. Es un cargo de interés público, que compete al Estado su cuidado, por lo que no es posible la renuncia para su desempeño, excepto como la menciona la ley, por causa justificada o el Juez Familiar así lo decrete.

d) Temporal. Si se trata de menores de edad, es entendible que el cargo concluye al cumplir la mayoría de edad esa persona; adquiriendo su capacidad de ejercicio para administrar sus bienes; pero tratándose de los incapaces, también es obvio su término, ya que si recupera su cordura mental o muere, concluye su tutela.

Tratándose de la tutela dativa, personas que el Juez nombre a falta de familiares o tutor testamentario, este tiene derecho a que se le releve a los diez años de ejercerla de acuerdo al artículo 466 del Código Civil.

e) Excusable. De acuerdo a los artículos 511 al 518 del Código Civil, señalan que personas pueden excusarse de ser tutores; cuáles son las excusas legítimas, que término tiene el tutor para interponer sus impedimentos, y la pérdida del derecho a heredar por la excusa.

f) Unitario. El menor o incapaz no puede tener al mismo tiempo, más de un tutor o curador, que desempeñen el cargo.

Se excluye que el tutor y el curador tengan parentesco entre sí, esto es lógico y necesario, para el buen desempeño la tutela, no pudiendo a su vez una persona asumir ambos cargos, ni que estos recaigan en una pareja unida en matrimonio.

g) Remunerable. El tutor, tiene derecho a una retribución por el desempeño de sus funciones, el porcentaje se determinará de acuerdo a los bienes del incapaz, los cuales fijará la ley o quien lo nombre tutor.

En ningún, caso la retribución por el desempeño de sus funciones, será menor del 5% ni excederá del 10% de las rentas líquidas de los bienes, pero si esos bienes tuvieron un aumento en sus productos por la industria y diligencia del tutor, podrá aumentarse hasta en un 20% sobre los productos líquidos, esto lo determinará el Juez, y para que este aumento se lleve a cabo, tendrán que transcurrir dos años consecutivos con aprobación de las cuentas. Sin embargo, aún reuniendo los requisitos que exigieren para esta remuneración, el tutor a la entrega y término de la tutela contrae matrimonio del que fue su pupilo, no tendrá derecho a ella.

h) Removible. Nuestra legislación civil, señala en el artículo 504, qué personas deberán ser removidas de la tutela:

1) "Aquellos que no otorgaron fianza para el manejo de la administración de los bienes para el pupilo, y la ley así lo hubiere exigido.

2) Por el mal desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona o de los bienes del pupilo.

3) Si no presentan sus cuentas anuales en el mes de enero, o a los tres meses posteriores a éste.

4) Aquellos tutores a los que sobrevenga una incapacidad.

5) Aquellos tutores que contraigan matrimonio con el pupilo, siempre que no hayan entregado las cuentas.

6) El tutor que se ausente del lugar del desempeño de la tutela por más de seis meses".(227)

Los parientes del pupilo y el Ministerio Público; podrán promover la remoción del cargo del tutor. El tutor cesará provisionalmente sus funciones, en caso de que se le esté procesando por cualquier delito, ello hasta que se compruebe su inocencia, pero si se le condena en sentencia a no más de un año de prisión, no inhabilitandolo para el desempeño de la tutela, podrá sumirfa nuevamente.

i) De carácter legal. Ya que es de interés público, y debe ser regulada por la ley en todas sus etapas, se encuentra legislada en los artículos 449 al 634 del Código Civil.

j) Supletoria. Lo es de la patria potestad, pero unicamente los menores de edad, ya que la de los mayores, tendrán tutores a falta de sus padres, ya que si el incapaz deja de serlo, automáticamente cesa la tutela.

La supletoriedad de la tutela ,hace referencia sólo al caso de menores. La tutela de mayores no es una sustitución de alguna otra institución jurídica, ello si tomamos en cuenta que la patria potestad se acaba con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga, con la emancipación derivada del matrimonio y por la mayoría de edad del hijo; al presentarse cualquiera de estos elementos, automáticamente esa persona deja de estar sujeta a la patria potestad, y si tiene alguna otra de las incapacidades consignadas en la ley como naturales o legales, entrará en tutela como una institución original y no supletoria de alguna otra institución de Derecho de Familia. Por lo que la supletoriedad hace referencia sólo a la tutela de menores.

k) Personal. Como analizamos en el Código Civil de 1870 y 1884, así como en la Ley sobre Relaciones Familiares, se habla de que la tutela, es un cargo personal y aún cuando el Código Civil del Distrito Federal de 1932 no lo menciona expresamente no deja de tener esta tendencia.

La tutela, no puede transferirse entre vivos, ni puede heredarse, el cargo lo debe desempeñar una persona física, a excepción de que la tutela la maneje una institución de beneficencia pública, quien será la responsable del pupilo y sus bienes si los tiene.

l) General. "Se otorgan facultades de un representante legal al discernirse el cargo. Estas se confieren al tutor, pues comprenden a la persona del menor o incapacitado, para

lograr el sustento, educación y protección general, asimismo comprende la administración de sus bienes y poder para actos de dominio, para gravar o enajenar bienes inmuebles o muebles preciosos con autorización judicial, y con facultades para pleitos y cobranzas, para representar al menor en todo momento dentro y fuera del juicio.

Sin embargo, el tutor tiene límites y requiere autorización judicial para muchos de los actos a ejecutar".(228)

Hablar de esta característica, es referirse al todo de la tutela, es decir, el tutor tiene funciones amplísimas respecto del pupilo, debe velar por su educación, desarrollo personal, salud alimentos; así como de la administración de sus bienes, pero deberá solicitar autorización judicial para ciertos actos, entre ellos para la venta o arrendamiento de inmuebles o enajenación de alhajas y muebles preciosos.

III.-EL OBJETO DE LA TUTELA

Principalmente, es la protección y guarda de las personas que señala el artículo 450 del Código Civil, y posteriormente cuidar y administrar los bienes de ellos, interviniendo para tal desempeño, el Juez Familiar, el Consejo Local de Tutelas y el Curador.

Nuestra ley Civil en su artículo 449, señala que su objeto principal es la guarda de la persona que no esta sujeta a patria potestad, y el cuidado de los bienes, quedando este en segundo término, sin dejar de efectuar la administración de los mismos.

Representar al incapaz en todo momento, ya sea en juicio o fuera de el.

Señala Chávez Asencio, que el objeto de la tutela es:

1) "La guarda y custodia del incapaz, comprendiendo al menor que tenga o no alguna incapacidad y a los mayores incapacitados.

2) El cuidado de los bienes del incapaz. Habiéndose originado la tutela fundamentalmente para conservar el patrimonio familiar, se orienta actualmente de la protección y cuidado del menor, pero conserva lo relativo al cuidado y administración de los bienes, razón por la cual están en nuestro derecho el cargo de curador, cuya función es vigilar al tutor y cuidar los derechos e intereses patrimoniales, económicos del incapacitado.

3) La Representación del incapaz, debido a que el tutor lo representa en todo momento dentro y fuera de juicio."(229)

IV.- DIFERENCIAS ENTRE LA TUTELA Y LA PATRIA POTESTAD

Existe una similitud entre ambas, ya que la tutela es supletoria de la patria potestad, ello no quiere decir que sean instituciones idénticas.

La patria potestad, se origina por vínculo natural, biológico, aquellas personas que dan la vida a otra, es decir de la consanguinidad, de ahí, surgen los derechos sobre ese menor, otra forma de adquirir este derecho es por adopción y se considera en ambos casos, una relación paterno-filial.

En cambio, la tutela se origina en el derecho civil vigente, que la genera como una institución que se rige estrictamente a esas reglas.

La relación que se genera de la patria potestad es de parentesco, sin embargo, en la tutela es una relación jurídica, y puede no haber parentesco entre tutor y pupilo, ello hablando de la tutela testamentaria o dativa.

En la patria potestad, quienes la ejercen tienen mayor libertad sobre la persona y bienes del menor, pues la respuesta es obvia, ya que tienen el cuidado sobre ellos, en cambio en la tutela, se carece de ese vínculo, por lo que la ley limita al tutor y al curador para el desempeño de su cargo.

Un punto muy importante a conocer, es el afecto lógico, el amor paterno-filial entre ascendientes y descendientes; sin embargo la relación entre tutor y pupilo, se puede limitar a una *solidaridad humana, que responde a la atención de las necesidades de aquel y lograr su protección.*

Suele suceder que el tutor contraiga matrimonio con el que era su pupilo, ello siempre que haya hecho entrega de los bienes que tenía en administración como lo señala el artículo 159 de la ley sustantiva, u obtenga dispensa de su cargo, pero si analizamos esta situación, existe una diferencia de edades entre el pupilo y el tutor, que pareciera ridículo ese matrimonio, asimismo al inicio y ese es el objeto de la tutela, se generó una relación de afecto cuasi paterno familiar, y se pretenda posteriormente contraer nupcias, cuando quizá el tutor pudiera ser padre del pupilo o pupila, por lo que consideramos que ese artículo debe reformarse, para regular la prohibición de ese matrimonio, así como una diferencia de edad que deba existir entre uno y otro que podría ser de doce años cuando menos, para ejercer el cargo, ello cuando se trate de persona que no sea familiar del pupilo.

Artículo 159: "El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado, o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela".(230)

Esta prohibición comprende también al curador y los descendientes de éste y del tutor.

Este artículo, al hablar de la autorización que debe dar el Presidente Municipal respectivo, para contraer matrimonio con el pupilo, después de haber entregado las cuentas de la tutela; es irrisorio, ya que en el Distrito Federal, no existen Municipios sino Delegaciones, debido a que no es un Estado; estas cuentan con Delegados, quienes deberán más bien otorgar dicha dispensa.

Por último, la tutela y la patria potestad son instituciones, pero la primera es subsidiaria en tanto que la segunda es principal.

V.- ORGANOS DE LA TUTELA

Al hablar de un órgano jurídico, se refieren al ente a quien se encarga del cumplimiento de los fines de la institución, y en nuestro derecho positivo común hay órganos reguladores de esta institución que son de acuerdo al artículo 454 del Código Civil los siguientes:

- a) El tutor.
- b) El Juez Familiar.
- c) El Consejo Local de Tutelas.
- d) El curador.

a) Tutor. Es el órgano más importante de la institución tutelar, ya que por el grado de responsabilidad que guarda frente al pupilo es directo, y le corresponde en todos los sentidos el desempeño, nosotros lo consideramos como la persona que desempeña totalmente la vigilancia del pupilo.

“Es el cargo mas importante de la institución, el que mas trascendencia tiene por tener bajo su responsabilidad la guarda de la persona y bienes del menor y de los incapacitados”.(231)

Asimismo, se le otorga la guarda de la persona y de sus bienes.

Debe reunir ciertas características para poder asumir el cargo como lo son, la conducta intachable de la persona, mayor de edad, que sepa leer y escribir, y que siga correctamente la administración de la tutela y el cuidado de los bienes del pupilo.

La tutela es un cargo público, del que nadie puede eximirse, salvo excusa legítima, y debe desempeñarse personalmente.

Deben desempeñar este cargo, las personas que se nombren en el testamento, o quienes designe la ley con discernimiento del Juez de lo Familiar.

Deberá otorgar fianza si es necesario, hacer el inventario de los bienes al asumir el cargo, así como de representar al pupilo en juicio y fuera de él.

Al inicio de sus funciones, previamente ya debe haberse nombrado curador para el desempeño, de lo contrario, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione al incapaz.

El tutor, no podrá ser removido del cargo, sin que haya sido oído y vencido en juicio, por lo que está prohibida la remoción en vía de jurisdicción voluntaria de acuerdo al artículo 914 de la ley adjetiva civil.

b) Juez Familiar. Sabemos que es quien interviene en todos los asuntos relacionados con la familia, ya que es el encargado de declarar el estado de incapacidad de una persona mediante juicio de interdicción, así como de discernir o nombrar al tutor.

"Es el órgano a quien la ley da intervención en todos los asuntos relacionados con la familia y los menores incapacitados".(232)

Intervienen en la vigilancia de la tutela, para que si existen actos negligentes en el desempeño pueda corregirlos.

Al dársele aviso al Juez de que una persona que se encuentra en el supuesto del artículo 450 del Código Civil, deberá nombrar tutor forzosamente, y cuidará de los bienes y persona del pupilo, en tanto se nombra al tutor, ya que de lo contrario, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces, ello como lo señala el artículo 469 de la misma ley, asimismo es responsable del nombramiento del tutor.

Si existen conflictos entre el tutor y el pupilo, el Juez nombrará a un tutor especial de acuerdo al artículo 501 del Código Civil.

Deberá asegurarse que otorgue las garantías necesarias para el buen desempeño de la tutela, así como de fijar mediante audiencia del tutor, la cantidad que haya de invertir éste en alimentos y educación del menor, así como de estar enterado de la carrera que deberá elegir el pupilo.

También, deberá aprobar la cantidad que se deba invertir para gastos de administración y sueldo de dependientes necesarios.

Decide sobre la inversión de capitales del pupilo, enajenación de bienes por absoluta necesidad, autorizar erogaciones de gastos extraordinarios a la conservación y reparación de bienes

Dará su autorización para arrendar los bienes del pupilo durante un período que no excederá de cinco años.

Por último, vigilará la mejoría de los incapaces mentales o físicos, exigiendo al tutor un certificado médico anual sobre el estado de salud de la persona.

c) Consejo Local de Tutelas. En los Códigos de 1870 y 1884, era desconocida esta figura, y al Juez sólo se le tomaba en cuenta para los casos de intervención de las autoridades judiciales.

“Es el órgano que vigila el desempeño de la tutela quien debe informar al Juez de cualquier anomalía que descubra”.(233)

Hasta el actual Código, se da nacimiento a este órgano de vigilancia e información, para que cumpla con la guarda de la persona y la administración de sus bienes.

Actualmente, hay dieciséis Consejos existentes en el Distrito Federal, con una oficina central a cargo de la Procuraduría de la Defensa del menor y la Familia que dependen a su vez del Desarrollo Integral de la Familia.

De acuerdo al artículo 631 del Código Civil, se compondrá de un Presidente y de dos Vocales, que durarán un año de ejercicio en su cargo, y serán nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal, o por los delegados del D.F. según sea el caso.

El artículo 632 del multimencionado Código Civil vigente, señala las funciones principales de este órgano

1) Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar, una lista de las personas de la localidad que puedan desempeñar la tutela o curatela.

2) Velar por que los tutores cumplan con sus deberes, primordialmente con su educación y dando aviso de alguna omisión al Juez.

3) Dar aviso al Juez, cuando conozcan que los bienes de un incapacitado están en peligro, para que tome las medidas necesarias.

4) Dar aviso al Juez, en caso de que el pupilo no tenga tutor.

5) Cuidar que los recursos que se destinan a la educación y alimentos del menor, sean utilizados para tal fin, y en caso de ser personas enfermas, ebrias o adictas a estupefacientes, cuidar de su regeneración.

6) Vigilar que se efectúe el inventario de los bienes del pupilo.

d) Curador. Este órgano lo tendrá toda persona sujeta a tutela, excepto los casos de expositos y cuando los menores no tuvieren bienes.

“Mediante la curatela se instituye un vigilante al tutor, para protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a substituir en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de intereses y entre el tutor y el pupilo”.(234)

La palabra curador, proviene del latín curator, derivado de curare, cuidar. En la antigua Roma era la persona que se encargaba de administrar los bienes del menor púber o incapaz.

El curador, no substituirá al tutor en sus funciones, solamente vigilará que desempeñe éste último correctamente las actividades que le designa la ley. Entre otras obligaciones, que tiene, en relación a los bienes del pupilo, se encuentran las siguientes:

- 1) Defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él.
- 2) Vigilar la conducta del tutor, en el desempeño de sus funciones, dando aviso al Juez de todo aquello que a su juicio, pueda causar daño al incapacitado.
- 3) Dar aviso al Juez para el nombramiento de un tutor, a falta o abandono del primero.
- 4) Promover la información de idoneidad de los fiadores comprometidos con el tutor, en garantía de sus responsabilidades.
- 5) Vigilar el estado de las fincas dadas para asegurar la garantía acabada de citar, así como los bienes dados en prenda por el mismo concepto.
- 6) En general, intervenir en los actos previstos por la ley, como la formación de inventario oportuno y la concesión de licencias judiciales para enajenar, gravar y transigir.

Los caracteres de la curatela son los siguientes:

- a) "Unidad. A semejanza del tutor, ningún incapaz podrá tener al mismo tiempo más de un tutor y curador definitivo.
- b) Personal. Tomando en consideración que su función es la de sustentar los derechos del menor en juicio, vigilar y cuidar al tutor, el cargo deberá desempeñarse por la misma persona que hubiere sido designado por el testador o que hubiere sido designado por el Juez, en los casos de la tutela dativa y legítima. Por tanto, el curador no podrá delegar sus funciones en terceros, ni menos en persona que sea pariente en cualquier grado de línea recta o dentro del cuarto grado colateral".(235)

Sabemos que este cargo es remunerado de acuerdo a la ley, y al arancel de Procuradores.

Los órganos de esta institución, tan importante en la sociedad, nos damos cuenta que en ocasiones, ni siquiera el nombramiento de curador es oficial, por la naturaleza de la situación que atraviesa principalmente en los expósitos, incluso hay padres desconsiderados que entregan a sus hijos a otras personas para que se hagan cargo de ellos y no saber más de su responsabilidad, esta situación es a su vez caritativa y humilde, ya que las personas que aceptan esta situación son consideradas responsables.

En este trabajo, una de nuestras propuestas, es reformar la ley, en el sentido de reducir los órganos tutelares, de acuerdo al artículo 454 del Código Civil, sólo debería regular como tales al tutor y al Juez, ya que el Consejo Local de Tutelas sólo genera gastos públicos, y es muy corto el tiempo del desempeño de quienes lo conforman; de acuerdo al

artículo 631, debido a que en un año no es posible que conozcan todos los asuntos relativos de las diversas tutelas que se manejan, asimismo consideramos que esas facultades que tiene dicho Consejo, de vigilancia y de información respecto a la tutela, también las tienen el tutor y el Juez, por lo que es inútil su existencia.

Otra de nuestras propuesta en esta tesis, es la imposición de un curador judicial por cada cinco Juzgados Familiares en el Distrito Federal, para que auxilie al desempeño de sus actividades al Juez cuando éste se lo solicite, pudiendo ser relevado por otro, cada sexenio presidencial, y que a su vez el DIF, proporcione al Tribunal Superior de Justicia, durante ese periodo, la lista de las personas aptas para el desempeño de dicho cargo, evitando el nombramiento de uno por cada incapaz o menor de edad, y desempeñando las funciones que señala el artículo 632 de nuestra ley, asimismo, si el tutor debe entregar al Juzgado Familiar respectivo anualmente las cuentas de la tutela, no es necesario que los otros dos órganos existan.

El cargo de los curadores judiciales, debido a que su nombramiento lo hará el Juez Familiar, será remunerado por el Tribunal Superior de Justicia, debiendo ser vigilados por el mismo Juez, y su desempeño será siempre en forma personal.

El curador, deberá estar pendiente del desempeño de las actividades del tutor, por lo que hará entrevistas al mismo mensualmente, en las que revisará la correcta administración de los bienes, así como la mejora en la persona del menor si está enfermo, y que el porcentaje destinado a alimentos, educación y salud sean debidamente distribuidos.

El curador, deberá auxiliar al Juez Familiar anualmente, con la revisión de las actas que entrega el tutor, de la administración de los bienes.

Vigilará el curador, que al otorgar el cargo de tutor a una persona, declare correctamente el inventario de los bienes del menor, pero en el supuesto de que el menor o incapaz no tuviera tutor, ni familia, pero que tenga bienes, el Juez dentro de su lista de personas idóneas para el desempeño de la tutela dativa, nombrará una, dicha lista la proporcionará el DIF.

"El curador, dará aviso al Juez para que haga nuevo nombramiento de tutor, ello a falta o abandono de los deberes que a este corresponden".(236)

Cualquier persona, que conozca de otra que carece de padre de familia o tutor testamentario o legítimo, deberá dar aviso para que lo ponga en conocimiento al Juez Familiar.

Si el curador, incumple con las disposiciones que el Juez de lo Familiar le ordene, será responsable de los daños y perjuicios que se generen al pupilo.

El tutor que abandone a su pupilo, cometerá un delito, el que será sancionado de acuerdo al Código Penal como abandono de persona, además de pagar los daños y perjuicios que se generen por dicha omisión.

En caso de que el tutor testamentario, o legítimo no esté en aptitud de asumir el cargo por alguna de las excusas reguladas, el Juez nombrará uno dativo, pero si la persona posteriormente vuelve a ser apta para asumir el cargo, podrán hacerlo.

El Doctor Julián Góitrón Fuentevilla, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, titular de la materia de Derecho Civil y Familiar, en su libro titulado *¿Qué es el Derecho Familiar?* primera parte, nos hace una serie de importantes comentarios, respecto a diversos temas de Derecho Familiar, pero lo que concierne a nuestro tema, en la página 266, habla del significado en México, de la institución de la tutela, señalando *¿qué es un cargo de naturaleza cuasi paterno familiar?, ¿o es un negocio?*, pues en muchas ocasiones nos damos cuenta de que se quiere asumir el cargo, no tanto para atender las necesidades del incapaz, sino más bien obtener un provecho en cuanto a sus bienes en caso de que los tenga, vamos a señalar lo que opina el Doctor, respecto a lo que estamos comentando:

“EL NEGOCIO DE LA TUTELA. El ejercicio de la tutela, plantea graves problemas para el pupilo y para el incapaz. Grandes negocios se han realizado al amparo de esta institución, y en muchos casos con la complacencia de los Jueces Familiares, la tutela es una institución pública en la cual tienen interés la sociedad y el Estado. Normalmente ésta aparece, cuando no hay quien ejerza la patria potestad, en el entendido de que son los padres y los abuelos paternos o maternos, quienes tienen ese derecho. La tutela testamentaria, la legítima y la dativa, persiguen la guarda de la persona y los bienes de quien se encuentra sujeto a ella.

La ley, permite que la tutela se ejerza por personas que reúnan ciertas características, como la honestidad, edad suficiente, y juicio de discernimiento; modo adecuado de vida, y sobre todo, tener la vocación de proteger a un menor o a un incapaz. En oposición, no pueden ser tutores los menores edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, los sordomudos, los analfabetas, así como los ebrios consuetudinarios y los adictos a drogas enervantes, en la hipótesis antes citada, el cargo de tutor, dura mientras subsista la interdicción.

La ley, sanciona a las personas que hayan observado mala conducta para inhabilitarlas, a fin de que no puedan ejercer el cargo de tutor. Entre éstas comprende a quienes hayan cometido delitos patrimoniales, como son el robo, el abuso de confianza, estafa, fraude, o delitos contra la honestidad. Igualmente quienes tengan conflictos económicos con el pupilo o el incapaz. Tampoco pueden ser tutores, los Jueces, Magistrados y otros empleados de la administración de justicia, o quienes padezcan una enfermedad crónica y contagiosa.

Para el caso de que ya hubieren sido nombrados, serán separados del cargo de tutor, quienes no hayan dado la caución correspondiente, se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, no rindan las cuentas que la ley señala, o se conviertan en incapaces.

Por otra parte, la ley permite excusarse de ser tutores, a los empleados y funcionarios públicos, a los militares en servicio activo, a quienes tengan bajo su patria potestad a tres o mas hijos, o a quienes fueren tan pobres que no pudieran atender al desempeño de la tutela. Igualmente, quienes tengan mal estado de salud habitual, o sean demasiado ignorantes. Por otro lado, la edad de sesenta años o tener otra tutela, también son causas para excusarse del desempeño de esa institución.

A pesar de todas las consideraciones anteriores, la mayoría de las veces, como hay intereses económicos muy fuertes en juego, se traiciona la confianza del menor o del mayor incapaz, propiciando la designación de tutores que satisfacen más sus intereses personales, que los de las personas sujetas a tutela; en esto el Juez Familiar y la lista de las personas sujetas a tutela; en esto el Juez Familiar y la lista de las personas que laboran año con año, para elegir de ahí a los tutores, deja grandes ganancias a quienes intervienen en esta función, con detrimento de la familia y los menores. (237)

Efectivamente como lo señala el Dr. Guitrón, la tutela en México se ha convertido en un negocio, debido a que las personas que la asumen, pueden medir el beneficio que le causare, no cumpliendo con su verdadero objetivo, que es el de suplir a la patria potestad a falta de quienes la pueden ejercer.

Es evidente que el cargo de tutor subsiste hasta que concluye la incapacidad o interdicción del incapaz, por lo que es necesaria la investigación que se le hace al tutor en cuanto a su honestidad y vocación para asumir el cargo.

Señala el Doctor, que las personas que han cometido ilícitos, deben ser inhabilitadas para el desempeño de la tutela ya que gozan de una reputación dudosa; tampoco pudiendo ser tutores los Magistrados, Jueces y empleados de la Administración de Justicia.

Pero como en la tutela se manejan intereses económicos a veces sorprendentes, es más importante para ellos resolver esos problemas, que preocuparse por la recuperación en su caso, o bienestar del pupilo.

VI.- CONSTITUCION DE LA TUTELA

Para que pueda constituirse la tutela, deben cumplirse una serie de supuestos, el primero de ellos, es que existan personas que no se encuentren sujetas a patria potestad y tengan incapacidad natural o legal.

Se parte del supuesto de la existencia del menor o incapacitado, pero siempre y cuando la tutela se declare judicialmente, en términos del Código del Procedimientos Civiles.

Son considerados menores de edad, aquellas personas que no han cumplido los dieciocho años de edad, como lo señala el Código Civil, y son incapaces aquellas personas mayores de edad que se encuentran perturbadas de su inteligencia, los adictos a sustancias tóxicas, psicotrópicos o estupefacientes. No obstante con esa explicación, se tiene que comprobar dicho estado.

Se debe acompañar acta de nacimiento, dicha aclaración se hará de plano, de lo contrario se citará al tercer día en audiencia al Ministerio Público, y si es posible al menor, para que a la vez mediante la información de testigos, haga la declaración correspondiente.

Ordinariamente la organización de la tutela es bien simple. La tutela se ejercerá por un solo tutor, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal. Sin embargo existen circunstancias en las que podrá ejercerse por varios tutores, por lo regular al referirse a los bienes".(238)

Existen varias circunstancias, por las que un menor puede estar sujeto a tutela, entre las que encontramos:

a) Terminación de la patria potestad, como primer caso está el que no exista la patria potestad, porque ésta se hubiere acabado con la muerte del que la ejerce, si no hay persona en quien recaiga .

b) Adoptados. Este es un caso diferente a los otros, ya que quien ejerce la patria potestad sobre el menor, son únicamente él o los adoptantes, y a la muerte de ellos, si existe testamento, deberá habersele nombrado tutor testamentario al menor, si se omitió el Juez nombrará uno dativo.

c) Emancipados. Se produce al contraer nupcias el menor, pero requerirá de un tutor dativo, para negocios judiciales, en caso de divorcio, se le deberá nombrar uno legítimo.

d) A la pérdida de la patria potestad. Sea por condena, divorcio o delito, y no exista otra persona que de acuerdo a la ley pueda ejercerla, se deberá nombrar un tutor para este menor.

e) Suspensión de la patria potestad. Puede sufrirla un menor, por lo que se deberá nombrar tutor, pues entre otras circunstancias se prevén las siguientes:

1) Incapacidad de quien ejerce la patria potestad, siempre que sea declarada judicialmente, y no hubiera quien la ejerciera.

2) Ausencia declarada en forma. Suspense la patria potestad, y al igual que en los otros casos se nombrará tutor sino existen otras personas que puedan ejercerla.

3) Culpabilidad. Es el caso en que pueden por sentencia condenatoria, declararse dicha suspensión, puede ser civil o penal.

f) Menores abandonados. Aún cuando éstos expósitos no tengan bienes, se les deberá nombrar tutor, que por lo regular, son las casas de beneficencia pública o privada, incluidas u hospicios.

Lo que concierne a los incapacitados, debe sujetarse a lo dispuesto por el Código Civil, y en el Código de Procedimientos Civiles.

g) Sordomudos. Que no sepan leer ni escribir.

h) Designación del tutor. Lograda la sentencia que declare el Estado de menor edad o incapacidad, como requisito previo para la constitución de la tutela. Se hará dicho nombramiento".(239)

Las personas que pretenden ejercer dicho cargo, deben contar con la suficiente capacidad moral y buenas costumbres.

En las causas de exclusión, están previstas las siguientes:

I) "Incapaz. No pueden ser menores de edad los que pretendan ser menores.

II) Inhabilitación. Que proceda de un delito, principalmente patrimoniales que es esencial la honestidad para el desempeño de la administración de los bienes.

III) Inhabilitación. Procedente por inmoralidad, ya que aquellas personas que pretendan ser tutores, hayan sido removidos de otras tutelas por haberse conducido mal en su cargo, asimismo que tengan un modo desconocido de vivir o notoria mala conducta.

IV) Aquellas personas, que por razón de su función pública no puedan hacerse cargo de una tutela, como lo son los Jueces, Magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia, así como los empleados públicos de hacienda, que tengan responsabilidad pecuniaria actual.

V) Por razón del domicilio. No se pueda ejercer la tutela, ya que debido a la distancia sea imposible su realización.

VI) Por razón de enfermedad. Aquellas personas que padezcan enfermedad crónica o contagiosa, por lo que será necesario nombrar otro tutor".(240)

VII.- DESEMPEÑO DE LA TUTELA

Este desempeño, se generará en un estado jurídico, con la participación de los órganos tutelares y el pupilo.

La tutela. "Esta institución, es generada por el derecho, y que toma en cuenta para atribuirle consecuencias que se traducen en deberes, obligaciones y derechos constantes, de tal manera que seguirá surtiendo efectos todo el tiempo en que permanezca".(241)

La tutela, permanecerá todo el tiempo necesario, hasta que el menor deje de serlo y el incapaz también, pero al igual que al inicio, deberá existir una sentencia judicial, para lo cual deberán seguirse las reglas que se observan en el juicio que tuvo por objeto la interdicción del incapaz o por su muerte, ello regulado por el artículo 905 fracción VII del Código de Procedimientos Civiles.

Las obligaciones, no sólo son para el tutor, sino que el pupilo deberá al igual respeto a su tutor como las obligaciones y deberes que los hijos tienen a sus padres, se trata de una institución sustituta de la patria potestad, de ahí la postura de esta tesis, al señalar la imposibilidad del tutor en contraer nupcias con su pupilo.

Para un buen desempeño de la tutela, existe una clasificación, en cuanto derechos y obligaciones que debe cumplir el tutor, entre las que se encuentran, las relaciones del pupilo, la representación en todo tiempo del menor o incapacitado, y por último la administración de los bienes del pupilo.

Persona del pupilo. El tutor, debe cuidar del pupilo, no sólo sus bienes, sino que debe procurar en todo momento, que sea debidamente alimentado, vestido, cuidar su salud; en caso de que sea menor de edad, procurar que aprenda un oficio, o estudie una carrera.

En cuanto al cuidado del pupilo, si este se encuentra en el supuesto del artículo 450 fracción II del Código Civil (los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, y aquellos que padezcan alguna afección originada por una enfermedad o persistencia de carácter físico, psicológico o sensorial por adicción a sustancias tóxicas) deberá estar al pendiente de la salud mental, y física del pupilo, debiendo procurar todo ello como si fuera un padre de familia.

Deberá el tutor, destinar los recursos del incapacitado, a la curación de sus enfermedades o a su regeneración, si es ebrio consuetudinario o abusa de estupefacientes.

El tutor, esta obligado a presentar al Juez de lo Familiar en el mes de enero de cada año, el certificado clínico de dos médicos psiquiatras, en cuanto al estado del incapaz, el Juez deberá tomar las medidas que estime convenientes para mejorar su condición.

Lo que concierne a la educación del menor, no sólo comprende la instrucción primaria, sino toda la educación necesaria para que tenga una profesión, para lo que serán destinados un porcentaje de sus bienes para ello.

Si el testador, destinó en su testamento una carrera determinada para su hijo, el tutor deberá cumplirlo, salvo el caso en que el Juez no lo autorice, artículo 539, 540 y 541 del Código Civil.

Si hablamos de alimentos, nos percatamos de que el tutor, esta obligado a darlos al pupilo, de acuerdo a su nivel económico y condición.

Los alimentos, de acuerdo al Código Civil, el artículo 308 señala, "comprende, la comida, vestido, habitación y la asistencia en caso de enfermedad.

Respecto de los menores, los alimentos comprenden además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo, y circunstancias personales".(242)

El Juez , fijará una cantidad que habrá de destinarse a los alimentos del menor, que puede modificarse según las circunstancias presentes o futuras.

En caso de que las rentas del menor no sean suficientes para la alimentación y educación, el Juez decidirá si deberá aprender un oficio, o adaptarse otro medio para evitar la enajenación de los bienes y sujetar esas necesidades a dichas rentas.

El tutor, exigirá judicialmente la prestación de alimentos a los familiares que tengan obligación de proporcionarlos si el pupilo no cuenta con los suficientes medios para sobrevivir, asimismo el curador debe cumplir con esta obligación.

En caso, de que no existan personas obligadas a dar alimentos a los pupilos, su tutor se encargará de que sean alimentados y educados a costa de las rentas públicas del Distrito Federal, esto de acuerdo al artículo 545 del Código Civil.

Para finalizar, hablaremos de la representación, que es una "figura jurídica típica del Derecho de Familia. Tiene por objeto suplir la ausencia de capacidad de obrar de algunas personas. A diferencia del contrato de mandato, que supone necesariamente la capacidad del mandante para otorgar el contrato, en la representación legal o necesaria, se parte del supuesto de la incapacidad del representado. Por ello, la ley establece la representación legal cuyas características también señala".(243)

De acuerdo al artículo 537, el tutor está obligado a representar al pupilo en juicio y fuera de él, y en todos los actos civiles, salvo los personalísimos (matrimonio, divorcio, adopción etc.)

La representación es personalísima, y el tutor no pueda delegarla, por lo que los cargos de tutor y curador corresponden a personas que se designan por sus cuidados morales y de administradores, a efecto de que quede garantizado el objeto de la tutela.

VIII.- BIENES QUE PROTEGE LA TUTELA

Como sabemos, una de las obligaciones del tutor, es la administración de los bienes del pupilo, por lo que antes de poder hacerlo deberán nombrarse previamente al curador, quien se encargará de vigilar todo aquello que haga el tutor, de lo contrario, será responsable de los daños y perjuicios que cause al incapacitado, así mismo pudiendo ser separado de la tutela por esa causa, esto lo señala el artículo 535 y 536 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 535: "Cuando el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a la administración sin que antes se nombre curador, excepto en el caso del artículo 492.

Artículo 536: El tutor que este a la administración de los bienes sin que haya nombrado curador, será responsable de los daños y perjuicios que cause al incapacitado y, además, separado de la tutela, más ningún extraño puede rehusarse a tratar con el judicial o extrajudicialmente alegando la falta de curador".(244)

El tutor, deberá efectuar inventario de los bienes del menor antes de poder asumir al cargo, en efecto el tutor no es completamente libre de administrar los bienes del menor como lo desee, sino que existen limitaciones para el desempeño, entre la que tenemos:

1) "Consultar al menor, respecto de las facultades de administración, siempre que tenga dieciséis años y su incapacidad sea natural.

2) La administración de los bienes objeto del trabajo del menor, será hecha por él, como lo señala el artículo 537 fracción IV del Código Civil, comparándola con lo que señala el artículo 429 de la misma ley que dice, que los bienes producto de su trabajo, podrán ser administrados por si mismo.

3) Tratándose de los casos, en que se requiera autorización de un cónyuge para efectuar un acto, y el tutor sea el otro, deberá el Juez dar su consentimiento.

4) Se requiere de autorización judicial, en los casos en que deba autorizar el monto destinado a alimentos del incapaz, fijar dentro del primer mes de ejercer el cargo, la cantidad que deberá invertirse en gastos de administración, cuando se trate de gravar o enajenar bienes del pupilo, al pretender hacer el tutor pago de créditos con los bienes del incapacitado; dar en arrendamiento los bienes inmuebles por mas de cinco años, así como recibir prestamos a nombre del incapacitado".(245)

Sin embargo, el tutor no podrá realizar actos como:

1) Los personalísimos, como el contraer matrimonio con su pupilo.

2) Aceptar para sí o para título gratuito u oneroso la cesión de algún derecho de crédito contra el incapacitado.

3) Efectuar donaciones.

4) Rechazar las donaciones, legados y herencias que se dejen al incapacitado, como lo señala el artículo 579 del Código Civil.

El inventario, lo efectuará el tutor, solemne y circunstanciado, lo que constituye el patrimonio del incapacitado.

Solemne, significa que deberá ser judicialmente y circunstanciado, es decir con todo detalle, deberá describirse la ubicación en los inmuebles, características, colindancias y demás particularidades de los bienes muebles, el avalúo lo harán valuadores oficiales.

La obligatoriedad de hacer el inventario, no deberá ser dispensada, ya que una de las características de la institución de orden público.

Si el inventario no estuviere formado, el tutor se limitará a la protección de la persona, y conservación de los bienes de su pupilo.

Los bienes que se adquieran con posterioridad al inventario, deberán incorporarse inmediatamente con las mismas formalidades que los del inventario inicial.

Si se pretende modificar el inventario, sólo se hará mediante autorización judicial, si se omitió inventariar algunos bienes se podrán incluir posteriormente, artículo 553 Código Civil.

La administración de los bienes genera gastos, los cuales serán a cargo del pupilo, por lo que dentro del primer mes de haber asumido su responsabilidad, deberá señalar lo que conviene al pupilo y lo que no, para que el Juez autorice el gasto de administración.

El dinero que sobre, una vez cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, deberá ser invertido dentro de los tres meses siguientes a partir de que se haya reunido la cantidad de dos mil pesos sobre hipoteca, teniendo el precio de la finca, sus productos y la depreciación que puede sobrevivir al realizarla.

IX - PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA TUTELA

Podrán ser tutores, todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecida en la ley. (246)

Según ya se indicó con anterioridad, el Derecho Español, que podemos citar como el más apegado a la división tripartita de la tutela, admite las tres clases de tutela, la testamentaria, legítima y dativa

Respecto de la tutela testamentaria, no sólo podía nombrarse en testamento, para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, el padre o la madre, sino que también pueden designar tutor a los mismos menores o incapacitados, quien les deje herencia o legado de importancia.

Así el artículo 206 del Código Español que nos ocupa, establece que el padre, puede nombrar tutor y protutor para sus hijos menores, y para los mayores incapacitados, ya sean legítimos, naturales reconocidos, o alguno de los ilegítimos, a quienes está obligado a alimentar.

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

Conforme al artículo 207 del propio Código, también puede nombrarse tutor a los menores o incapacitados, quien les deje herencia o legado de importancia. El nombramiento, sin embargo, no surtirá efecto hasta que el Consejo de Familia haya resuelto aceptar esa herencia o legado.

Las facultades de los padres, se consignan en el artículo 208 del Código Civil que tanto el padre como la madre, pueden nombrar un tutor para cada uno de sus hijos, y hacer diversos nombramientos, a fin de que substituyan unos a otros, los nombrados. En caso de duda, se entenderá nombrado un sólo tutor para todos los hijos, y se discernirá el cargo al primero de los que figuren en el nombramiento.

Parece excusado, advertir que el nombramiento de tutor no puede surtir efecto, mientras haya uno de los padres llamando a ejercer la patria potestad y que se halle en el ejercicio de las misma, toda vez que la tutela para los menores no puede abrirse, únicamente cuando se haya extinguido la patria potestad. Así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia española.

El Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 470 señala, "el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado, deben ejercer la patria potestad conforme a los

dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo".(247)

En primer lugar, podemos señalar que son aquellas personas que por lo regular van a ser tutores testamentarios, legítimos o dativos, en el primer caso, ejercerá la tutela aquel que se le discierna el cargo por decisión testamentaria del de cujus, en el caso de la tutela legítima, todos aquellos familiares que señala la ley, como lo pueden ser abuelos, hermanos, o tíos más cercanos al incapaz; para concluir, la tutela dativa es aplicada por el Juez, quien se encargará de nombrar a un tutor dativo quien podrá ejercer el cargo.

"Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados se permite, púes que sean tutores tanto las asociaciones como las fundaciones; se excluye expresamente a las sociedades, y se exige que dentro del objeto específico de la persona jurídica encaje la protección de menores e incapacitados".(248)

X.- DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TUTOR

"El desempeño de la tutela, es un deber solidario familiar, sin embargo el menor, debe ser protegido en todos los sentidos a efecto de que las instituciones públicas atiendan la protección dichas personas".(249)

Las funciones del tutor, son obligatorias, como lo es la honorabilidad en el cargo, aún cuando sean retribuidas; son personales ya que no es una función transmisible a herederos a excepción de que tienen que entregar cuentas de sus actos a administración al Juez.

En principio, el cargo debe ser gratuito, sin embargo el Juez, toma en cuenta lo que debe hacer, y considerando la necesidad del tutor, se le remunerará en sus gastos.

De acuerdo a lo que señala el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 537, que el tutor principalmente esta obligado a:

- 1) Alimentar al incapacitado.
- 2) Destinar los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o regeneración.
- 3) A formar un inventario solemne de lo que constituya el patrimonio del incapacitado, ello durante el tiempo que designe el Juez o con autorización del curador.
- 4) A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración, cuando sea mayor de dieciséis años y con aptitud mental.
- 5) A representar al incapacitado en juicio y fuera de el en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, reconocimiento de hijos o testamento.

6) A solicitar la autorización judicial, para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella".(250)

El tutor, tiene obligaciones antes de asumir sus funciones, entre las que se encuentran:

1) Efectuar el inventario de los bienes del menor ya que no puede asumir su cargo hasta no haberlo hecho, ello a efecto de saber que va a administrar y que cuentas va a entregar después de que concluya su cargo.

2) Reunir al Consejo de Familia. El cual debe convocarlo en un plazo breve; por lo que el Consejo, a su vez deberá en todo caso nombrara tutor sustituto si llegare a faltar el ya nombrado, fijar el monto de los gastos anuales para su sostenimiento, o para la administración de sus bienes, determinar que el tutor se obligue a invertir el excedente de las rentas del menor.

Durante su gestión, el tutor esta sujeto a una obligación general que la ley formula en los siguientes términos: Administrar los bienes del pupilo como un buen padre de familia.

" Las funciones en principio son, obligatorias, salvo los casos de excusa que arriba hemos cuidado de precisar y pormenorizar. En cambio, cuando el tutor es nombrado por el Juez de lo Familiar, aquél puede eximirse del cargo que se le confiere".(251)

Esto, debemos analizarlo como el deber del tutor, para que los bienes del pupilo produzcan todos los beneficios susceptibles, es decir invertir los bienes del incapacitado para que produzcan lo más que se pueda, conservar el patrimonio del pupilo, e impedir que perezca, aumentar hasta donde sea posible el activo del pupilo, a fin de capitalizar el excedente de las rentas.

La responsabilidad del tutor, inicia cuando conoce del hecho, por virtud del cual se haya investido de esa función.

Otra de las obligaciones del tutor, es conceder garantía al menor, ello en los casos en los que lo requiera la ley.

Debe separarse al tutor de la tutela, siempre que sobrevenga algún hecho que lo hubiera incluido de ella, el retiro de la tutela se llama destitución, ello comprende determinarlo al Consejo de Familia.

Se sabe que el desempeño del oficio tutelar, debe ser gratuito, ya que es un manus civicum en interés de la colectividad nacional, por lo que el tutor o curador no pueden eximirse de aceptarlo, sin embargo la ley civil, señala que el tutor tiene derecho a una remuneración, ello en lo dispuesto en el artículo 585, el cual señala que el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o

extraño que conforme a derecho, nombre en su testamento, pero tratándose de tutela legítima y dativa, el Juez señalará el monto.

El artículo 586 del Código Civil, señala que la retribución mencionada será del 5% al 10% sobre las rentas líquidas de dichos bienes, por lo que si esos bienes tuvieran un aumento de sus productos líquidos, aumentará la remuneración hasta en un 20% pero para ello, y deben haber transcurrido por lo menos dos años de acuerdo al artículo 588 de la misma ley.

XI.- DE LAS INCAPACIDADES PARA EJERCER LOS CARGOS DE TUTORES Y CURADORES

Primeramente, sabemos que para desempeñar estos cargos, es necesario que se haga por personas que estén en pleno ejercicio de su capacidad civil, y que tengan condiciones de moralidad y rectitud acreditadas, y no tengan incapacidad natural o legal, y que puedan actuar con intereses encontrados como el actuar en circunstancias de parcialidad o enemistad con el incapaz.

Cabe señalar, que dentro de las incapacidades absolutas se distinguen las físicas como lo son; la menor edad, enfermedad, sexo, etc., de las morales, la mala conducta, la embriaguez, la condena por determinados delitos, la infidelidad al cargo, etc. y otras que no implican imposibilidad física pero que si dificultan el ejercicio, del cargo como, la falta de residencia en la localidad, el desempeño de las funciones públicas administrativas, judiciales o militares.

Para el desempeño de las funciones del tutor, exigen experiencia en los negocios y madurez del juicio, en una palabra, ciertas aptitudes que no se encuentran siempre. Tal es la razón de las diversas incapacidades para ser tutor.

Los menores de edad, no pueden ser tutores ni curadores por razón obvia de su problema, ya que no tienen la capacidad de ejercicio.

Por analogía, ha de decidirse lo mismo tratándose de los enajenados no sujetos a interdicción, internándose una casa de salud, o de que sean cuidados en su domicilio.

La ley, no declara incapaz al pródigo provisto de un asesor judicial, es decir la prodigalidad no impide ser un hábil y honrado administrador. Tampoco, demuestra una falta de inteligencia. Por tanto ninguna razón había para excluir de la tutela a los pródigos, pero si su conducta demuestra incapacidad o infidelidad, el Consejo de Familia puede excluirlo.

Los menores, por su propia naturaleza, no pueden ser sujetos capaces para atender la tutela, ya que las funciones del tutor exigen experiencia en los negocios, por lo que una

persona de estas necesita protección de otra, sin embargo la ley establece como excepción a los padres.

Cabe señalar que la ley, no declara incapaz al pródigo previsto de un asesor judicial. Esta prodigalidad no impide ser hábil y honrado administrador, ello no demuestra una falta de inteligencia, pero si su conducta demuestra incapacidad o infidelidad, el Consejo de Familia puede excluirlo.

Antiguamente, las mujeres tenían incapacidad para las gestiones de negocio, a los cuales por lo general permanecían extrañas, el propio Código Civil, las declaraba incapaces en materia de la tutela, pero actualmente su incapacidad ha sido suprimida.

El Código Napoleón, estableció una excepción en favor de la madre y de las ascendientes: le confiere la tutela legal y autoriza al Consejo de Familia para designar a una ascendiente tutora.

La ley del 2 de julio de 1907, reformó el artículo 142, y suprimió la incapacidad de las mujeres en materia de tutela tratándose de los hijos naturales a fin de que el tribunal pueda nombrar como tutelar de los menores abandonados, a las personas caritativas que los hayan recogido, que frecuentemente son mujeres.

Por último, la ley del 20 de marzo de 1917 concedió a las mujeres, de manera general el derecho de ser nombradas tutoras sustitutas y miembros del Consejo de Familia, y para ello reformó varios artículos del Código Civil que excluían a las mujeres de esas funciones".(252)

El artículo 503 del Código Civil para el Distrito Federal, señala las incapacidades para asumir el cargo las siguientes:

- 1) Los menores de edad.
- 2) Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- 3) Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado.
- 4) Los que, por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o la inhabilitación para obtenerlo.
- 5) El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad.
- 6) Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta.
- 7) Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;
- 8) Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del Juez, a no ser que el que nombre tutor o testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento.

9) Los Jueces, Magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia;

10) El que no esté en domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela.

11) Los empleados públicos de hacienda que, por razón de su destino, tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto.

12) El que padezca enfermedad crónica contagiosa.

13) Los demás a quienes lo prohíba la ley".(253)

"Evidentemente una persona sujeta a interdicción, no podría legalmente desempeñar el cargo de tutor de otro.

Una persona que hubiese intentado judicialmente contra el menor un proceso en el que estuviere en juego el Estado Civil del mismo, su fortuna o un parte considerable de sus bienes, tampoco podrían serlo".(254)

XII - CLASES DE TUTELA

Desde la época Romana como lo hemos venido analizando, la tutela no ha diferido, ya que en cualquier época se ha dividido en tres ha saber; testamentaria, legítima y dativa.

El Código Civil para el Distrito Federal regula en su artículo 461.

Artículo 461: "La tutela es testamentaria, legítima y dativa".(255)

Puede suceder que exista un tutor ya designado, por lo que el padre de familia tendrá que hacerlo saber en su testamento, ello siempre que ejerza la patria potestad sobre un menor, y previniendo su muerte hacen valer esa disposición, la persona nombrada debe merecer honor y la carga de asumir el cuidado de la persona y bienes del menor o del incapacitado artículo 479 del Código Civil.

Sin embargo, puede suceder que los padres nada hayan dispuesto, por lo que corresponderá asumir el cargo de tutores a los parientes más cercanos, como lo señala el artículo 483 de la ley sustantiva.

"Por último, puede que los padres del menor no hayan dispuesto un tutor en su testamento antes de morir, ni existen familiares que puedan asumirla, por lo que el artículo 495 del Código Civil regula un tipo de tutela que se llama dativa, la cual será designada a una persona ajena al menor, nombrada por el Juez Familiar".(256)

XIII.- TUTELA TESTAMENTARIA

El Código Civil para el Distrito Federal, no señala el concepto de esta institución, solamente menciona quienes tienen derecho de nombrar tutor, sin embargo en la doctrina se ha hecho alusión a varios conceptos que podrían decirnos que es la tutela testamentaria, entre los que podemos mencionar a Roberto de Ruggiero que nos señala:

“La tutela, es un poder que imita en gran parte a la patria potestad; en su especie más importante, la tutela de los menores, que sirve de modelo a las demás, viene a ser un subrogado de la patria potestad, puesto que sólo funcionó cuando ésta cesa por muerte de los padres y por perder éstos la patria potestad”.(257)

Sara Montero, señala el concepto más simple de lo que es esta institución en particular:

“Es la que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley”.(258)

El Código Civil nos señala en su artículo 470, quienes tienen derecho a nombrar tutor, a la letra dice:

“El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tienen derecho aunque fuere menor, de nombrar quien ejerza, con inclusión del hijo póstumo”.(259)

Las características más comunes la institución testamentaria son: su naturaleza es pública, de ahí que deriva la necesidad de que la ley determine las causas de incapacidad, de exclusión, remoción de los oficios tutelares, y de que sujete éstos a la vigilancia de la autoridad judicial; es obligatoria la función, no permitiendo que se niegue a su desempeño el que deba asumirla, o asumida renuncie a no concurrir sino por causas legítimas de dispensa determinadas en la ley, y por último cabe señalar la generalidad del poder conferido al tutor; afecta a la persona y a los bienes del tutelado.

También el Código señala como especie de tutela testamentaria, el derecho de una persona para nombrar tutor para la administración de los bienes que deje en legado o herencia a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, no bajo la de otra persona.

“Solo el último de los padres que muera tiene derecho para designar tutor que lo sustituya después de su defunción. Trátase de un atributo de la patria potestad, en su último acto. Por consiguiente, carecen de este derecho todos los parientes que hayan sido privados de la patria potestad. También se pierde cuando el supérstite no ha conservado la tutela; este ya no puede escoger tutor, en primer lugar por que no puede transferir a tercero una función que no le corresponde ya ni a él mismo y en seguida porque no tiene facultades para destituir al tutor en ejercicio”.(260)

a) NUMERO DE TUTORES QUE PUEDEN NOMBRARSE

En principio, la tutela debe ejercerse solamente por un tutor, ello como lo señala el artículo 455 del Código Civil, lo cual no quiere decir que el ascendiente que sobreviva, no ejerza la patria potestad y nombre tutor o tutores a sus hijos menores, y siempre que se nombren varios, desempeñará la tutela el primero de ellos nombrado, en caso de excusa o remoción, el cargo lo desempeñará el tutor que le suceda.

Si por algún motivo faltare el tutor testamentario nombrado al incapaz, y no se hizo por parte del testador el nombramiento de otro, el Juez hará el nombramiento de un tutor interino conforme a las reglas generales del nombramiento de tutores.

Asimismo, los artículos 454, 456, 457 y 458 señalan cuántos tutores y curadores pueden desempeñar el cargo.

b) SUJETOS CON DERECHO A NOMBRAR TUTOR

El Código Civil nos dice, quienes tienen derecho a nombrar tutor, ello de acuerdo a los artículos 470, 475, 476, 481 y 473, detallaremos esas disposiciones:

I) El ascendiente que sobreviva en cada grado que este ejerciendo la patria potestad. Ambos ascendientes del menor, tendrán derecho a nombrar tutor testamentario al menor, aún siendo menores de edad; si uno de ellos muere antes de que el otro, el nombramiento de tutor que hubiere hecho el testador, no será válida puesto que vive el otro ascendiente quien tiene derecho de nombrar otro tutor para su hijo.

Pero, podría suceder que ambos ascendientes fallecieran al mismo tiempo, se presentaría el caso de la conmuerencia y en sus respectivos nombramientos existieran personas distintas para el desempeño, por lo que el Juez elegirá entre ambos, cual es el más apto para bienestar del menor.

Al respecto el artículo 470 del Código Civil señala: "El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes ejerza, con inclusión del hijo póstumo".(261)

II) El padre o madre que tiene la tutela sobre un hijo incapacitado. Cualquiera de los ascendientes puede nombrar tutor testamentario para su hijo mayor de edad incapaz, al igual si ya falleció uno de ellos, podrá hacerlo el que sobreviva.

En ningún otro caso, habrá nombramiento de tutor al incapaz mayor de edad, si no es por sus padres, ello con fundamento en el artículo 475 del Código Civil.

III) El adoptante. Quien por adoptar a un menor adquiera la patria potestad de un menor, tendrá derecho a nombrar tutor testamentario para su hijo, aplicándose las mismas normas que para la tutela.

La ley, no señala específicamente si el adoptante puede nombrar tutor testamentario para su hijo, pero como tiene de acuerdo a la ley los mismos derechos y obligaciones que los padres respecto a sus hijos, deberá considerarse que tienen el mismo derecho, el artículo 481 del Código Civil regula este derecho.

IV) El que deja bienes por testamento a un incapaz. Si es deseo de una persona que no es pariente del menor o un extraño, dejar bienes por herencia o legado al incapaz que no este bajo su patria potestad, solamente podrá hacerlo para la administración de los bienes que le deja; analizando esta situación nos encontramos más bien en el supuesto de la administración de bienes y no un tutor netamente como lo señala el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, asimismo en su artículo 473 nos señala:

"El que en su testamento, aunque sea menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarse tutor solamente para la administración de los bienes que le deje".(262)

c) SUJETOS PASIVOS DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 450 del Código Civil, tienen incapacidad natural y legal:

I) "Los menores de edad

II) Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial por la adicción de sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto le provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio".(263)

Solamente, puede nombrarse tutor testamentario sobre los hijos o nietos sujetos a patria potestad, o sobre los hijos mayores incapacitados.

Las personas que no ejerzan la patria potestad sobre algún incapaz, sólo podrá nombrarle tutor a efecto de que los bienes que por herencia o legado deje, sean administrados por dicha persona.

Si fueren varios los menores, se podrá nombrar en testamento un tutor común, de lo contrario uno para cada incapaz si es que sus intereses son ajenos a los de otro, pero si se nombran varios tutores será elegido el que haya sido nombrado en primer lugar y será sustituido en el orden de su nombramiento.

Si faltare el tutor testamentario, el Juez podrá nombrar un tutor interino al menor.

El testador, puede imponer todo tipo de normas que crea convenientes, ello siempre que no sea contrario a derecho, pero si perjudicaren al menor, el Juez podrá dispensarlas o modificarlas escuchando al mismo tiempo al tutor y curador.

Si el tutor, no dispensó ciertas reglas para el desempeño de la tutela, se seguirán las reglas generales la tutela.

d) OBJETO DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

Consiste en excluir de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

Cabe señalar, que la patria potestad la ejercen primero los padres o sólo uno de ellos si en que uno de ellos falleciera, después los abuelos paternos y al final a los maternos, ello como lo dispone el artículo 414 del Código Civil.

Asimismo, cabe señalar que en verdadero "objeto del derecho de los que ejercen la patria potestad, no es simplemente eliminar a otras personas del cuidado de los menores, sino nombrar a quien se considere más apto para esa función; responde a la preocupación natural que tienen o padres o abuelos cuando se interrogan acerca de qué será de sus hijos o nietos sujetos a su patria potestad, cuando ellos ya no existan".(264)

Por lo que al nombrar tutor testamentario, de acuerdo a la ley se excluye a las parejas de abuelos, sin embargo si mueren los padres del incapaz, de acuerdo al orden de quien corresponda ejercer la patria potestad, podrá nombrar tutor testamentario.

Si el motivo del nombramiento de la tutela testamentaria, fue originado por que los ascendientes hubieren estado ausentes o incapacitados, la tutela testamentaria cesará al aparecer el tutor o cese el impedimento para ejercer la tutela.

“El objeto, es la preocupación y cuidado que los que ejercen la patria potestad, tienen sobre el menor, y buscan la persona más idónea y adecuada para atenderlo cuando están faltan”.(265)

XIV.- TUTELA LEGITIMA

Concepto: “Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad a cargo de las personas señaladas directamente en la ley”.(266)

El Código Civil para el Distrito Federal, no hace específicamente una definición de lo que es la tutela legítima, únicamente en su artículo 482, nos señala en los casos en que procede. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario, así cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

La tutela legítima corresponde de acuerdo al artículo 483 del Código Civil a:

- I.- “Los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas.
- II.- Por falta o incapacidad de los hermanos a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive”.(267)

La tutela legítima, corresponde a aquellas personas que por su próximo parentesco, deben responder al nombramiento y ejercer el cargo, esta tutela se basa en lazos de parentesco que suponen amistad, afecto y cariño que la hacen preferente a un extraño.

Aquellas personas que acojan a un menor abandonado, tendrán las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores, artículo 492 del Código Civil; en caso de que no existan esas personas, los directores de los centros de beneficencia donde reciban a los expósitos desempeñarán la tutela de estos cargos y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento, artículo 493 del Código Civil.

“Esta tutela es aplicable a los menores e interdicto. En orden a los menores, la tutela legítima funciona en defecto de la testamentaria. Cuando la falta de ésta se deba a omisión del padre, que podía hacerla, no a la imposibilidad jurídica de hacerla, porque en, este caso, procede la tutela dativa, la tutela corresponde de derecho al abuelo y, en defecto de éste, al abuelo materno.

Respecto a los mayores sujetos a interdicción las relaciones entre las especies de tutela son diversas. En primer término, funciona la tutela legítima, porque el testamento no puede excluir al tutor designado por la ley, y el nombramiento testamentario es admitido solamente cuando no pueda haber lugar a la tutela legítima por inexistencia o incapacidad de las personas designadas por la ley”.(268)

La ley regula tres especies de tutela legítima:

- a) Tutela legítima de menores que tiene familia.
- b) Tutela legítima de mayores incapacitados que tienen también familiares que pueden cumplirla.
- c) Tutela legítima de incapaces abandonados.
- d) Tutela legítima de menores que tienen familia. Esta tutela corresponde desempeñarla de acuerdo a los artículos 483 y 484 del Código Civil, a los hermanos prefiriendo a los que sean por ambas líneas; por incapacidad de los anteriores los colaterales dentro del cuarto grado y si hubiere varios, el Juez elegirá al más apto. El menor que hubiere cumplido dieciséis años hará la elección del tutor legítimo.

Al igual que en la tutela testamentaria a falta temporal del tutor legítimo, el Juez proveerá de un tutor interino.

Tutela legítima de los mayores incapacitados, se regula en los artículos 486 al 491 del Código Civil.

Un primer supuesto es el de los cónyuges ya que el marido es tutor legítimo forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido; los padres que estén viudos o incapacitados, será tutor su hijo mayor de edad, habiendo varios se elegirá al que viva con ellos, y habiendo varios dentro de ese supuesto el Juez elegirá al más apto.

También, corresponde a los hijos casados desempeñar la tutela en los supuestos anteriores, si existieren varios, el Juez nombrará al más apto.

Si el incapacitado no tiene cónyuge, hijos mayores ni progenitores, serán llamados a desempeñar la tutela los abuelos, hermanos del incapacitado y demás colaterales dentro del cuarto grado.

Cuando el incapacitado tenga hijos menores de edad sobre los que ejercía la patria potestad antes de ser declarado incapaz; el tutor que se nombrare será también tutor de sus hijos menores, ello cuando no haya otro ascendiente a quien la ley llame para el ejercicio de la patria potestad.

Tutela legítima de dos menores abandonados. La tutela la ejercerá la persona que lo hubiera acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones de acuerdo al artículo 492 del Código Civil.

En caso de que no hubiere alguna persona que hubiere acogido a un menor, serán tutores, los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos y desempeñarán la tutela de estos cargos con arreglo de ley y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento. (269)

Si esos menores abandonados, han sido acogidos por algún establecimiento de beneficencia, el director será el tutor de ellos de acuerdo a los estatutos del establecimiento en cuestión y con arreglo a las leyes. En estos casos no es necesario el discernimiento del cargo.

a) NOMBRAMIENTO DE TUTOR LEGÍTIMO

“No todos los tutores reciben sus facultades de la misma fuente. Unos están encargados de la tutela por ley, en razón de su parentesco con el menor. En este caso se dice que hay tutela legal, antiguamente se decía tutela natural, expresión que aún se encuentra en el proyecto del año VIII”.(270)

De acuerdo a los artículos 482 y 483, señalan en que momento tiene lugar la tutela legítima y a quien corresponde, si la primera tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, así como en caso de divorcio.

Tienen que asumir el cargo de la tutela testamentaria principalmente los hermanos, demás colaterales dentro del cuarto grado, inclusive si hubiere parientes del mismo grado el Juez elegirá al más apto.

En caso de que el menor tenga dieciséis años cumplidos, hará la elección de su tutor.

El nombramiento de ese tutor, será en última instancia por parte del Juez, ya que el elegirá a la persona más apta para el desempeño de las funciones de administración del incapaz.

b) SUJETOS ACTIVOS DE LA TUTELA LEGÍTIMA

Cabe mencionar que el Código Civil para el Distrito Federal de 1932, señala que existen incapacidades e impedimentos para el desempeño de la tutela, que han sido calificadas como inhabilidades, ello en lo dispuesto en los artículos 503 y 505 de dicha disposición.

Artículo 502: “Si el menor se encuentra en el caso previsto por el artículo 500 adquiere bienes, se le nombrará tutor dativo, de acuerdo con lo que disponen las reglas generales para hacer esos nombramientos.

Artículo 503: No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

- I) Los menores de edad.
- II) Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.

III) Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado .

IV) Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo.

V) El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, o por fraude por delitos contra la honestidad.

VI) Los que no tengan oficio o modo de vivir o sean notoriamente de mala conducta .

VII) Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado.

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

IX) Los Jueces, Magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia.

X) El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela .

XI) Los empleados públicos de hacienda que, por razón de su destino, tengan la responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto.

XII) El que padezca enfermedad crónica contagiosa.

XIII) Los demás que prohíba la ley .(271)

Las personas que desempeñaren el cargo, deben ser aptas para ello, es decir deben contar con capacidad de goce y ejercicio.

Al efecto, también son sujetos activos para ese desempeño, aquella persona que de buena fe haya dada asilo y protección a un menor de edad sin que para ello se tenga que discernir el cargo, así como los Directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia pública en donde reciban a los expósitos. Podrán ejercer el cargo de tutor, el marido de la mujer y viceversa.

XV.- TUTELA DATIVA

Concepto: "Es aquella que surge a falta de la tutela testamentaria y legítima, y que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales".(272)

Surge también la tutela dativa, cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados por la ley para cumplirlo.

Procede la tutela dativa:

1) Cuando el padre o la madre supérstite deja de ser tutor antes de su muerte, ya que en estos casos la tutela no se transmite a los ascendientes.

2) Cuando el tutor elegido por el padre o la madre superviviente, cesa en sus funciones por cualquier causa, o cuando es incapaz se excusa desde el principio. El solo hecho de su designación excluye a los ascendientes.

3) Cuando el ascendiente que ejerce la tutela muere, se excusa, sea excluido o destituido, en cualquier momento.

4) Cuando la defunción del padre o madre superviviente no hay testamento ni ascendiente alguno llamado a la tutela. (273)

a) NOMBRAMIENTO DE TUTOR DATIVO

Tiene lugar, cuando no hay tutor testamentario, y cuando el tutor testamentario este impedido temporalmente para ejercer su cargo.

Pueden nombrar tutor dativo:

1) El menor de edad si ya cumplió dieciséis años de acuerdo al artículo 484 del Código Civil.

En este supuesto, el Juez confirmará la elección del menor, ello siempre que convenga a los intereses del incapaz, si posteriormente el Juez no aprueba otro nombramiento hecho por el menor respecto a su tutor, tendrá a su vez que oír el parecer del Consejo Local de Tutelas.

A su vez deberá exponer los motivos por los que se rechaza al tutor que iba a asumir el cargo.

Asimismo el artículo 496, es el fundamento para el nombramiento.

2) El tutor nombrado por el Juez de lo familiar. Corresponde esa facultad al Juez cuando el menor aún no ha cumplido dieciséis años, o juzga impropia a la persona nombrada por el menor, el artículo 497 señala el fundamento para ello.

También dicho artículo, señala que en la lista formada por el Consejo Local de Tutelas, se elegirá a un tutor para el desempeño del cargo en caso que sea necesario, el cual debe tener buenas costumbres y el interés de asistir a la persona.

Aún cuando el incapaz menor, no sujeto a patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima deberá nombrarse tutor dativo aún cuando el menor no tenga bienes.

Para asuntos judiciales de los menores de edad emancipados, siempre deberá designarse tutor dativo, ello en lo dispuesto por el mismo artículo 496.

b) SUJETOS ACTIVOS DE LA TUTELA DATIVA

No solamente hay personas que de acuerdo al parentesco, o porque fueron nombradas por testamento, pueden ejercer la tutela, también se nombra tutor de acuerdo a una lista que propone el Consejo Local de Tutelas o aquella que hace el Juez, además tiene la obligación de desempeñar el cargo aquellos que menciona el artículo 501 del Código Civil ya mencionado:

- I) El Presidente Municipal del domicilio del menor.
- II) Los demás Regidores del Ayuntamiento.
- III) Las personas que desempeñen la autoridad administrativa en los lugares en donde hubiere Ayuntamiento.
- IV) Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional de donde viva el menor.
- V) Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del erario.
- VI) Los miembros de establecimientos de beneficencia pública. (274)

Es irrisorio que el artículo anterior, señale que el Presidente Municipal desempeñará el cargo de tutor así como los Regidores del Ayuntamiento, debido a que el Código Civil regula en el Distrito Federal, y no hace una especificación concreta adaptada a nuestra realidad jurídica, motivo por el que debe ser reformado dicho artículo.

De acuerdo al artículo 511 fracción I, podrán excusarse aquellos que desempeñen algún cargo público, así como si existe otra excusa y el Juez la califique como aprobada, también será válida.

En su libro *¿Qué es el Derecho Familiar?*, el autor Julián Güitrón, hace un comentario sobre lo que es la tutela dativa en nuestro país y señala:

"LA TUTELA DATIVA. Puede ser un buen negocio en México. La tutela dativa es una institución de orden público, que persigue como objetivo principal cuidar a la persona y los bienes de los que no tienen padres o abuelos que ejerzan la patria potestad, o que teniéndolos están impedidos por la ley para ejercerla. También se requiere ser menor de edad o mayor pero incapacitado legalmente. La ley extiende la tutela hasta representar temporalmente a un incapaz. El legislador manifiesta su preocupación continuamente por los bienes del incapaz y en segundo lugar, por su persona. Si aceptamos que la tutela es un cargo de interés público, sólo la ley puede dispensar a quienes no desean ejercerla.

Debe entenderse que la tutela y el tutor en consecuencia, sólo pueden aparecer en el derecho familiar cuando no hay titulares en la patria potestad y, a veces, aún cuando estos existan.

Decíamos, que la tutela puede ser un buen negocio. Si atendemos a que la ley señala tres clases de tutela: testamentaria, legítima y dativa; entenderemos que la testamentaria y la legítima tiene su origen en el acto personalísimo, en que el testador otorga su testamento y en el segundo caso, cuando la ley escoge entre los parientes en quien debe recaer el cargo de tutor. Hasta aquí la situación se presenta casi normal, con las pequeñas diferencias que surgen o pueden surgir en las hipótesis del derecho familiar. Sin embargo, con la tutela dativa sucede otra cuestión. En esta, la designación del tutor y el tutor mismo son personas extrañas al pupilo persona incapaz, sujeta a la tutela, o sea, que el menor o el incapaz mayor de edad deberán confiar en su persona y sus bienes a un tercero, a quien no conocen escogido de una lista de tutores, elaborada anualmente, se dice, de personas intachables; pero, juzgue usted mismo. El tutor dativo procede cuando no hay testamentario ni legítimo. Si el menor no tiene dieciséis años "el nombramiento de tutor lo hará el Juez Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año, por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor", artículo 497 de Código Civil para el Distrito Federal.

Si el menor ya cumplió dieciséis años, podrá designar al tutor dativo, debiendo confirmarlo el Juez Familiar, siempre y cuando este no tenga justa causa para reprobalo, y finalmente, el Juez es quien designará al tutor dativo, el cual le rendirá cuentas a quien lo nombró, si bien está obligado a alimentar y educar al incapacitado, obviamente con el dinero del menor, administrar el caudal, a representarlo en juicio y nuevamente surge la figura del Juez, ya que se debe autorizar oportunamente todos los actos jurídicos que el tutor dativo no puede revisar sin esta autorización, de donde se infiere que el tutor y el Juez podrían ponerse de acuerdo acerca de la suerte de la persona de los bienes del incapacitado. Pero aún hay más. Al entrar el tutor a ejercer su cargo, habiendo sido nombrado por el Juez, este "fijará, con audiencia del aquel el tutor, la cantidad que haya de invertirse en los alimentos y educación del menor, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otras circunstancias.

Por las mismas razones, podrá el Juez alterar la cantidad el que nombró tutor hubiere señalado para dicho objeto, artículo 539 del Código Civil para el Distrito Federal.

Por eso decíamos que la tutela dativa puede ser un buen negocio en México".(275)

Es cierto que la tutela es un negocio en México, y más aún cuando el incapaz no tiene ascendientes, familiares, ni tutor testamentario, en estos casos el Juez deberá de una lista que se tiene en el Juzgado, elegir al tutor dativo, quien se encargará de asumir la tutela y administración de los bienes del incapaz; esto quiere decir muchas veces que si hay un gran caudal de esos bienes, es posible que el solo interés de quien va a asumirla sea por la remuneración que va a obtener, y no por que en realidad le interese el bienestar del menor, pero no solo creemos que sea solo en esta tutela, sino también en la testamentaria y en la legítima.

XVI.- INTERVENCION DEL REGISTRO CIVIL

Como sabemos, el Registro Civil, juega un papel muy importante dentro de la institución de la tutela, ya que da fe mediante su intervención de lo que pasa durante el proceso tutelar, el artículo 35 del Código Civil, nos señala los actos que puede autorizar el Juez del Registro Civil, entre ellos recibir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que sea perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes, por lo que el Juez asentará en formas especiales denominadas "formas del Registro Civil" las cuales serán por triplicado y se harán mecanográficamente.

El Código Civil, en sus artículos 89 a 92, nos señalan lo relativo a las actas de tutela; una vez pronunciado el auto que señale el discernimiento de la tutela y publicado de acuerdo a lo estipulado por el Código de Procedimientos Civiles, el Juez remitirá copia de dicho auto a efecto de que el Juez del Registro Civil levante el acta respectiva; el curador cuidará del cumplimiento de dicha disposición, ya que sabemos que para el discernimiento de este cargo es necesario haber nombrado previamente al curador.

El acta deberá contener:

- I) El nombre, apellido y edad del incapacitado.
- II) La clase de incapacidad por la que se haya discernido la tutela.
- III) El nombre y demás generales de las personas que han tenido al incapacitado bajo su patria potestad antes del discernimiento de la tutela.
- IV) El nombre, apellido, edad, profesión de tutor y curador.
- V) La garantía dada por el tutor, expresando el nombre, apellido y demás generales del fiador si la garantía consiste en fianza, o la ubicación o demás señas de los bienes, si la garantía consisten en hipoteca o prenda.
- VI) El nombre del Juez que pronunció el auto del discernimiento y la fecha de este. (276)

Una vez asentada, los datos antes señalados en el acta, se anotará la fecha de nacimiento del incapacitado.

Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela, habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Por tanto el acta constituye prueba oficial la tutela, ya que existe el hecho por escrito, especialmente se dispone que las resoluciones sobre los cargos tutelares no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones.

Deben inscribirse en apertura y clausura de la tutela, el nombramiento, la exoneración y la remoción del tutor y del protutor, las resultancias de los inventarios y de las rendiciones

de cuentas, y todas las demás providencias que importen modificación al estado personal o patrimonial del menor.

a) REGISTRO DEL ESTADO FAMILIAR DE ACUERDO AL CODIGO FAMILIAR DE HIDALGO DE 1983

Este importante Código, menciona que en la actualidad, la urgencia de llevar a cabo un cambio total relativo al derecho familiar, el cual no debe confundirse con el Derecho Civil como actualmente lo hace nuestro sistema, sin embargo en esta legislación vigente desde 1983, señala el cambio que debe darse en todas las instituciones de Derecho Familiar, y entre ellos el de dar otra denominación al Registro Civil, de que como sabemos la lleva a partir de las Leyes de Reforma de Juárez de 1856, ello para distinguirlo de los registros religiosos, ya que en ese momento histórico pertenecía al estado.

Sin embargo, el actual Código Familiar del estado de Hidalgo señala que el nombre correcto debe ser Registro del Estado Familiar, y el titular de esa dependencia se le denominará oficiales del Registro del Estado Familiar como lo señala el artículo 403 de dicha ley.

"Podemos definir al Registro del Estado Familiar, como la institución administrativa, sin personalidad jurídica, dependiente del ejecutivo estatal, que está representada por los oficiales del registro, con facultades, atribuciones, obligaciones y derechos para constatar, autorizar o reconocer los actos o hechos jurídicos relativos al nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio, tutela, emancipación, muerte, ausencia, presunción de muerte, pérdida de la capacidad legal e inscripción de ejecutorias propias a la materia del estado familiar".(277)

El mencionado Código, regula a dicho registro de los artículos 402 al 422; señalando lo siguiente:

Corresponde a los Oficiales del Registro del Estado Familiar, autorizar los actos del estado familiar y extender las actas relativas al nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio, tutela, emancipación, muerte de los mexicanos y extranjeros, residentes en la demarcación mencionada, inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, la de haber perdido la capacidad legal para administrar bienes y las resoluciones definitivas del estado familiar de las personas, las cuales se asentarán en documentos especiales las cuales tendrán el nombre de "formas del registro del estado familiar", y para asentar dichas actas, las oficinas tendrán una forma para estado familiar de los que ya se mencionaron, las cuales deberán asentarse mecanográficamente por cuadruplicado; de lo contrario esta regla producirá una infracción y la nulidad del acta, que va de mil a cinco mil pesos por cada acta que no haya cumplido los requisitos, y en caso de insolvencia con seis meses de arresto.

El estado familiar, sólo se comprueba mediante las constancias relativas del registro familiar.

Al no haber existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren hojas que supongan que se encontraba la inscripción, se podrá recibir prueba del acto para su constitución o reposición o testigos. Si los registros se han inutilizado y existen ejemplares, se tomarán como prueba única.

Con las formas del registro del estado familiar, se irán integrando volúmenes de acuerdo con el acto que efectuó el registro, los cuales serán visados en su primera y última hojas por el Secretario General de Gobierno y del Estado y se pondrá el sello de la secretaría de cada volumen. Los volúmenes de integrarán cada año, debiendo el original quedar en el registro del estado familiar, un ejemplar que se remitirá al archivo del Gobierno del Estado, otro a la Dirección General del Registro Nacional de Población de la Secretaría de Gobierno; un ejemplar al interesado, por lo que falta de remisión de los ejemplares se sancionará con mil pesos cada ejemplar.

En caso de que los interesados no puedan concurrir personalmente, podrán representarlos un mandatario especial el acto, cuyo nombramiento conste en instrumento privado otorgado ante dos testigos ratificando las firmas ante el notario público, Juez Familiar o menor.

Para la formación de las actas del Registro del Estado Familiar, deben seguirse las siguientes reglas:

I) Los testigos que intervengan en las actas del Registro del Estado Familiar, serán mayores de edad, prefiriéndose a los que designe los interesados, aún cuando sean parientes.

II) Asentada el acta en las formas, será leída por el encargado del Registro del Estado Familiar, a los interesados y dos testigos; la firmarán todos y si algunos no pueden hacerlo, se expresará la causa y además que quedaron conformes los interesados en su contenido.

III) Si alguna persona quisiere interesarse por sí mismo del tenor del acta, podrá hacerlo, y si no supiera leer ni escribir un testigo asignado lo hará y firmará a favor del interesado.

IV) Si por algún motivo se entorpeciere por cualquier motivo, se marcará con dos líneas transversales y expresándose el motivo la suspensión, la cual deberá firmar el oficial del registro del estado familiar, los interesados y testigos.

V) Las actas deben numerarse con el folio que le corresponda sin dejar espacio en blanco.

VI) El número original de las actas, así como el de las fechas o cualquier otro, serán escritos en cifras aritméticas.

VII) No se emplearán abreviaturas.

VIII) No se hará raspadura alguna ni tampoco se permitirá borrar lo escrito, por lo que se pasará sobre ella una línea, de manera que sea legible.

IX) Los puntos dados por el interesado y los documentos que presente se notarán poniéndoles el número del acta y el sello del registro, los cuales se depositarán del archivo correspondiente formándose un índice de ellos en las últimas hojas de los libros correspondientes".(278)

La falsificación de las actas, traerá como consecuencia la destitución del Oficial del Registro del Estado Familiar.

Los errores en las actas, obligan al Oficial del Registro del Estado Familiar, a hacer las debidas correcciones que señale el reglamento respectivo, pero si no son substanciales no producirán la nulidad del acto.

Para establecer el estado familiar, adquirido por los hidalguenses fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, siempre que los registren en la oficialía correspondiente en el estado respectivo.

En caso de que los Oficiales del Registro tengan faltas temporales, será suplido por los Secretarios del Ayuntamiento.

El Ministerio Público, cuidará que las actuaciones e inscripciones que se hagan en las formas del Registro del Estado Familiar, sean conforme a la ley, pudiendo inspeccionarlas así como dar aviso a las autoridades administrativas de las faltas en que hubieren incurrido los empleados.

Los Jueces Familiares, deberán remitir en un lapso de ocho días hábiles, las resoluciones definitivas dictadas en sus juzgados, de lo contrario serán sustituidos del cargo.

b) CODIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE ZACATECAS DE 1986

Por decreto Número 195, publicado en el suplemento número 5 del Diario Oficial de la Federación, órgano de gobierno del Estado, de fecha 16 de enero de 1982, se separó del Código Civil todo lo referente al Registro Civil de las personas. "Estimamos que dicho organismo en el que se asientan los datos relativos al estado civil de las persona, es la institución que nos individualiza que permite que nos identifiquemos respecto a los demás; se refiere a los actos trascendentes del nombre desde su nacimiento hasta la muerte o su presunción; que constituye un Registro del Estado Familiar, con proyección social y política. Por tanto creemos adecuado que todas las disposiciones relativas al Registro Civil queden insertas en esta Código Familiar. Como novedad en esta materia, se establece que cuando el Registro Civil no se verifique dentro del término de noventa días que la ley señala al efecto, el Registro pueda hacerse sin trámite alguno si el menor no hubiese cumplido seis años, incurriendo los que deben hacer el oportuno registro solo en una sanción pecuniaria

equivalente de uno a tres días días de salario mínimo, a juicio del oficial del Registro Civil".(279)

Al igual que en Código Familiar del Estado de Hidalgo, esta Legislación pretende que el nombre a lo que actualmente es llamado Registro Civil, como se le denominó durante la época de Juárez, se le llame Registro del Estado Familiar, debido a que ahí se levantan las actas relativas al Estado Familiar de las personas y al llamado Juez, debe llamársele Oficial del Registro del Estado Familiar, quien será el encargado de dar fe de las actas que se levanten en sus oficinas.

c) CODIGO FAMILIAR DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR DE 1994

El Código Familiar de la República de le Salvador se encuentra dividido en cinco libros a saber:

Libro Primer: Constitución de la Familia.

Libro segundo. Filiación y Estado Familiar.

Libro Tercero. De las relaciones paterno filiales.

Libro Cuarto. Los menores y las persona de la tercera edad".(280)

En el libro segundo se regula el Registro del Estado Familiar, pues al igual que en nuestro país tanto en Hidalgo como en Zacatecas, en lo que el Código Civil llama Registro Civil, estas legislaciones le denominan Registro del Estado Familiar, el cual cuenta con personalidad jurídica y depende del Poder Ejecutivo Estatal.

El Registro del Estado Familiar, estará representado por los llamados Oficiales del Registro del Estado Familiar, quienes serán los encargados de tramitar todos los actos relativos al estado familiar de las personas como lo son matrimonio, divorcio, nacimientos etc.

Toda vez que a nivel Constitucional, la República de el Salvador reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad, e impone el deber de dictar una legislación para protegerla, integrarla y desarrollarla; motivo por el que era necesaria la imposición de una nueva legislación familiar que protegiera todo lo relativo al estado familiar de las personas y su protección y estabilidad social.

XVII.- GARANTIAS PARA EL EJERCICIO DE LA TUTELA

Señalaremos ahora qué personas están exceptuadas de otorgar garantías para el desempeño del cargo, ello como lo señala el artículo 520 del Código Civil:

- 1) Los tutores testamentarios, ello cuando el testador lo haya dispuesto.
- 2) El tutor que no administre bienes.
- 3) El padre, la madre y los abuelos en los casos en que, conforme a la ley, sean llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes salvo en lo dispuesto del artículo 523.
- 4) Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él. (281)

Siempre que el tutor sea también coheredero del incapaz, y éste no tenga más bienes que los hereditarios, no se podrá exigir al tutor otra garantía que la de su misma porción hereditaria, a no ser que esta porción no iguale a la mitad de la porción del incapaz, pues en tal caso se integra la garantía con bienes propios del tutor o con fianza.

Aquel que confía en la administración de sus bienes a un tercero, tiene derecho a que este le garantice su gestión. En la tutela encontramos una situación más delicada, pues se trata de menores o incapacitados, respecto a los cuales es necesario rodear de ciertas garantías del tutor en relación a la administración de los bienes, evitando que se extralimite y cause perjuicios al pupilo. Tal es el sentido que tiene el artículo 519 del Código Civil que previene que el tutor, antes de que se le discierna el cargo, presentará caución para asegurar su manejo. (282)

La caución para asegurar el manejo del cargo consistirá en: hipoteca, prenda o fianza.

En términos generales, todo tutor está obligado a prestar caución para asegurar el manejo de los bienes del pupilo, pero como ya lo mencionamos a excepción de los supuestos que señala el propio Código.

En materia de garantía que deben prestar los tutores para asegurar su manejo, se advierte que el tutor, antes de que se le discierna el cargo, presentará caución para asegurar su manejo, consistirá:

- I.- Hipoteca o prenda.
- II.- Fianza.

La garantía prendaria que preste el tutor, se constituirá depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos, a falta de ella se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad. (283)

La garantía, debe darla el tutor dentro de los tres meses después de aceptado su nombramiento. Mientras tanto administrará los bienes un tutor interino quien los recibirá por inventario solemne. Si no pudiera dar la garantía por las cantidades que señala la ley, procederá al nombramiento de un nuevo tutor, ellos según los artículos 531 y 532, del mismo ordenamiento.

Cuando el tutor no tiene bienes en que constituir la hipoteca o prenda, podrá dar fianza; así mismo podrán convinarse las garantías cuando los bienes no alcanzaren para cubrir la cantidad necesaria; y podrá garantizarse parte con hipoteca, parte con prenda y parte con fianza, o solamente con fianza a juicio del Juez, ello con lo dispuesto en el artículo 527 del Código Civil.

En el caso de que la garantía sea hipoteca, se constituirá mediante escritura pública de la cual un testimonio se inscribirá en el Registro Público de la propiedad del lugar de la ubicación de los bienes, la cual se otorgará en favor del menor o del incapacitado.

La prenda, se constituye depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos y, a falta de ella, depositando los bienes en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad, en cuyo caso debe documentarse en un contrato privado de acuerdo a la forma que exige el Código Civil.

Si se trata de fianza, debe hacerse en instituciones autorizadas legalmente, pero también puede otorgarse por personas físicas o morales, que acepten constituirse en fiadores o por compañías legalmente autorizadas.

Los documentos en que conste la garantía en cualquiera de sus especies, deberán exhibirse ante el Juez de lo Familiar, quien lo conservará en autos.

Sin embargo, el Código señala que anualmente el curador y el Consejo Local de Tutelas deben obtener información de supervivencia del fiador, y también están obligados a vigilar el estado de las fincas hipotecadas y de los bienes dados en prenda, si existiere algún problema, menoscabo o deterioro, deberá avisarse de inmediato al Juez de lo familiar.

El importe de la garantía, será de acuerdo a los bienes a garantizar, se tomará en cuenta otros factores, como el importe de las rentas de los inmuebles en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese último tiempo.

Se determinará también el valor de los bienes muebles, mercancías y demás efectos muebles calculados por libros.

Asimismo, el discernimiento se otorga después de haberse agotado el procedimiento que marca el código procesal, bien sea para el caso de minoridad, o bien sea para la sentencia, el Juez de lo familiar discernirá el cargo del tutor definitivo.

El Juez, responderá con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido la caución del manejo de la tutela.

En esta misma materia, se perceptúa que cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, no se dará garantía; salvo en el caso de que el Juez, con audiencia del curador y del consejo de tutelas, lo crea conveniente, consignándose una solidaridad subsidiaria para el Juez, a fin de que ésta responda con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haberse exigido que se caucione el manejo de la tutela".(284)

XVIII.- ACTOS DEL TUTOR, QUE REQUIEREN AUTORIZACION JUDICIAL, Y ACTOS PROHIBIDOS

En primera instancia, como el tutor se encarga de la persona y bienes del incapaz, es representante legal del menor, y puede realizar cualquier acto que estime conveniente para los intereses personales del menor. En principio, puede determinar cual va a ser la vivienda para el menor, el colegio al que asistirá y las demás necesidades que tiene para sobrevivir.

Existe una larga lista de limitaciones, que no dejan de tener el carácter de excepciones, y para poder realizarlos, necesita autorización judicial.

En los siguientes casos, se necesita la autorización judicial:

1) En cuanto a la guarda de la persona. Para poder internarlo en un establecimiento de salud mental o donde le otorguen una educación especial.

2) En cuanto a su patrimonio. Para realizar los siguientes actos:

a) Renunciar a derechos. Así como para someter o transigir a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado.

Disponer a título gratuito de bienes o derechos de tutelado.

b) Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores inmobiliarios, salvo la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

Asimismo, necesita autorización judicial para celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción.

El tutor, necesita autorización judicial para celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción, que tengan por objeto bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios.

El otorgamiento de inmuebles en arrendamiento, será mediante autorización judicial, y podrán concertar arrendamientos urbanos, siempre que no estipule la aplicación de la prórroga forzosa.

c) En cuanto a la aceptación de herencia. El tutor, deberá aceptar una herencia a favor del incapaz, la cual entrará en el inventario, en caso de rechazarlo por algún motivo necesitará autorización judicial.

d) Otras excepciones:

- Hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- Dar y tomar dinero a préstamo.
- Entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes de escasa cuantía.

e) Por último, se exige autorización judicial, para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado, salvo autorización judicial en cualquiera de los dos casos.

Actos prohibidos al tutor:

1) En primer lugar cabe señalar que con fundamento en el artículo 563 de la ley sustantiva, el tutor no puede dar fianza a nombre de su pupilo.

2) Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella, el tutor puede arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer de ellos para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva ello con lo dispuesto en el artículo 569 del Código Civil. (285)

El artículo anterior, contiene una lista de personas que caen bajo una presunción luris de iure la que son interpósitas para favorecer los intereses del tutor, sin embargo existe la excepción a la regla en el supuesto de que la venta de bienes, en el caso de que el tutor o sus parientes ahí mencionados sean coherederos partícipes o socios del incapacitado.

3) Asimismo, el tutor no puede aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho a crédito contra el incapacitado, a excepción de que sean por herencia, ello como lo señala el artículo 572 del Código Civil.

4) El tutor, no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado de acuerdo al artículo 576.

5) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

6) El tutor, no puede realizar ninguna operación mercantil por cuenta de su pupilo. Los actos de comercio no son posibles, excepto si el menor de dieciocho años de edad, ha sido

emancipado y habilitado para el comercio; en cuyo caso efectúa válidamente y por sí sólo las operaciones relativas a su comercio".(286)

El tutor tiene prohibido:

Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.

Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

XIX.- CUENTAS DE LA TUTELA

Todo administrador, debe rendir cuenta de su gestión, en la tutela con mayor razón por tratarse de interés de menores o incapacitados, por lo que está obligado a llevar cuenta fiel y documentada de las operaciones y de los actos que realice.

Las cuentas de la administración deben ser detalladas, lo que significa una relación de las operaciones y actos llevados a cabo durante el cargo, también se deberá hacer alusión a las operaciones que se hubieren practicado; deberá hacerse referencia de los créditos respecto de los cuales no se hubiere obtenido el pago o la garantía que asegure éste, los cuales deberán acompañarse de los documentos justificativos y de un balance a efecto de que la rendición de cuenta se pueda saber el resultado de la función tutelar.

La cuentas, deben rendirse por el tutor, esta es recibida por el pupilo, al llegar a la mayor de edad o con asistencia de su curador si ha sido emancipado, por sus herederos si es que ha muerto, en este último caso, la primera cuenta de la tutela debe reproducirse en la final que se rinda al pupilo, al llegar esta a la mayor edad, o a sus herederos si ha muerto.

"Procede la rendición de cuentas, siempre que el tutor cese en sus funciones, haya o no terminado la tutela. Todo tutor debe rendir cuentas, el padre supérstite inclusive, y o puede concederse dispensa alguna, ni siquiera por el padre supérstite cuando nombre tutor testamentario".(287)

El tutor, debe rendir cuentas muto propio, sin que por parte de los otros órganos tutelares tengan que exigir esa obligación.

En el mes de enero de cada año, sean cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo se deberán rendir las cuentas; la falta de presentación de este requisito, motivará la remoción del tutor de acuerdo al artículo 590 del Código Civil.

Las cuentas, deben rendirse en el lugar en que se desempeña la tutela, según el artículo 569 del Código Civil. Su importancia es tal, que ni aún el mismo menor podrá evitarlas, por lo que la garantía dada por el tutor no se cancelará sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas, y hasta pasado un mes de la revisión de cuentas, es nulo todo convenio entre el tutor y el pupilo; sin embargo también todo convenio entre el tutor y el pupilo es nulo.

En caso de que el incapacitado, no esté en posesión de algunos bienes a que tiene derecho el incapacitado, podrá entablar en nombre de este judicialmente las acciones conducentes para recobrarlos.

Las cuentas, deben rendirse al Juez de lo Familiar del lugar, en el que se desempeñe la tutela según el artículo 569 del Código Civil.

Debe tener conocimiento de la tutela, el Consejo Local de Tutelas, el mismo menor que haya cumplido dieciséis años de edad, el tutor que reemplace al otro y el pupilo que deje deba rendir cuenta, sino que serán ante el Juez, quien debe dar vista en todos los señalados para manifestar lo que corresponda según su responsabilidad.

La desaprobación de las cuentas pueden ser apelada por el tutor, curador y Ministerio Público, así como los demás interesados en el asunto.

“Como quiera que cese el tutor en sus funciones, el debe hacer inmediatamente la entrega de los bienes, y en el plazo de dos meses, prorrogable una vez por el Juez tutelar, presentar a éste la rendición final de cuentas de su administración”.(288)

XX.- PODERES DEL TUTOR SOBRE LOS BIENES DEL PUPILO

En el artículo 537 del Código Civil en su Fracción IV señala, que el tutor está obligado a administrar el caudal de los incapacitados.

La administración de los bienes del pupilo, corresponderá a el si han sido adquiridos con su trabajo.

Asimismo, de acuerdo a la Fracción V del artículo anterior, el tutor está obligado a representar al incapacitado en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles, excepto los personalísimos.

A excepción de lo anteriormente señalado, el tutor debe representarlo sin tener que solicitar al efecto autorización alguna.

Por lo regular el Juez Familiar y el Consejo Local de Tutelas, se encargarán de aprobar las decisiones del tutor; sin embargo sucede que algunos funcionarios judiciales o miembros del Consejo de Tutelas son muy rígidos, severos, y muestran desconfianza que hacen penosa la gestión del tutor; por lo que la autorización para cualquier cuestión entraña retraso y gastos, y si en determinado momento el tutor tiene que efectuar ciertos actos que son altamente aconsejables para el pupilo, ello no lo hará sin dicha autorización.

El tutor está obligado a representar al incapacitado en Juicio y fuera de él, en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales.

Sin embargo, el tutor podrá administrar los bienes del pupilo de la forma que crea más conveniente, por lo que a la entrega de las cuentas en el mes de enero, declarará todos los movimientos que ha hecho respecto a los bienes y se ha hecho incrementos al patrimonio del pupilo.

El pupilo, será consultado para los actos importantes de la administración cuando sea capaz de discernimiento, y mayor de dieciséis años.

También, como ya sabemos es indispensable que se nombre a un curador, para que el tutor que administre bienes pueda hacerlo.

Las rentas que obtenga el tutor, respecto de los bienes del menor o incapaz, podrá administrarlos para cubrir la alimentación principalmente, por lo que si no fueron suficientes podrá solicitar se enajenen bienes para cubrir dichos gastos.

Una de las restricciones que tiene el tutor respecto a los bienes del incapaz, es que requiere licencia judicial para que haga gastos extraordinarios, que no sean de conservación ni reparación.

XXI.- ENTREGA DE LOS BIENES

El tutor, es administrador de bienes y derechos ajenos.

El que no entrega lo que tiene en su poder, incurre en delito; por ello se requiere la rendición de cuentas al término de la tutela; asimismo deberá entregar todos los documentos que le pertenezcan.

La obligación de entregar los bienes, se suspende cuando está pendiente la rendición de cuentas. Por lo que la entrega debe ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la tutela, sin embargo si los bienes son cuantiosos o estuvieren ubicados en diversos lugares, el Juez podrá fijar un término mayor para la conclusión.

También, puede suceder que no sea el caso de que se termine la tutela del incapaz, sino que solamente haya un cambio en la persona del tutor, por lo que quien suceda el cargo, estará obligado a exigir la entrega de los bienes y cuentas al que le ha precedido, sino la exige será responsable de todos los daños y perjuicios de acuerdo al Artículo 209 del Código Civil.

La entrega de los bienes, debe ser hecha en la misma forma como se hizo el inventario al recibirlos el tutor. Es decir en forma solemne y circunstanciada, haciendo referencia a la última cuenta aprobada.

La entrega de los bienes de la tutela se efectuará a expensas del incapacitado.

El Juez, puede autorizar al tutor a fin de que se le proporcionen los fondos necesarios para la entrega de los bienes, pero cuando exista dolo o culpa por parte del tutor serán a su cargo todos los gastos, de acuerdo al artículo 610 y 611 del Código Civil.

En la última cuenta rendida por el tutor, puede haber resultado en pro o en contra del mismo, y en ambos casos producirá el interés legal, si resulta un saldo en favor del tutor, los intereses correrán desde que se haga el requerimiento legal para el pago, si previamente ya hubiere hecho la entrega de los bienes.

En caso de que hubiere un saldo con cargo al tutor, éste producirá interés desde la rendición de la cuenta, artículo 612 del Código Civil. En caso, de que hubiere como resultado de la rendición de las cuentas, un cargo contra el tutor, y se le hubiere otorgado un plazo para el pago, mientras no se liquide quedarán vivas la hipoteca y las otras garantías dadas para la administración hasta que se haga el pago. Lógicamente si hay fiador, deberá hacérsele saber la ampliación para que acepte, pues de lo contrario el fiador puede quedar liberado de su obligación. (289)

Durante el ejercicio de la tutela, no corre la prescripción entre las partes, ello como lo señala el artículo 578 del Código Civil, por lo que concluida la tutela cualquier reclamación o acción que tuviere el que fue incapacitado contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de este, deberá ser ejercida en un plazo de cuatro años, contados a partir del día en que el incapaz cumpla la mayor edad o haya cesado la incapacidad.

Algunas acciones comprendidas en contra del tutor. La acción de responsabilidad por mala administración; la acción de restitución de frutos; la acción de reclamar daños y perjuicios; y también la acción que compete al tutor para pedir la retribución o la

indemnización que en algún caso pudiere resultar en su favor por el desempeño de la tutela; la acción de rectificación por cuenta por omisión de ingreso o exageración de gastos.

No están comprendidas dentro de la prescripción, la acción reivindicatoria que puede surgir entre el tutor y el pupilo para reclamación de los bienes que se consideran propios; las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones dictadas en sentencia ejecutoria, por lo que la prescripción aumenta por el transcurso del tiempo.

XXII.- LOS HONORARIOS DEL TUTOR

En nuestro derecho con relación a otros países, el cargo es considerado como gratuito, de acuerdo al artículo 585 del Código Civil, que señala:

"El tutor, tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento, para los tutores legítimos y dativos la fijará el Juez".(290)

También el Código Civil en su artículo 586, señala que el tutor en ningún caso, se le *podrá retribuir de sus actividades, en un porcentaje menor al 5% ni excederse del 10% sobre las rentas líquidas de dichos bienes; pero si por el buen manejo de la administración el tutor logra incrementos, podrá aumentarse el porcentaje hasta en un 20%.*

El tutor, sólo tendrá derecho a la remuneración, cuando se dedique a desarrollar la *actividad completa es decir, a la guarda del menor a la administración de los bienes y a la representación en todo tiempo.*

Si el testador en su testamento, fija un porcentaje de remuneración al tutor por el desempeño de sus actividades, será respetada, pero en el caso de que no lo hubiese señalado, así como en el caso de la *tutela legítima y dativa, el Juez determinará el porcentaje.*

Para que el aumento del 20% en la retribución del tutor se lleve a cabo, será requisito *sine cuanon que por lo menos en dos años consecutivos, haya obtenido el tutor lo dispuesto por el artículo 159 de la ley sustantiva.*

En todo caso, si el incapaz fuere indigente o careciere de los medios suficientes para los gastos de alimentación, y el tutor fuera familiar del incapaz, deberá proporcionárselos, pero si hubiere otro pariente a quien correspondiere otorgárselos, el curador se encargará de que se cumpla esa disposición, pero si las condiciones fueran muy precarias, se pondrá al pupilo a un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde se le pueda educar.

Sin embargo, de acuerdo a lo que señala el artículo 545 del Código Civil, si en la circunstancia anterior, el pupilo tampoco pudiese ser alimentado ni educado, lo será a costa de las rentas públicas del Distrito Federal; motivo por el que en todas estas circunstancias, el tutor no podrá eximirse del cargo y continuará sus actividades de cuidado y vigilancia no teniendo derecho a remuneración alguna.

“El tutor, tiene una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el Juez. En ningún caso esa retribución será menor del 5% ni excederá del 10% de las rentas líquidas de dichos bienes. Si estos tuvieran un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá derecho a que se aumente, hasta en un 20% de los productos líquidos.

La calificación del aumento se hará por el Juez, con audiencia del curador”.(291)

XXIII.- EXTINCION DE LA TUTELA

Sólo existen dos motivos para que la tutela se extinga, ello como lo señala el artículo 606 del Código Civil, y son:

- I) “Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad.
- II) Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o adopción.
- III) Cuando el incapaz entre a la patria potestad por haber sido adoptado o reconocido”.(292)

La extinción de la tutela, puede ser relativa, por terminación de la tutela sólo para el tutor, o absoluta si se pone fin en el supuesto a la institución tutelar misma.

“La extinción relativa, determina que la tutela que continúa como situación del sometido a ella, quede vacante y que haya de procederse, por tanto a un nuevo nombramiento del tutor. Procede por muerte, declaración de fallecimiento o de ausencia; o por incapacitación del tutor, por admisión de excusa sobrevenida, por la remoción del tutor; entre cuyas causas está la de incurrir el tutor en causa de inhabilidad sobrevenida como puede ser una imposibilidad de hecho (desaparición, enfermedad)”.(293)

La extinción absoluta de la tutela. Puede producirse:

- a) Por el fallecimiento de la persona sometida a tutela.
- b) Por cesar la causa que determinó el sometimiento a tutela. Se trata de la tutela de los menores, por alcanzar éstos la mayoría de edad o la emancipación.

El Código, no se refiere a la emancipación, sólo al caso de concesión al menor del beneficio de la mayor edad.

En el caso, cabe mencionar que ni el matrimonio ni la mayor edad, serán causas de extinción de la tutela, si el menor con anterioridad hubiere sido judicialmente incapacitado, y en la sentencia de incapacitación se haya dispuesto el sometimiento a tutela.

Si se trata de la tutela de incapacitados, por dictarse resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia e incapacitación en virtud de la cual se substituye la tutela por la curatela.

Los padres por naturaleza, asumen la patria potestad. La ley establece que sólo se extingue la tutela; cuando habiéndose originado la privación o suspensión judicial de la patria potestad; el tutelar de ésta la recupere; y por adopción del tutelado. La ley se refiere únicamente a la adopción del tutelado menor de edad.

Por reintegración a la patria potestad. Cuando el incapacitado sujeto a tutela, entra nuevamente a patria potestad. Esta situación, se presenta cuando es rehabilitado el ascendiente que la estuviere ejerciendo y hubiera sido privado o suspendido por sentencia. En este caso, habiendo recuperado la patria potestad, deja de tener objeto la tutela que se vuelve imposible.

Por el reconocimiento, se concluye la tutela. Por virtud del reconocimiento, el hijo fuera del matrimonio queda sujeto a la patria potestad del ascendiente que lo hubiere reconocido, o de ambos si así hubiera sido, concluyéndose necesariamente la tutela para el menor reconocido.

“Cuando la tutela concluye, debe el tutor cesa inmediatamente a sus funciones. Carece ya de facultades para actuar, puesto que ya no hay pupilo. Si de hecho continúa administrando, debe rendir cuentas y es responsable por los actos de administración . Posteriores, pero ya no como tutor”.(294)

Quando la tutela concluye, debe el tutor cesar sus funciones. Carece ya de facultades para actuar, ya no hay pupilo. Si de hecho continúa administrando debe rendir cuentas y es responsable por los actos de administración posteriores, pero ya no como tutor.

XXIV.- INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN ESTA INSTITUCIÓN

De acuerdo al artículo 53 del Código Civil, el Ministerio Público cuidará de las actuaciones e inscripciones que se hagan en las formas del Registro Civil, sean conforme a la ley, pudiendo inspeccionarlas en cualquier época, así como consignar a los Jueces que

hubieren cometido delito en el ejercicio de su cargo, o dar aviso a las autoridades administrativas de las faltas en que hubieren incurrido los empleados.

Y señalamos el artículo anterior; ya que mencionamos en esta tesis lo relativo a las actas de tutela que expide el registro civil, las cuales deben reunir los requisitos que señala la ley, y ser vigiladas por el Ministerio Público, el cual debe inspeccionarlas.

El Ministerio Público, participa en nombre del incapaz al representarlo ante la sociedad. Es frecuente su intervención en los asuntos relativos al derecho de familia, por lo que también se observa su presencia en la tutela.

El Ministerio Público, tienen la facultad para promover la separación de los tutores que se encuentren en alguno de los casos previstos por el artículo 504 del Código Civil. Puede actuar ante el Juez de lo Familiar, para que éste dicte las providencias útiles para la conservación de los bienes del pupilo, ello como lo señala el artículo 522 del Código Civil. Tiene acción para solicitar que la garantía consistente en hipoteca, prenda o fianza, se aumente o disminuya proporcionalmente en los casos en que sí proceda en los términos del artículo 529 del Código Civil.

Los parientes próximos, también son importantes en el desempeño de la tutela. Ya expresamos que pueden ser tutores en el caso de legítima, pero además pueden participar en algunos otros eventos, que son a semejanza del Ministerio Público; también pueden solicitar del Juez las providencias que estime útiles para la conservación de bienes del pupilo. También pueden proveer la separación de los tutores que se encuentren en alguno de los casos en que la separación sea exigida por ley.

Artículo 522 del Código Civil: "La garantía que presenten 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 de éste si ha cumplido dieciséis años, dicte las providencias que estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo".(295)

Cabe decir que el Código Civil, señala que las fianzas que se otorguen con motivo del discernimiento de la tutela; se darán principalmente para garantizar el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años; el valor de los bienes muebles, el de los productos de las fincas rústicas en los dos años, ello calculado por peritos y en las negociaciones mercantiles e industriales.

Por lo que, si esos bienes aumentan o disminuyen, podrán aumentarse o disminuirse proporcionalmente en la hipoteca, la prenda o fianza, ello a pedimento del tutor, del curador, Ministerio Público o Consejo Local de Tutelas.

También, al haber hecho referencia a lo relativo a la rendición de cuentas, el Juez dictará una resolución aprobando o desaprobando las cuentas. Si las desaprobara; podrá apelar dicho auto el tutor, curador o Ministerio Público.

Del auto de aprobación, podrán apelar el Ministerio Público y los demás interesados.

El Ministerio Público y los parientes del pupilo, tienen derecho de promover la separación de los tutores que se encuentran en alguno de los casos previstos en el artículo 504 del Código Civil, que señala a las personas que ya asumieron el cargo, deben ser separados de ella.

Otra de las intervenciones del Ministerio Público, es el momento de la designación de tutor dativo; ya que si el menor ya cumplió dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar, entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas.

Escuchando al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.

XXV.- MODIFICACIONES A LA TUTELA Y LA CURATELA, SEGUN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y EN MATERIA FEDERAL PARA TODA LA REPUBLICA DE 1932

Como sabemos, nuestro Código Civil actual, entró en vigor el 1º de octubre de 1932, se encuentra dividido en cuatro capítulos; hablaremos específicamente del primero, en él se encuentra el tema de estudio, el de la tutela y curatela, ello en el Título Noveno, el cual se divide en XV Capítulos, de los que haremos una breve referencia.

"La formación de este Código fue de veinte meses, en los que el legislador pretendió dar soluciones que creyó más convenientes a los importantísimos problemas por los cuales se enfrentó".(296)

El Código Civil, rige en el Distrito y en los Territorios Federales; pero sus disposiciones obligan a todos los habitantes de la República, cuando se aplican supletoriamente las leyes federales, en los casos en que la federación fuere parte y cuando expresamente lo manda la ley.

Al organizar nuevas bases de la tutela, se procuró que atendiera preferentemente a la persona de los incapacitados, más que a la administración de los bienes; y al efecto, se instituyeron organizaciones especiales, como lo son los Consejos Locales de Tutelas y los Jueces Pupilares, para que velaran sobre la persona o bienes de los incapacitados; y se llegó hasta imponer al Estado, la obligación de sustentar y educar a los menores que por no tener bienes ni familiares que cuiden de ellos, necesitan forzosamente que la sociedad vaya en su auxilio.

El ejercicio de la tutela, así como de la patria potestad, se limitó en aquellos casos que lo exigía el funcionamiento de los tribunales de menores.

Se exigió que los tutores, garantizaran más amplia y eficazmente la administración de los bienes del pupilo, de lo contrario respondería de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado.

Señalaremos a grandes rasgos, lo que nos dice el Código Civil, respecto de la tutela:

El objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. También, puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

De acuerdo al artículo 450, el código señala qué personas tienen incapacidad natural y legal:

1) Los menores de edad.

2) Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial; o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes, siempre que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoque, no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio".(297)

Los menores emancipados, por razón de matrimonio, tienen incapacidad legal para actos relativos del Capítulo I del Título Décimo de este libro.

La tutela, la desempeñará el tutor con intervención del Curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas en los términos que señala este Código.

Ningún incapaz, puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos.

El tutor y el curador, pueden desempeñar, la tutela o curatela de tres incapaces, sin embargo, ambos cargos no podrán ser asumidos por una sola persona, o por personas que sean familiares.

La tutela es testamentaria, legítima y dativa.

Los tutores, no podrán ser removidos de su cargo sin que sean oídos y vencidos en juicio.

En caso de ser necesario, el Juez de lo Familiar del domicilio cuidará del incapacitado, y sino hubiera el Juez Menor lo hará, así como de sus bienes; de lo contrario serán responsables de los daños y perjuicios que sufran los incapaces.

Tutela testamentaria. El artículo 470 del Código Civil, señala que el ascendiente que sobreviva de los dos en cada grado, deberán ejercer la patria potestad del incapaz, y tendrá derecho a nombrar tutor en su testamento, aquel menor de edad sobre quien ejerza la patria potestad, con inclusión del hijo póstumo.

Podrá nombrar tutor testamentario, aquel que aún no siendo emancipado, deje bienes por legado o herencia a un incapaz que no esté bajo su potestad, pero solamente será para la administración de los bienes que le deje.

Si fueran varios los menores, se les podrá nombrar un tutor común a todos, o bien uno por cada incapaz, ello de acuerdo a los intereses de cada menor.

Quando se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primero de ellos nombrado, a quien substituirán los demás por el orden de su nombramiento, ello cuando hubiere muerte, incapacidad, excusa o remoción; esto no regirá si el testador señaló el orden en que los tutores deberán sucederse.

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

Si por algún motivo faltare temporalmente el tutor testamentario, el Juez proveerá de tutor interino al menor.

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

Se hizo responsable al Juez que nombrare oportunamente tutor, de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esta falta, y se estableció que el Juez respondería subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela. (298)

Señalaremos que nos dice nuestro Código, respecto a la tutela legítima de los menores, tiene lugar:

- 1) Cuando ya no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario.
- 2) Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. La tutela legítima corresponde:

- a) A los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas.
- b) Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado.

Si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos el que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, el hará la elección.

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

Los hijos mayores de edad, son tutores de su padre o madre viudos.

Quando haya dos o más hijos, será preferido el que viva con sus padres, y siendo varios, el Juez elegirá al más apto.

Los padres son de derecho, tutores de sus hijos solteros o viudos, ello cuando no tengan descendientes que la puedan desempeñar, serán llamados a ella sucesivamente los abuelos, hermanos del incapacitado y demás colaterales.

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

Los Directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde reciban expósitos, desempeñará la tutela de éstos con arreglo a las leyes, y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento, por lo que no será necesario el discernimiento del cargo.

Por último, señalaremos los aspectos más importantes de la tutela dativa; ésta tiene lugar:

1) Cuando no hay tutor testamentario, ni persona a quien conforme a la ley comprenda la tutela legítima.

2) Cuando el tutor testamentario, este impedido temporalmente a ejercer su cargo y no haya ningún pariente de los designados para ser tutores legítimos.

El tutor dativo, será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El Juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. Para reprobalar las ulteriores designaciones que haya el menor, el Juez oírá el parecer del Consejo Local de Tutelas.

Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.

El Juez, será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al menor por la falta de nombramiento de tutor.

Los menores que no se encuentren sujetos a tutela legítima o testamentaria, aún cuando no tengan bienes se les nombrará tutor dativo.

Tienen la obligación de desempeñar la tutela dativa mientras duren en su cargo:

- 1) El Presidente Municipal del domicilio del menor
- 2) Los demás Regidores del Ayuntamiento.
- 3) Las personas que desempeñan la autoridad administrativa en los lugares en donde no hubiere Ayuntamiento.
- 4) Los profesores oficiales del lugar donde vive el menor.
- 5) Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten del sueldo del erario.
- 6) Los Directores de establecimientos de beneficencia pública".(299)

Las personas inhábiles para el desempeño de la tutela y los que deben ser separados de ella.

No pueden ser tutores, aún estando anuentes de recibir el cargo principalmente. Los menores de edad, los mayores de edad que se encuentran bajo tutela; aquellos que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal ya sea de la persona o bienes del incapaz; los que hayan sido condenados por delitos patrimoniales y aquellos que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sea notoriamente de mal conducta.

Y serán separados de la tutela. Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley ejerzan la administración de la tutela; los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona del incapaz o sus bienes; los que no rindan cuentas dentro del término fijado por la ley y aquel que permanezca seis meses ausente en el lugar en donde se debe desempeñar la tutela.

El Ministerio Público y los parientes del pupilo, tienen derecho de promover la separación de los tutores que se encuentren en el caso de separación de la tutela.

Pueden excusarse de la tutela. Los empleados y funcionarios públicos; los militares en servicio activo; los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes, los que fueren tan pobres que no puedan atender la tutela sin menoscabo de sus subsistencia; los que por su mal estado habitual no pueden atender a la tutela; los que tengan sesenta años cumplidos y aquellos que tengan a su cargo otra tutela o curaduría.

Mientras el Juez califica el impedimento o la excusa, nombrará un tutor interino

La garantía, que debe conceder el tutor para el desempeño de la tutela, debe consistir en fianza, prenda o hipoteca.

Están exceptuados de otorgar la garantía, los tutores testamentarios, cuando el testador lo haya estipulado.

El tutor, no podrá dar fianza por caucionar su manejo, sino cuando no tenga bienes en qué constituir hipoteca o prenda.

La garantía, podrá consistir en parte hipoteca o prenda, ello cuando los bienes no alcancen a cubrir la cantidad, ya sea por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años; por el valor de los bienes muebles; por el de los productos de las fincas rústicas, en dos años y en las negociaciones mercantiles e industriales.

Durante el desempeño de la tutela, el tutor está obligado a alimentar y educar al incapacitado, destinar de preferencia los recursos del incapacitado, a la curación de enfermedades o a su regeneración, si es un ebrio consuetudinario o abusa de las drogas; a formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado y administrar el caudal de los incapacitados; a representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, y a solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.

El tutor, tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento, y para los tutores legítimos y dativos lo nombrará el Juez.

El tutor, esta obligado a entregar cuentas en forma detallada de su administración durante el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo.

La falta de presentación de la cuenta en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del cargo.

Por causas graves, el tutor debe presentar las cuentas en cualquier momento siempre que lo exijan el curador, el Consejo Local de Tutela y el Ministerio Público.

Hasta pasado un mes de la rendición de cuentas es nulo todo convenio entre el tutor y el pupilo, ya mayor o emancipado relativo a la administración de la tutela o a las cuentas mismas.

Las únicas formas de extinción de la tutela son:

- 1) Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad.

2) Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción.

Concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada.

Si la tutela hubiere fenecido durante la minoridad, el menor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo.

Todos los individuos sujetos a tutela, además de tener tutor deberán tener un curador.

Los impedimentos, excusas y obligaciones son las mismas para los curadores con lo dispuesto para los tutores; pero además de ellas tienen:

1) "Que defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.

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

3) Dar aviso del Juez para que se haga el nombramiento del tutor cuando este faltare o abandonare la tutela".(300)

En cada delegación habrá un Consejo Local de Tutelas, compuesto de un Presidente y de dos vocales que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal.

El Consejo Local de Tutelas, es un órgano de vigilancia de información, que además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tienen la obligación de formar y remitir a los Jueces de lo Familiar, una lista de las personas de la localidad que por su actitud legal y moral puedan desempeñar la tutela; velar porque los tutores cumplan sus deberes especialmente en los que se refiera la educación de los menores. Avisar al Juez Familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro; investigar y poner en conocimiento del Juez Familiar, qué incapacitados carecen de tutor y vigilar el registro de tutelas.

a) REFORMAS DEL 9 DE ENERO DE 1954

Fueron las primeras efectuadas en el Código Civil, en lo que concierne al tema de la tutela, siendo Presidente Constitucional de nuestro país el Licenciado Adolfo Ruiz Cortínez, en las cuales se reformaron los artículos 426 y 489, para decir:

†

Artículo 426. "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración".(301)

Artículo 489. "Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros o viudos, cuando estos tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quien de los dos ejercerá el cargo".(302)

b) REFORMAS DEL 17 DE ENERO DE 1970

Se hicieron a nuestra ley sustantiva actual, siendo Presidente Constitucional de México, el Licenciado Gustavo Díaz Ordaz, en la que solamente se reformó la Fracción VIII del artículo 511 del Código Civil, lo que respecta a las excusas para ser tutores, señalando:

Artículo 511: "Pueden excusarse de ser tutores:

VIII.- Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela".(303)

c) REFORMAS DEL 24 DE MARZO DE 1971

En este período, era Presidente Constitucional de México, el Licenciado Luis Echeverría Álvarez, reformándose los artículos 454, 459, 460, 468, 496, 497, 500, 501, 522, 540, 544, 546, 632 y 634, lo cual representa un gran y notable cambio en el ámbito tutelar, ya que el legislador, decidió que era tiempo de adaptarla a la época y regulación, señalando:

Artículo 454.- "La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos en este Código.

Artículo 459.- No pueden ser nombrados tutores ni curadores, las personas que desempeñen en el juzgado familiar, ni las que integren los Consejos Locales de Tutelas; ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en línea recta sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive.

Artículo 460.- Cuando fallezca una persona que comenzaba a desempeñar la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con quien haya vivido, están obligados a dar

parte del fallecimiento al Juez de lo Familiar, dentro de ocho días siguientes a fin de que prevea a la tutela, bajo la pena de veinticinco a cien pesos de multa.

Los Oficiales del Registro Civil de las autoridades administrativas y las judiciales, tienen obligación de dar aviso a los Jueces de lo Familiar, de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que llegue al ejercicio de sus funciones.

Artículo 468.- El Juez de lo Familiar del domicilio del incapacitado, y si no lo hubiere, el Juez del lugar cuidará provisionalmente de la persona y bienes del incapacitado, hasta que se nombre tutor.

Artículo 496.- El tutor dativo, será designado al menor si ha cumplido dieciséis años. El Juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene causa para reprobársela. Para reprobársela las designaciones que haga el menor, el Juez oirá el del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba nombramiento hecho por el menor, el Juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Artículo 497.- Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor.

Artículo 500.- Los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso, tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el Juez de lo Familiar.

Artículo 501.- En el caso del artículo anterior, tienen obligación de desempeñar la tutela mientras duran en los cargos que a continuación se enumeran:

Los Jueces de lo Familiar, nombrarán de entre las personas mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutela, conforme a lo dispuesto en el Capítulo XV de este Título, cuando estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trata.

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 se estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo.

Artículo 540.- El tutor, destinará al menor, la carrera y oficio que éste elija, según sus circunstancias. Si el tutor infringe esta disposición, puede el menor, por conducto del curador, del Consejo Local de Tutelas o por sí mismo, ponerlo en conocimiento del Juez de lo Familiar, para que dicte las medidas convenientes.

Artículo 544.- Si los pupilos indigentes no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos, o si teniéndolos no pudieren hacerlo, el tutor, con autorización del Juez de lo Familiar, quien oirá el parecer del curador y del Consejo Local de Tutelas, pondrá al pupilo en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse. Si ni eso fuere posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando al menor a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta.

Artículo 546.- El tutor de los incapacitados a que se refiere la fracción II del artículo 537, está obligado a presentar al Juez de lo Familiar, en el mes de enero de cada año, un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción, a quien para ese efecto reconocerán en presencia del curador.

El Juez, se cerciora del estado que guarda el incapacitado, y tomará todas las medidas que estime convenientes para mejorar su condición.

Artículo 632.- El Consejo Local de Tutelas, es un órgano de vigilancia y de información, que además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

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

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

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

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

Artículo 633.- Los Jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobrevigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes.

Artículo 634.- Mientras que se nombra tutor , el Juez de lo Familiar debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses .(304)

d) REFORMAS DEL 14 DE MARZO DE 1973

Como lo hemos venido analizando en el transcurso de las reformas a la tutela, correspondió también al Lic. Luis Echeverría Alvarez, hacer otra reforma en el año de 1973, únicamente al artículo 631 de nuestra ley sustantiva para decir:

Artículo 631.- "En cada Delegación o Municipalidad habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Regente del Departamento del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los Delegados o Presidentes Municipales, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida.

Los miembros del Consejo no cesarán en sus funciones aún cuando haya transcurrido el término para el que fueron nombrados, hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente período." (305)

e) REFORMAS DEL 23 DE DICIEMBRE DE 1974

También durante este período, el Lic. Luis Echeverría Alvarez, aún siendo Presidente Constitucional de México, llevó a cabo durante su mandato una última reforma, sumando con ésta tres, reformándose los artículos 545 y 631 de nuestra ley sustantiva para señalar:

Artículo 545.- "Los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los dos artículos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal; pero si llega a tener conocimiento de que existen parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimentos, el Ministerio Público deducirá la acción correspondiente para que se reembolse al gobierno de los gastos que hubiere hecho en cumplimiento de lo dispuesto por este artículo.

Artículo 631.- En cada Delegación, habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o por quien él autorice, al efecto o por los delegados, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida."(306)

f) REFORMAS DEL 23 DE JULIO DE 1992

Para concluir, hay que destacar que las últimas reformas en esta materia, son precisamente estas en 1992, en especial el artículo 450 utiliza actualmente términos médicos contemporáneos para referirse a las personas incapaces, siendo Presidente de México el Lic. Carlos Salinas de Gortari, reformándose los artículos 450, 464, 466, 505, 543, 544, 561, 563, 584, 591, 597 y 600, señalando:

Artículo 450: Tienen incapacidad natural y legal:

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico y sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse por si mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Artículo 464.- El menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450, entraña sujeto a tutela de los menores, mientras no llegue a la mayoría de edad.

Artículo 466.- El cargo de tutor respecto de las personas comprendidas en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450, durante el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge tendrá obligaciones de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trate tienen derecho de que se les relleve de ella a los diez años de ejercerla.

Artículo 505.- No pueden ser tutores ni curadores de las personas comprendidas en la fracción II del artículo 450, quienes hayan sido causa o fomentado directa o indirectamente tales enfermedades o padecimientos.

Artículo 543.- Si los menores de edad, con algunas de las incapacidades a que se refiere el artículo 450 fracción II, fuesen indigentes o carecieren de suficientes medios para los gastos que demandan su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tienen obligación legal de alimentar a los incapacitados. Las expensas que esto origine, serán cubiertas por el deudor alimentarlo. Cuando el mismo tutor sea obligado a dar alimentos, por razón de su parentesco con su tutelado, el curador ejercitará la acción a que este artículo se refiere.

Artículo 544.- Si los menores o mayores de edad con incapacidades como las que señala el artículo 450 en su fracción II, no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos, o si teniéndolas no pudieren hacerlo, el tutor con autorización del Juez de lo

Familiar , quien oirá el parecer del curador y el Consejo Local de Tutelas, pondrá al tutelado en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse y habilitarse. En caso, si esto no fuera posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando a su tutelado, a fin de que no sufra daño por lo excesivo o lo defectuoso de la educación que, se le imparta.

Artículo 561.- Los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos, no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor o del mayor con alguna de las incapacidades a las que se refiere el artículo 450 fracción II debidamente justificada y previa a la confirmación del curador y la autorización judicial.

Artículo 563.- La venta de bienes raíces, es nula, si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el Juez decidirá si conviene o no la almoneda pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al tutelado.

Los tutores, no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menor valor ni dar fianza al nombre del tutelado.

Artículo 584.- En caso de maltrato, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado, o en la administración de sus bienes, podrá el curador, y los parientes del incapacitado, del Consejo Local de Tutelas dar aviso al del Ministerio Público.

Artículo 591.- También tienen obligación de rendir cuenta, cuando por causas graves que calificará el Juez, la exijan el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, los propios incapaces señalados en la fracción II del artículo 450, o los menores que hayan cumplido dieciséis años de edad.

Artículo 597.- Deben abonarse al tutor, todos los gastos hechos debida y legalmente aunque los haya anticipado de su propio caudal, y aunque de ello no haya resultado utilidad a los menores y a los mayores incapaces, si esto ha sido sin culpa del primero.

Artículo 600.- La obligación de dar cuenta no puede ser dispensada en contrato o en última voluntad, ni aún por el mismo tutelado; y si esta dispensa se pusiere como condición en cualquier acto se tendrá por no puesta".(307)

XXVI.- a) REGULACION DE LA TUTELA DE ACUERDO AL CODIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO DE 1983

El autor de éste Código, el Dr. Julián Guitrón en su libro: ¿Qué es el derecho familiar? hace una reseña de lo que dice el Código mencionado señalando:

“El Código Familiar de Hidalgo, cumplió un año de vigencia, el pasado 8 de noviembre de 1984. Las aportaciones de esta legislación, verdaderamente protectoras del núcleo familiar, cada día han ido aplicándose a mayor número de hidalguenses.

Los cuerpos colegiados de profesionistas y diversas agrupaciones de padres de familia, han contribuido a la difusión, por todo el territorio de la entidad, de la nueva legislación. Los aciertos de la misma han sido ponderados en diversos foros nacionales e internacionales, habiendo llegado incluso a exponerse el contenido de éste código, en la Universidad de París, Francia, con resultados satisfactorios ya que el mismo ha sido traducido al idioma galo, y en la actualidad algunos estudiantes de doctorado de esa institución de cultura superior, están realizando sus tesis de grados, elaborando estudios comparativos entre el Código Familiar de Hidalgo y el Código Napoleón, en la materia mencionada.

Se ha preparado por parte del estado, una edición popular, para ponerla al alcance de la mayoría de los hidalguenses, a fin de que conozcan las bondades de esta ley y puedan exigir su debido cumplimiento y sobre todo no dejarse atropellar o engañar por abogados sin escrúpulos, que en un momento dado, han usufructuado la débil situación de la familia.

Se ha procurado resaltar, en la campaña de difusión de este ordenamiento, algo muy importante; cuál era el contenido del Código Civil en materia familiar, y cuál es el nuevo enfoque a la nueva institución. Es importante, para emitir un juicio valorativo del Código Familiar de Hidalgo, conocer primero, lo que ha sido el derecho familiar tradicional en México, porque la mayoría de los casos, ha habido ignorancia y en otros mal fe, pues no es posible sostener que es bueno para la familia, que haya once clases de hijos adulterino, incestuoso, de madre desconocida, de padre desconocido, etc. que se permita el matrimonio entre adoptante y adoptado; que subsista la pérdida de la patria potestad, sin considerar que pierde más el hijo sin padre, que el padre sin hijo; que existan causales penales de divorcio, que destruyan a la familia, en su afán de sancionar al cónyuge culpable; que los ancianos estén desprotegidos, es decir que no haya disposición legal alguna que los beneficie; que se permita el fraude a la ley, en materia de alimentos por la convivencia entre abogados y funcionarios, encargados de administrar justicia familiar; larga sería la enumeración de los errores y desaciertos de una legislación familiar, como la que contiene el Código Civil vigente para el Distrito Federal; y para casi toda la República, si consideramos que hace 150 años, la copiamos a los franceses, y aún sigue vigente. Afortunadamente, esto no ocurre en

Hidalgo, y ahí la familia está verdaderamente tutelada por la Ley y los órganos creados expresamente por el gobierno del estado".(308)

Los puntos más importantes de éste Código son:

Se regulan el Capítulo Vigésimo Tercero, y nos dice que la tutela es un acto jurídico cuyo objeto, es representar al menor de edad no sometido a patria potestad, o al mayor incapacitado así como protegerlo y administrar sus bienes.

La tutela se ejerce por el tutor, vigilado por el Consejo de Familia.

Tienen incapacidad legal para desempeñar el cargo de tutores:

- a) "Los menores de edad.
- b) Los mayores de edad privados de inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- c) Los sordomudos que no sepan leer ni escribir.
- d) Los ebrios consuetudinarios o que habitualmente usen drogas enervantes.
- e) Los ciegos de nacimiento".(309)

Es necesaria la declaración judicial para los casos de incapacidad legal.

Los tutores, son representantes legales del pupilo.

Este Código regula las tres clases de tutela, al igual que en las leyes que hemos venido estudiando, la testamentaria, la legítima y la dativa.

Quien ejerce la patria potestad sobre el incapaz, puede nombrarle tutor testamentario, pero en caso de que un testador le nombre tutor no sujeto a su patria potestad, solamente lo será para la administración de sus bienes.

Procede la tutela legítima cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario.

La tutela legítima le corresponde. A los hermanos y a los colaterales hasta el cuarto grado; y en el matrimonio corresponde al cónyuge capaz.

Los hijos mayores de edad son tutores forzosos de sus padres, y siendo varios el Juez elegirá al más apto.

Procede la tutela dativa, para asuntos judiciales de un menor de edad, un sujeto a intervención o cuando no exista tutela testamentaria o legítima.

El nombramiento del tutor, lo hará el Juez Familiar escuchando al Consejo de Familia.

La tutela, no debe ser ejercida por dos personas a la vez; y en caso de imposibilidad para ejercer el cargo, el Juez nombrará un interino.

No podrán ser tutores. "Las personas incapaces sujetas a patria potestad o tutela; las personas con intereses opuestos al menor; los condenados por delitos infamantes que hayan sido suspendidos de la patria potestad; aquellos que no tengan buenas costumbres y los removidos de otra tutela".(310)

Si el tutor no protege los intereses del menor, y no cumple con las funciones originadoras del cargo o ponga en peligro los intereses del menor, será removido del cargo, dicha remoción solamente se llevará a cabo si este es oído y vencido en juicio.

Para el ejercicio de la tutela, son aplicables las disposiciones sobre patria potestad.

Los alimentos del pupilo, serán cubiertos con el producto de sus bienes; en caso de que los pupilos sean indigentes, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos, ello en forma solidaria con los parientes que tengan obligación legal de alimentarla.

Si el pupilo es indigente, su cuidado se asignará a una institución pública así como su educación.

Antes de decidir actos importantes del menor, el tutor lo comunicará al Juez Familiar. Si el menor ya tiene la edad de catorce años, podrán tomársele en cuenta sus puntos de vista para las decisiones que se tomen para resolver su situación.

Sólo por causa de absoluta necesidad, podrá el tutor enajenar o gravar los bienes del pupilo, ello con autorización del Juez de lo Familiar auxiliado por el Consejo de Familia.

El Consejo de Familia vigilará el ejercicio de la tutela, teniendo acceso directo a las funciones del tutor.

El tutor, está obligado a entregar al Juez un informe sobre la administración de los bienes y de la persona del incapaz al Juez, por lo que a falta de ello, se generará la remoción del cargo.

El rechazo de dicho informe, impide al tutor continuar en su cargo; ello procederá si el Juez Familiar auxiliado por el Consejo de Familia no acepta el informe.

En caso de que el Juez Familiar rechace el informe, el tutor no podrá volver a ocupar su cargo.

Una vez extinta la tutela, removido el tutor, deberá entregar los bienes del pupilo, así como los documentos que correspondan al inventario, y el último informe aprobado por el Juez Familiar.

Por último, cabe mencionar que la tutela se extingue. Por muerte del pupilo, o porque desaparezca su incapacidad, o cuando el incapacitado quede sujeto a patria potestad por reconocimiento o adopción.

b) REGULACION DE LA TUTELA DE ACUERDO AL CODIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE ZACATECAS DE 1986

Este Código, regula la tutela como institución de derecho familiar, la cual tiene por objeto la guarda de las personas y bienes, de todas las personas que no están sujetas a patria potestad que tienen incapacidad natural y legal, o únicamente la segunda para gobernarse por sí mismos.

Nos señala que tienen incapacidad natural y legal:

- 1) Los menores de edad,
- 2) Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún teniendo intervalos lúcidos,
- 3) Los sordomudos que no saben leer ni escribir,
- 4) Los ebrios consuetudinarios y los que no habitualmente hagan uso inmoderado de drogas enervantes".(311)

La tutela, se desempeñará por el tutor con intervención del curador, y en los términos que señala la ley.

Los oficiales del Registro Civil, y las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de dar aviso al funcionario, en los casos que sea necesario para nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Este Código regula tres tipos de tutela, la testamentaria, la legítima y la dativa.

Para que la tutela pueda conferirse, debe previamente ser declarada en términos de ley.

No pueden ser tutores, aunque estén anuentes de desempeñar el cargo:

- 1) Los menores de edad.
- 2) Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- 3) Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado.
- 4) Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o la inhabilitación para obtenerlo.

- 5) El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, fraude o por delitos sexuales.
- 6) Los que no tengan oficio o modo de vivir lícito, o sean notoriamente de mala conducta.
- 7) Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado,
- 8) Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a Juicio del Juez, a no ser que el que nombre el tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda,
- 9) Los Jueces, Magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia,
- 10) El que no este domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela,
- 11) El que padezca enfermedad crónica contagiosa".(312)

Serán separados de la tutela:

- 1) Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela.
- 2) Los que se condujeren mal o con negligencia en el desempeño de la tutela , ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado.
- 3) Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término que señala esta ley.
- 4) Los comprendidos en el artículo anterior, después que sobrevenga o se averigüe su incapacidad.
- 5) El tutor que pretenda contraer matrimonio con su pupilo.
- 6) El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en el que deba desempeñar la tutela.

Pueden excusarse de ser tutores:

- 1) Los empleados y funcionarios públicos, a excepción de aquellos que la ley impone la obligación del desempeño de la tutela dativa.
- 2) Los militares en servicio activo.
- 3) Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes.
- 4) Los que fueren tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de subsistencia.
- 5) Los que por el mal estado habitual de salud, o por su rudeza e ignorancia no puedan atender debidamente la tutela.
- 6) Los que tengan setenta años de edad cumplidos.
- 7) Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría.

Los tutores para asegurar el manejo de su cargo, deberán otorgar garantía, la cual podrá consistir en fianza, prenda o hipoteca.

Están exceptuados de la obligación de dar garantía:

1) Los tutores testamentarios cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador.

2) El tutor que no administre bienes.

3) El padre, la madre, los abuelos, el cónyuge y los hijos del incapacitado cuando son llamados a la tutela de éste.

4) Los que acojan a un menor abandonado, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de cinco años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

El incapaz, debe respetar a su tutor. Este tiene las mismas facultades que los ascendientes.

El tutor, debe alimentar y educar al incapacitado, de preferencia destinar los recursos de sus bienes a la curación de sus enfermedades o a su regeneración, si es un ebrio consuetudinario o un farmacodependiente, y deberá realizar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituye el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, ello con intervención del curador y del pupilo si cuenta con 16 años de edad.

El tutor, tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento; en defecto de ellos para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez.

Para que pueda aprobarse la retribución a los tutores, será requisito sine quanon el que con dos años consecutivos, estos hayan obtenido aprobación absoluta de sus cuentas.

El tutor, debe rendir al juez, cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año sea cual fuere la fecha en que se le hubiese discernido el cargo. La omisión de la misma, en los tres meses siguientes al de enero motivará la remoción del tutor.

Las cuentas deberán rendirse en el lugar en que se desempeñe la tutela.

La tutela se extingue:

1) Por la muerte del pupilo o por que desaparezca la incapacidad.

2) Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad.

Concluida la tutela, el tutor está obligado a dar cuenta de su administración a quienes tuvo bajo su tutela, o al representante de este.

Todas las personas sujetas a tutela, además del tutor tendrán un curador, salvo los casos en que se trate de tutores de expósitos, abandonados, de incapacitados que no tengan bienes.

Cuando al menor se le nombre un tutor interino, se le nombrará curador con el mismo carácter, sino lo tuviere definitivo, o si teniéndolo se halle impadido.

Los que tiene derecho a nombrar tutor, lo tienen también para nombrar curador.

El curador está obligado a defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente de que estén en oposición con los del tutor, exigir judicialmente se garantice el manejo de la tutela, y a vigilar la conducta del tutor para poner en conocimiento del juez lo que se considere dañoso para él.

El curador, tiene derecho a ser relevado de la curaduría, pasados diez años a partir de la fecha en que la asumió.

c) REGULACION DE LA TUTELA DE ACUERDO AL CODIGO FAMILIAR DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR DE 1994

El libro cuarto es el que se va a analizar, ya que es materia de nuestro tema.

“El presente Código, establece el régimen jurídico de la Familia, de los menores y de las personas de la tercera edad y consecuentemente, regula las relaciones de sus miembros y en éstas con la sociedad y con las entidades estatales”.(313)

Los derechos y deberes regulados por este Código, no excluyen los que conceden e imponen otras leyes en materias especiales y la solidaridad familiar.

La familia, es un grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no patrimonial o el parentesco.

Toda persona, tiene derecho a constituir su propia familia conforme a la ley, el Estado fomentará el matrimonio, con el fin que se de cabal cumplimiento a las obligaciones familiares.

La tutela, es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes para representarlos legalmente.

La tutela del menor casado, únicamente será en cuanto a la administración de los bienes del menor y representación de sus actos y contratos.

Las personas que ejercen la tutela se llaman tutores o guardadores, y pupilos o tutelados los sujetos a ella.

Están obligados a desempeñar la tutela del menor o incapaz, los parientes que sean capaces, por lo que a falta de parientes del menor o incapaz, podrá ejercer el cargo cualquier persona que cumpliera los requisitos legales y consiente ello.

La tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa.

Por regla general, la tutela será ejercida por una persona, sin embargo podrán ejercerla varias cuando el testador así lo hubiese dispuesto, o el Juez lo considere conveniente a los intereses del pupilo.

Quando se someten a guarda varios hermanos, se nombrará a uno solo tutor para todos, salvo el caso que cada uno de ellos, sean opuestos al de los otros. Asimismo se aplicará cuando se trate de cónyuges menores de edad.

También, podrá colocarse bajo una misma tutela a dos o más personas con el fin de que haya indivisión de patrimonios. Divididos los patrimonios se consideran tantas tutelas como patrimonios resulten.

El nombramiento de tutor, recaerá en quien por sus conflictos personales y sus relaciones con el menor o incapaz sea el más conveniente para éste. Por regla general se procurará que el tutor y pupilo sean del mismo sexo. (314)

Si hubiere conflicto de intereses entre pupilos sujetos a una misma tutela, el Juez los proveerá de tutores específicos para la atención de terminación de conflicto.

En cuanto no se nombre tutor o no se discierna el cargo, el Juez de oficio a solicitud del Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Representantes, deberá dictar las providencias necesarias para cuidar del menor o incapaz y la seguridad de sus bienes.

Los menores que tengan la edad de doce años, serán oídos previamente al nombramiento de tutor legítimo o dativo, o al discernir el cargo respecto al tutor testamentario.

La tutela, se ejercerá bajo al supervisión del Juez, quien actuará de oficio a solicitud del Procurador General de la República o Procuradores auxiliares departamentales o de cualquier intestado.

El Juez, podrá establecer en la resolución mediante la cual se discierne la tutela, o en otra posterior, las medidas de supervisión y control que estimen oportunas en beneficio del pupilo.

Podrán nombrar tutor testamentario, el padre o la madre que estén bajo su autoridad parental; los abuelos que estén sujetos a su tutela; cualquier persona que se instituya heredero o legatario.

A falta de tutela testamentaria, tiene lugar la legítima, motivo por el que serán llamados a esta tutela, los menores de edad, los abuelos; los hermanos, los tíos y los primos hermanos.

Entre las causas de incapacidad más comunes tenemos, la enfermedad mental crónica e incurable aún cuando existan intervalos lúcidos; y la sordera, salvo que la persona pueda entender y darse a entender.

A falta de tutela legítima, tiene lugar la dativa, el Juez nombrará persona que reúna los requisitos señalados en la ley.

Si alguna persona hubiere recogido a un niño expósito o abandonado, será preferido en el nombramiento para tutor.

Las causas más comunes de inhabilidad para ser tutores, se encuentran las siguientes; los menores de edad y los incapaces; los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo una condena por cualquier delito; aquellos que hubiesen sido removidos de otra tutela o no hubieren sido aprobadas sus cuentas ante el Juez; los que observaren conducta inmoral; los declarados en quiebra o concurso; aquellos que hubiesen sido suspendidos en el ejercicio de la misma, o se les hubiere privado de la administración de los bienes de los hijos; los acreedores y deudores del menor o incapaz en cantidad considerable y los que carezcan de domicilio en la República.

Podrán excusarse de la tutela:

- 1) Los que tuvieren a su cargo otra tutela, salvo se tratase de pupilos hermanos.
- 2) Los mayores de setenta años.
- 3) Los que tuvieren bajo su autoridad parental tres o más hijos.
- 4) Los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia.
- 5) Los que padezcan enfermedad crónica que les impida cumplir los deberes del cargo.
- 6) Los que tengan que ausentarse de la República por más de seis meses o lo hicieren reiteradamente".(315)

Al asumir la tutela, el tutor deberá iniciar las diligencias de inventario y avalúo de los bienes del menor o incapaz dentro de los ocho días siguientes a la aceptación del cargo.

Una vez practicado el inventario y avalúo, el tutor deberá constituir garantía de la administración, excepto que el testador lo hubiere relevado de esta prestación.

La garantía por lo menos deberá cubrir, el importe de los bienes muebles que reciba el tutor; el promedio de la renta de los bienes, en los últimos tres años anteriores a la tutela;

las utilidades del pupilo, que cualquier empresa pudiese recibir durante un año; éstas deberán aumentarse o disminuirse según varíen los valores expresados.

Cuando la tutela se ejerza por varios tutores, deberán atenderse a las siguientes reglas:

1) Las facultades que les corresponden, habrán de ser ejercitadas por ellos conjuntamente; si el testador así lo dispuso expresamente, el Juez resolverá que dichas funciones se distribuyan entre los tutores.

2) Cuando por cualquier causa falte alguno de los tutores, la tutela subsistirá en los restantes, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

El tutor, forzosamente deberá cuidar de su pupilo, ello como un buen padre de familia, y mas aún si el pupilo ha sido declarado incapaz, motivo por el que deberá educar y formarlo íntegramente, facilitarle un acceso educativo o brindarle una profesión u oficio.

El tutor necesita autorización judicial para los siguientes casos:

- 1) Para internar al pupilo en un Centro de Salud Mental,
- 2) Para enajenar o gravar bienes inmuebles o derechos reales del pupilo; para dar en arrendamiento por mas de tres año o por mas tiempo los bienes del pupilo.
- 3) Para repudiar herencias, legados y donaciones a favor del pupilo.
- 4) Para resolver sobre la forma, condiciones y garantías en que debe colocar a crédito el dinero del pupilo.
- 5) Para pagarse créditos que tenga contra el pupilo.
- 6) Las demás prestaciones de Ley.

Los frutos y ganado podrán venderse sin autorización judicial, siempre que el valor no sea inferior al cotizado diariamente.

Se prohíbe al tutor, contraer por interpósita persona o a nombre de otro con el pupilo derechos y acciones al no ser que resultare de subrogación legal; disponer a título gratuito de los bienes del pupilo; excepto las donaciones en dinero y otros bienes muebles a favor de un consanguíneo necesitado, autorizados por el Juez; disponer a título gratuito de los bienes del pupilo, excepto las donaciones en dinero y otros bienes muebles a favor de un consanguíneo necesitado autorizados por el Juez; aceptar donaciones del que fue su pupilo, sin que estén aprobadas las cuentas de la administración de la tutela.

CAPITULO TERCERO GENERALIDADES DE LA CURATELA

I.- SIGNIFICADOS:

a) ETIMOLOGICO

Curatela. Del latín *curatoria*, *curator*. F. *Curateur*.- I.- *Curator*- A. *Pfizer*.- II. *curatore*.- P. *Curator* (del latín *curator*). Adj. y S. que cuida de alguna cosa. que cura y f. Persona elegida o nombrada para cuidar de los bienes y negocios del menor.

Curaduría: F. *Curatelle*.- I. *Guardianship*.- A. *Kuratel*, *Pflegschaft*.- It. *Curatela*.- P. *Curaduría*. F. Cargo de curador de un menor o de un pródigo. (316).

Analizando los elementos con los que cuenta esta definición, la verdad es que todos van dirigidos a realizar un cuidado concretamente, sería el de todos los actos del tutor respecto a la persona y bienes del pupilo.

Es decir el curador, deberá estar al pendiente de todo aquello que realiza el tutor, como lo es percatarse de que efectivamente le sean proporcionados todos los alimentos, y principalmente si es una persona enferma, que reciba la ayuda médica para su rehabilitación física y en su caso mental.

En el caso de los bienes, habrá el tutor de administrarlos como un buen padre de familia, para ello el tutor conjuntamente velará por los intereses del menor o incapaz, debiendo cuidar del producto de dichos bienes, y su destino sea el correcto, debiendo informar al Juez todo aquello que considere contrario a derecho; las cuentas que rinde el tutor durante el mes de enero de cada año, el curador previamente rendirá informe al Juez de sus gestiones y revisión de esas cuentas.

Lo que hace a la curaduría, hacemos alusión a esta definición, puesto que de ella deriva la obligación del curador para hacerse responsable del cuidado del incapaz; sin embargo podemos percatarnos que hace mención no solo al cargo de cuidar los intereses de un menor, sino también a los de un prodigo, es decir aquella persona que ha llevado una vida irregular. Nosotros consideramos que al hablar únicamente de pródigo cierra las funciones de tutela y curatela; la definición no se ajusta a derecho, debido a que una persona por ser incapaz no es precisamente pródiga, puede ser una persona enferma física o mentalmente, o tenga alguna adicción, motivo por el que no debemos con ello cerrarnos a lo que nos dice es definición que es en parte aceptable.

b) JURIDICO

Curatela. "Es una institución que en Derecho Civil tiene por fin, la protección individual de la persona incapaz y de su patrimonio. En su ejercicio asistencial, esta llamada a suplir deficiencias psíquicas y evitar que ellas deriven en su perjuicio".(317)

La protección individual, es un elemento importante en esta definición, en efecto el curador tiene la función específica de cuidar todos los actos que realice el tutor, que se de al incapaz todo lo necesario para su subsistencia y en su caso rehabilitación si es necesaria.

El curador, también deberá velar por los intereses del pupilo, debiendo estar pendiente de la administración que lleve a cabo el tutor; fiel producto de los bienes de la tutela, tienen el destino que señala la ley; asimismo dar su dictamen al Juez durante el mes de enero de cada año, con el fin de confirmar la autenticidad en las cuentas.

Al referirse a potestad pública, se debe a que la curatela es un cargo de carácter obligatorio regulado en la ley, y que en cualquier tutela debe nombrarse; es interés del estado el cuidar que quede debidamente protegido el incapaz, motivo por el que es necesario el nombramiento, debido a que es un auxiliar del Juez para que la curatela tenga eficacia.

En efecto, uno de los fines de la curatela, es asistir a las personas incapaces cuidando sus intereses personales y patrimoniales si es que los hay.

Social y jurídicamente, la curatela tiene beneficios para el menor, debido a que las funciones que desempeña el curador, pretenden castigar a un tutor en caso de irresponsabilidad.

El Código Civil para el Distrito Federal, señala en su artículo 618, que toda persona que este sujeta a tutela, cualquiera que sea su naturaleza, tendrán no solo tutor, sino curador, salvo los casos que señala la ley; con lo cual confirmamos la obligatoriedad de la Institución.

"Como Institución Jurídica, nace de una potestad pública, que se ejerce por una policía civil, cuya finalidad es la asistencia de las personas incapacitadas por causa de edad o de salud, así como la custodia de patrimonios que se encuentran en circunstancias especiales.

De una concepción individualista, que lleva en nuestro Código a la supresión de la restitución, se ha llegado a imponer socialmente en determinados beneficios a cargo de la sociedad, como el régimen de las prescripciones. Habiendo destacado la jurisprudencia la orientación de la doctrina en lo referente a la extensión de las funciones del estado, respecto a la protección de los incapaces, que tiende a ampliar su campo de acción".(318)

c) GRAMATICAL

Curatela. "Del lat. Curatoria, con cambio de sufijo por analogía con tutela. F. Curaduría". (319)

Curatela. "Del lat. Curator, curador. F. Curaduría". (320)

Curaduría. "F. Cargo de curador de un menor. Ejemplar. La que se daba para los incapacitados por causa de demencia". (321)

El término curatela, deriva de la palabra cuidar, velar por los intereses de un incapacitado; durante la época romana, no existió el curador con las funciones que conocemos, sino más bien se nombraba curador a aquellas personas que sufrieran enfermedades mentales; razón por la cual es indispensable el nombramiento.

Con la evolución de las instituciones, actualmente en México, la curatela es un cargo de interés público, el cual cuida las funciones del tutor.

II.- PERSONAS SOMETIDAS A CURATELA Y SUS CLASES

El Código Civil para el Distrito Federal, dispone en su artículo 622 los impedimentos y excusas de los tutores, y señala que también regirán igualmente respecto de los curadores; así mismo en el artículo 623 del mismo ordenamiento, las personas que tienen derecho a nombrar tutor, lo tiene también de curador.

El artículo 624, señala que podrán designar curador con aprobación judicial:

1) "Aquellos que hayan cumplido dieciséis años, lo cual será confirmado por el Juez Familiar, de lo contrario este nombrará un tutor conforme a las listas que forma cada año el Consejo Local de Tutelas mediante audiencias del Ministerio Público.

2) Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio cuando se trate para negocios judiciales.

Fuera de lo anterior, o cuando la ley exprese lo contrario, el curador de todos los demás individuos sujetos a tutela será nombrado por el Juez". (322)

La potestad del curador, depende del estado civil del incapaz sujeto a curatela.

Hay dos clases de curatela:

1) La de los menores emancipados y

2) La de los incapacitados y los declarados pródigos.

La primera de ellas, el emancipado cuyos padres fallecieron o quedaren incapacitados, quedarán sujetos a curatela, ello solamente para actos en los que la ley lo requiera, es decir, este tipo de curatela, es de carácter rígido.

Y la segunda, es decir la curatela de los incapacitados; para que queden sometidos a ella, requieren que una sentencia así lo estipule y establezca la sujeción a curatela.

Es la sentencia, la que determina los actos para los que el sujeto requiere la asistencia del curador y si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención de curador, se entenderá que esta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según esto, autorización judicial.

Aquellas personas declaradas pródigos, están siempre sujetas a curatela, por lo que si existe sentencia, ésta determinará, los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador.

Estas restricciones, y en consiguiente la curatela, no se producen directamente para proteger al mismo pródigo, sino para proteger determinados intereses familiares que este ha puesto en peligro con su conducta.

Cualquier persona sometida a tutela, deberá tener un curador, de lo contrario no podrá desempeñar el cargo de tutor, y si lo hace será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al incapaz.

III.- EL CURADOR

"Es la persona nombrada en testamento, por el Juez o por el pupilo mayor de dieciséis años o emancipado, que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, dentro o fuera de juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los del tutor".(323)

a) Clases de curador:

Existen tres clases:

- 1) Definitivo o interino.
- 2) Testamentario.
- 3) Dativo.

Es definitivo. Aquel curador nombrado al mismo tiempo que el tutor de esa clase. Cualquier persona sometida a tutela no importa cual, además de contar con un tutor, tendrán un curador a excepción de los menores expósitos acogidos por particulares o instituciones de beneficencia pública.

Es interino. Cuando el tutor tenga esa misma calidad; cuando estando varios menores sujetos a un mismo tutor, existan intereses opuestos entre ellos; y en los casos de impedimento, separación o excusa del curador titular

Por último el testador testamentario. Es el nombrado por quienes tienen derecho a nombrar tutores en su testamento, o aquellos que ejercen la patria potestad sobre un incapaz.

En todos los demás casos el curador será dativo, ello mediante el nombramiento del Juez por el menor emancipado o no emancipado si ya cumplió dieciséis años.

b) Deberes del curador.

Más que deberes, son obligaciones que tiene el curador frente al pupilo, ello como lo señala el artículo 626 de nuestra ley sustantiva:

1) Defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, ello en caso de que estén en oposición con los del tutor.

2) Vigilar la conducta del tutor, y poner en conocimiento del Juez todo aquello que estime perjudicial para el incapaz.

3) Avisar al Juez para que haga nombramiento de tutor, cuando faltare o abandonare la tutela.

4) Cumplir con las demás obligaciones que señale la ley. (324)

c) Derechos del curador

Podrá excusarse por las mismas razones que las del tutor, así como tener los mismos impedimentos para cumplir con la curaduría

El curador al igual que el tutor, no podrá ser removido del cargo hasta no ser oído y vencido en juicio.

Podrá ser relevado el curador del oficio, cuando hayan pasado diez años desde que se encargó de ella.

El curador, tienen derecho a cobrar honorarios que hubiere señalado el testador en su testamento, de lo contrario se hará conforme al arancel de los tutores y procuradores, por lo que no podrá pretender una mayor remuneración.

En caso de que tenga que erogar gastos para el desempeño del oficio, se le devolverán con previa justificación.

d) Cesación de la curatela

Cesa en primera instancia, cuando es relevado el cargo pasados los diez años como señala la ley, previa entrega de las gestiones pendientes que debe entregar al Juez.

Asimismo, cesa cuando el incapacitado sale de la tutela, sin embargo si el tutor es cambiado por alguna circunstancia continuará el curador en su desempeño.

Las obligaciones del curador son las siguientes.

1) Defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.

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

3) Dar aviso al Juez para que haga el nombramiento del tutor, cuando este faltare o abandonare la tutela.

4) Investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar, qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramiento.

5) Cuidar con especialidad de los tutores, para que cumplan con el deber de procurar la curación y rehabilitación de los incapacitados a su cargo. (325)

IV.- DE LOS CONSEJOS LOCALES DE TUTELAS

Si analizamos la estructura que señalan los artículos 631 a 634 del Código Civil, nos percatamos de que nos encontramos frente a una institución que no era conocida hasta que entró en vigor dicho ordenamiento actual en 1932.

Este órgano aún cuando estaba regulado desde 1932, fue hasta 1979, cuando verdaderamente se designaron sus miembros y comenzó a estar en funcionamiento, como lo señala el artículo 631.

A diferencia de los códigos de 1870, 1884 y en la Ley de Relaciones Familiares, sólo se expresaba que la tutela se desempeñaba por el tutor con intervención del curador.

Este consejo, es un órgano de vigilancia y de información, coadyuvante de los Jueces de lo Familiar en lo relativo al correcto ejercicio de la tutela y en la vigilancia de los menores e incapacitados que deban ser sujetos a la misma.

En cada Delegación del Distrito Federal, habrá un Consejo Local de Tutelas, que deberá estar compuesto por un presidente y dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de sus funciones.

El nombramiento de los presidentes y vocales, será hecho por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o por quien autorice al efecto, o por los delegados en el mes de enero de cada año. Los nombramientos deberán caer en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida.

Analizando lo anteriormente expuesto, nos damos cuenta de que solamente se concede un período de un año a los tres funcionarios para desempeñar el cargo. Es un término muy corto; y la renovación anual sólo incita a que se considere un organismo burocrático, por lo que consideramos al analizarlo una cuestión, ¿Qué interés podría tener el funcionario respecto de la suerte de los menores y de sus bienes?.

En el Consejo Local de Tutelas, en los primeros meses, como todo transcurriría tratando sus miembros de ponerse al día, por lo que los proyectos y estudios que habían iniciado habrán de dejar forzosamente sin concluirlos.

El Consejo Local de Tutelas, es un órgano de vigilancia o 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 estamos sujetos a patria potestad tienen alguna incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

Actualmente, hay dieciséis consejos existentes en el Distrito Federal; que dependen de una oficina central a cargo de la procuraduría en la defensa del menor y la familia, dependencia que a su vez forma parte del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, Organismo Público Descentralizado con personalidad y patrimonios propios creados por el Poder Ejecutivo Federal el 10 de enero de 1977 conocido como DIF.

De acuerdo al artículo 631 del Código Civil, "señala que cada Consejo Local de Tutelas estará compuesto por un presidente y dos vocales, que durarán un año en el ejercicio a su cargo nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal". (326)

No obstante, la ley señala un año para el cumplimiento del cargo aludido, los miembros del consejo no cesarán en sus funciones aún cuando haya transcurrido el término para el que fueron nombrados, hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente período.

El artículo 632, señala las obligaciones principales del Consejo Local de Tutelas:

“El Consejo Local de Tutelas, es un órgano de vigilancia y de información que además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tienen las obligaciones siguientes:

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

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

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

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

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

VI.- Vigilar el registro de tutelas a fin de que sea llevado en debida forma”. (327)

Los Jueces de lo Familiar, son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Vigilarán al tutor a efecto de que cuide la no transgresión de sus deberes.

En tanto no se nombre tutor al incapaz, el Juez tiene la obligación de tomar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses.

V.- LOS JUECES DE LO FAMILIAR

“Son autoridades exclusivamente encargadas de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una supervigilancia sobre el cumplimiento correcto de los deberes del tutor. Es el Juez Familiar, la autoridad encargada en cada caso de deferir la tutela de los menores para comparecer en juicio”. (328)

El Juez de lo Familiar, es el encargado de nombrar tutor dativo, cuando no exista tutor testamentario, ni persona que pueda cumplir el cargo de acuerdo con la ley. Si la persona nombrada tutor acepta su cargo, corresponde al Juez de lo Familiar deferir la tutela. La deferición de la tutela, es un acto de jurisdicción que confirma el nombramiento del tutor. El discernimiento del cargo del tutor, es el acto judicial por medio del cual el Juez de lo Familiar, después de comprobar que los intereses del incapacitado quedan debidamente asegurados, inviste al tutor de los poderes de representación, gestión y potestad para el cuidado del pupilo.

Mientras se nombra tutor, y se le discierne el cargo, el Juez de lo Familiar, debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus bienes.

Actualmente, esta institución es compleja y repetitiva como lo hemos señalado, ya que el curador debe vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del Juez todo aquello que considere que puede ser perjudicial al patrimonio del incapacitado.

Por otra parte, el Consejo Local de Tutelas, es un órgano de vigilancia e información; para finalizar el Juez Familiar ejercerá una sobrevigilancia, en todo el conjunto y actos del tutor, por lo que es compleja y contradictoria para el desarrollo de la institución, por lo que una de las propuestas de esta tesis, es la desaparición de órganos tutelares, los cuales más adelante en el capítulo cuarto analizaremos.

"Se debe avisar al Juez de lo Familiar cuando fallezca una persona que ejerza la Patria Potestad sobre un incapacitado a quien debe nombrársele tutor. Tiene obligación de dar aviso, dentro de los ocho días que sigan al fallecimiento, quien conozca el hecho, los Jueces del Registro Civil, las Autoridades Administrativas y las Judiciales". (329)

El Juez de lo Familiar, cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad, sobre un incapacitado a quien debe nombrársele tutor.

Tiene obligación de dar aviso, dentro de los ocho días que sigan al fallecimiento; quien conozca el hecho, los Jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y judiciales.

Si el Juez no cumple con las obligaciones que tiene ante el incapaz, cuando este no tenga tutor aún, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces.

En caso de que un incapaz sea presunto interdicto, deberá el Juez Familiar ponerlo a disposición de los médicos que se encarguen de él, para efectuarle el examen correspondiente.

El Juez, debe cuidar que el tutor otorgue la garantía legal que señala la ley, a efecto de que pueda asumir el cargo.

A moción del Ministerio Público; del Consejo Local de Tutelas; de los parientes del incapacitado o de éste, si ya cumplió dieciséis años, deberán tomar las decisiones útiles para la conservación de los bienes del pupilo.

En audiencia, el Juez deberá fijar la cantidad que deberá invertirse en alimentos y educación del incapaz.

El pupilo, tiene derecho a elegir carrera o profesión, o bien la obligación de otorgar aquella que hubiere destinado el testador al pupilo.

También, el Juez participa a exigir a quienes tengan obligación alimenticia dar a los pupilos indigentes, o para ponerlos en una institución de beneficencia pública o privada donde pueda educarse.

Si el padre o madre del menor ejercían algún comercio o industria, el Juez deberá decidir sobre si se continúa con el negocio o no.

El Juez, también decide sobre la enajenación de bienes inmuebles y muebles preciosos, pues sólo podrán enajenarse con autorización judicial y por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad menor.

El Juez Familiar, es el encargado de nombrar tutor dativo cuando no exista tutor testamentario ni persona que pueda cumplir el cargo de acuerdo con la Ley. Si la persona nombrada tutor acepta su cargo, corresponde al Juez de lo Familiar deferir la tutela. La deferición de la tutela es el acto de jurisdicción que confirma el nombramiento del tutor. El discernimiento del cargo de tutor, es el acto judicial por medio del cual el Juez de lo Familiar, después de comprobar que los intereses del incapacitado quedan debidamente asegurados, inviste al tutor de los poderes de representación, gestión y potestad para el cuidado del pupilo. (330)

Al igual, el Juez autorizará la erogación de gastos extraordinarios en la conservación del Juez para transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapaz, y el Juez deberá aprobar el nombramiento de los árbitros.

Para poder dar en arrendamiento los bienes del pupilo, el tutor deberá tener autorización judicial para poder darlo por más de cinco años.

Principalmente, el Juez debe cuidar lo relativo a la mejoría de los incapaces, por lo que cada año en el mes de enero se entregará un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción.

VI.- JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

FILIACION RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES, EXTEMPORANEOS Y SIN LA INTERVENCION DEL TUTOR. El reconocimiento de hijos naturales que se haga, presentándolos al Registro Civil fuera del término que la ley señala, no tiene en nuestras leyes la sanción de que se considere nulo el acto mismo de la presentación, y ni siquiera que

pueda considerársele como anulable, pues la sanción señalada de manera expresa por la ley, consiste en la imposición de una multa a quienes no cumplen con la obligación de llenar esa formalidad legal en tiempo oportuno, tampoco es motivo para considerarse nulo o anulable el acto de presentación, el hecho de que el menor tenga el carácter de hijo natural por no ser casados sus padres y no haber intervenido su tutor, que el consentimiento de tutor se ha establecido en beneficio del menor y no en su perjuicio, no se sigue que el menor deba perder los derechos que derivan de su reconocimiento sólo corresponde a éste impugnarlos, si le perjudicare.

5a. Época: Tomo CXIX, pp. 357. AD 1482/53.

Rodolfo Arias Medrano. 5 Votos. Sexta Época 4a. parte.

Vol. IV pp. 167 AD. 878/53 Juan Barreto Méndez.

Vol. XVIII, pp. 49 AD. 4914/57 Jesús Contreras de Toledo.

Unanimidad de 4 votos.

Vol. IV pp. 94 AD. 7644/60 Rosaura Coronado Vda. de Márques.

Vol. LIII pp. 9 AD. 3789/60 Juan Estrada Reyes.

Unanimidad de 4 votos.

Esta Tesis fue publicada, con el número 154 en el apéndice 1917-1985 4a. parte pp. 457.

TUTELA DATIVA. NO SE EXTINGUE AUTOMATICAMENTE CUANDO EL MENOR ALCANZA LA MAYORIA DE EDAD DURANTE EL LITIGIO EN EL QUE ES REPRESENTADO POR SU TUTOR. Conforme a lo dispuesto en el artículo 556 del Código Civil del Estado de San Luis Potosí, la tutela se extingue cuando desaparezca la incapacidad del pupilo, entre otros casos, cuando alcance la mayoría de edad. Pero tal disposición, no tiene el alcance de que el tribunal que conozca de un juicio en que intervenga un menor de edad, representado por tutor dativo, desconozca personalidad a éste, por el sólo hecho de que aquel alcanzó la mayoría de edad durante el procedimiento, pues lo correcto, es que al reconocer de esta circunstancia, el tribunal requerirá al pupilo para que comparezca en juicio por sí mismo, o bien por conducto de diversa persona que lo represente legítimamente y sólo después de ese requerimiento, en el supuesto de que no compareciera a juicio por sí o por representante legal, podrá negarse la subsiguiente intervención del autor dentro del procedimiento en que había venido compareciendo como tutor.

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito.

Amparo directo 32/94. Sucesión intestamentaria a bienes de Baltazar Herrera García. 10 de Febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Albear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Marzo 1994. Tomo XIII. pp. 513.

TUTELA TESTAMENTARIA. NO ES VALIDA LA DESIGNACION HECHA POR UNO DE LOS PROGENITORES SOBRE SU MENOR HIJO CUANDO A LA MUERTE DEL TESTADOR SOBREVIVE EL OTRO PROGENITOR QUE LEGALMENTE EJERCE LA PATRIA POTESTAD. Si bien es cierto, que por virtud de la libre testamentificación establecida en el artículo 3090 del Código Civil para el Estado de Puebla, el testador está facultado para disponer de sus bienes, también es cierto, que esa facultad está sujeta a las limitaciones que marca la ley, dado que de conformidad con el artículo 3092 del mismo ordenamiento, las condiciones que el testador establezca, deben ser legalmente, pues de lo contrario ese tipo de condiciones, sean de hacer o no hacer, se tendrán por no puestas. Acorde a lo anterior, no resulta correcto declarar la validez de la designación de un tutor testamentario sobre un menor de edad, a quien el padre en su carácter de testador también instituye como único y universal heredero en el testamento, cuando al denunciarse la sucesión sobrevive la madre del menor que legalmente ejerce la patria potestad sobre el, dado que esa condición resultaría legalmente imposible de cumplir en razón a que, de los dispuestos 397 y 258 del referido Código Civil se deduce que la tutela sólo procede cuando proveniente de disposición testamentaria, su procedencia esta sujeta a ciertas prohibiciones y modalidades previstas en los artículos 422, 423, 425 y demás relativos del citado Código, pues en el primer precepto se prohíbe a un ascendiente designar en su testamento un tutor sobre el menor que tiene bajo la patria potestad cuando sobreviva el otro ascendiente en el mismo grado, el segundo de esos preceptos, prohíbe designar tutor aún cuando sea para administrar los bienes que deja el testador, en los casos en que el incapaz, esta bajo la patria potestad de alguien, y finalmente, en términos del artículo 425 sólo puede designar tutor testamentario el progenitor que sobreviva al otro, pero con el único fin de excluir a los ascendientes en quienes deberá recaer el ejercicio de la patria potestad sobre el menor a la muerte del testador.

Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Amparo en revisión 372/83. Guillermina Virnies Colorado. 23 de junio de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Gómez Mercado. Secretario José Guerrero Lascars.

Informe 1983. Núm. 25 Pág. 280.

TUTELA. IMPEDIMENTO DE LA CÓNYUGE PARA EJERCERLA. Es incorrecto, estimar que el artículo 503, Fracción VII, del Código Civil para el Distrito Federal, que determina quienes pueden ser tutores aunque estén anuentes en recibir el cargo, deba interpretarse con exclusión del cónyuge del incapacitado, porque si bien el diverso 486 del mismo ordenamiento preceptúa en términos generales que la mujer o el marido son tutores legítimos forzosos, ello atiende a los estrechos lazos afectivos o de cooperación que existen entre los esposos, que no deben disminuir ni distanciar por la incapacidad sobrevenida a algunos de ellos. De ahí, que la obligación de desempeñar la tutoría subsiste, en tanto se conserve el carácter de cónyuge. Sin embargo, es lógico inferir, sin que exista disposición legal en contrario, que cuando existe pendiente de resolverse los cónyuges un juicio

contradictorio de divorcio esa contraposición de intereses impide ejercer la tutela, pues de otro modo se desvirtuaría su naturaleza que tiende a la guarda de la persona y bienes de quien tiene algún tipo de incapacidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 449 del Código Civil, por lo que podría prevalecer la regla general sobre la especificación.

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo Directo 4730/94. Ana Kalia Zarkín de Cortés. 31 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Martín Antonio Ríos. Secretario: Víctor Francisco Mota Cienfuegos.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIV, Diciembre 1994. pp. 454.

TUTOR DATIVO. SU DESIGNACION EN JURISDICCION VOLUNTARIA DEBE HACERSE CON AUDIENCIA DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA). A los padres del menor, en ejercicio de la patria potestad, se les viola la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 Constitucional, en relación con los artículos 894 y 896 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Coahuila, si no se les llama por el Juez de lo Familiar a las diligencias de jurisdicción voluntaria antes de nombrar tutor dativo, ya que ello les impide oponerse de la representación legal que tienen sobre su menor hijo al ejercer la patria potestad.

Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito.

Amparo en revisión 473/94. Rosa Elena Mendoza Quiróz. 19 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretaria: Laura Julia Villareal Martínez.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XV, Febrero de 95. pp. 225.

TUTOR DEFINITIVO. EL MARIDO. LEGITIMA Y FORZOSAMENTE LO ES DE SU MUJER. Si bien es cierto, que el inciso a) de la fracción III, del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que el nombramiento de tutor y curador interino deberá recaer en el padre, madre cónyuge, hijos, etc., tal disposición se refiere única y exclusivamente al nombramiento de tutor interino cuya función primordial se limita actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado, pero no tiene vigencia, cuando se trata de la designación de un tutor definitivo, a quien se le otorgan las plenas facultades que la ley consigna y que las ejerce al habersele discernido el cargo que le confiere los poderes y facultades inherentes a su función, por lo que tratándose del tutor definitivo debe estarse a lo preceptuado por el diverso numeral 486 del Código Civil, que previene que el marido, es tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido.

Amparo directo 767/87. Virginia de Monroy. 11 de enero de 1988. Unanimidad de 4 votos. Ponente José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Alfredo Gómez Molina. Ausente: Ernesto Díaz Infante.

Octava Época. Semanario Judicial de la Federación. Tomo I Enero-Junio 1988. Tercera Sala. Primera Parte 1. pp. 350.

TUTOR Y CURADOR. PARIENTES QUE NO PUEDEN DESEMPEÑAR TALES CARGOS. Es errónea, la consideración del Tribunal de Alzada, consistente en que el artículo 458 del Código Civil para el Distrito Federal sólo es aplicable a los parientes consanguíneos y, por ende, deba excluirse a los parientes por afinidad; ya que dicho precepto, no hace señalamiento alguno, respecto a que se limite a los parientes consanguíneos, la prohibición para que dos personas ligadas entre sí por parentesco en cualquier grado en línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral, desempeñen al propio tiempo los cargos de tutor y curador; por lo tanto, es claro que la hipótesis normativa en cuestión abarca a las tres clases de parentesco reconocidas por la ley, toda vez que donde el legislador no distingue, el intérprete de la ley tampoco lo puede hacer; además, el artículo 11 del ordenamiento citado, dispone, que las leyes que establezca excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 5137/90. Beatriz Haro Gavilán de Olavarieta. 11 de Abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Nuñez Gaytán.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo VII, Mayo de 1991. pp. 321. Tercera Tesis.

TUTOR. EL NOMBRAMIENTO DE. EN RAZON DE CONCURRIR COMO HEREDEROS PADRE E HIJOS MENORES. NO COMPRENDE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS MENORES. Si bien es cierto, que el Juez de lo Familiar tiene facultad y obligación de dictar las providencias necesarias para asegurar los bienes de la herencia cuando hayan menores interesados, decretando las medidas que tiendan a protegerlos de conformidad con lo establecido en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, máxime cuando los intereses que se ventilan entre padre e hijos son opuestos y concurren a la intestamentaria como herederos, también es cierto, que el nombramiento de tutor de los menores en cumplimiento del artículo 440 del Código Civil, no debe comprender la guarda y custodia de los menores, la que le corresponde al padre en ejercicio de la patria potestad.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

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

Informe 1982. Núm. 18 pp. 137.

TUTOR. NOMBRAMIENTO DE. SOLO ES NECESARIO CUANDO EL INCAPAZ NO ESTA SUJETO A PATRIA POTESTAD. (LEGISLACION DE ESTADO DE CHIAPAS). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 444 del Código Civil para el Estado de Chiapas, sólo es necesario el nombramiento de tutor al incapaz que no está sujeto a patria potestad.

Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Amparo directo. 225/90. Carlos Mosqueda Vidal. 31 de Enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretaria: Leticia Higuera Hernández.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo VIII, Noviembre 1991. pp 329, Primera Tesis.

CURADOR INTERVENCION DEL. EN LAS COMPREVENTAS REALIZADAS POR EL TUTOR. (LEGISLACION DEL ESTADO DE MICHOACÁN). El Código vigente en el Estado de Michoacán, no señala como requisito la validez de la compraventa realizada por el tutor, sobre bienes del incapacitado, y vigilar la conducta del tutor; por lo que si se les concedió autorización a éste para enajenar un bien inmueble, debiéndose utilizar el producto para alimento y atenciones médicas del incapacitado, la intervención del curador es imputable al entonces tutor y en todo caso debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 546 del ordenamiento civil señalado.

Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito.

Amparo directo 7/89. Oscar Miguel Sandoval Delgado. Secretaria: Martha García Verduco.

Sexta Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo III. Enero-Junio. 1990. Segunda Parte-1. pp. 239.

Informe 1989. Tercera Parte. pp. 1260.

CUSTODIA DE MENORES. CAMBIO DE LA. CUANDO EN LA SENTENCIA DE DIVORCIO NECESARIO. LA AUTORIDAD OMITIÓ OTORGARLA AL CÓNYUGE INOCENTE DE DIVORCIO NECESARIO. LA AUTORIDAD OMITIÓ OTORGARLA AL CÓNYUGE INOCENTE. Cuando el rompimiento del vínculo matrimonial, como resultado de un juicio de divorcio necesario, la custodia de los menores deberá otorgarse en favor del cónyuge, empero, si esa obligación emana de la ley, pero no fue cumplida y los infantes permanecen con el declarado culpable, para el menor de dicha custodia, se deben acreditar las circunstancias actuales que exige la modificación y no es dable otorgarla como resultado de la sentencia de divorcio por haberlo contemplado ésta.

Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito.

Amparo Directo 447/93. Alfredo González Mondragón. 30 de Junio 1993. Unanimidad de votos Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Juan Arturo Cuayahuitl Orozco. Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Marzo de 1994. Tomo XI. pp. 336.

CUSTODIA PROVISIONAL DE MENORES. JUICIO SOBRE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD. AUDIENCIA DE AVENIMIENTO TRATANDOSE DE. Si bien es cierto que a solicitud de la quejosa, se le concedió la custodia provisional del menor, el hecho de que la responsable haya citado a las partes en pugna a una audiencia de avenimiento, en la que procurará que ajusten o concuerden sus intereses y de lo contrario deberá estarse a lo establecido por el artículo 1107 del Código de Procedimientos Civiles, por lo que dicha cita no es violatoria de garantías individuales, pues no implica que se vaya a revocar la custodia decretada, además de que dicha custodia no se ha resuelto en forma definitiva y, por ende, la responsable puede en cualquier estado del juicio ordenar que quede a cargo de alguno de los padres de otra persona, si ello conviene al menor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1165 del ordenamiento legal en cita.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en revisión 615/87. Guadalupe Méndez Blanca. 26 de Enero de 1988. Unanimidad e Votos Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario Jorge Alberto González Alvarez.

Octava Época: Semanario Judicial de la Federación. Tomo XIV. Julio 1994. Primera Parte pp. 524.

CUSTODIA. SU PERDIDA COMO MEDIDA PROVISIONAL NO IMPLICA LA DE LA PATRIA POTESTAD. Cuando en el juicio natural, se hace declaración sobre la custodia de hijos menores, como consecuencia de medidas provisionales, la declaración se concede la custodia en favor de alguno de los padres, no implica para quien la obtuvo, la pérdida de su derecho a ejercer la patria potestad, pues ésta, es materia de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio correspondiente.

Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Amparo en revisión 412/88. Salvador Armando Aguilar y Lara. 18 de Noviembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Oscar Vázquez Alfaro. Secretario: José Ignacio Valle Oropeza.

Octava Época: Semanario Judicial. Tomo VI. Julio-Diciembre 1990. Segunda Parte. Tribunales Colegiados. pp. 49

En esta parte de la tesis, citamos una serie de Jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuales en términos del artículo 192 de la Ley de

Amparo son de carácter obligatorio; con el fin de dar refuerzo a este tema; motivo por el que no podía pasar por desapercibido citar algunas de ellas, la Jurisprudencia es el conjunto de decisiones de los tribunales sobre una materia, cuando la citamos es con el fin de resolver un caso concreto y fortalecer el supuesto al que nos estamos refiriendo.

En los tribunales se presentan una serie de situaciones jurídicas cotidianamente, las cuales tienen resoluciones judiciales, dichas resoluciones finalmente se elevan a rango de jurisprudencia que nos sirven para dar incluso solución a los diversos casos específicos

**CAPITULO CUARTO
PROPUESTA DE UNA NUEVA REGULACION
DE LA TUTELA Y LA CURATELA**

**I.- PROPUESTA DE UNA NUEVA DEFINICION DE LA TUTELA EN EL ARTICULO 449 DEL
CODIGO CIVIL VIGENTE**

Como lo sabemos, el Código Civil de 1932, no señala una definición concreta de lo que es la tutela, y en general de ninguna institución de las que se encuentran reguladas en él.

El significado etimológico de la tutela, proviene del latín tuer, y sabemos que significa autoridad que en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y de sus bienes.

El artículo 449, nos dice: el objeto de la tutela, que es la "guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tiene incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos.

La tutela, también puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

La tutela, se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo". (331)

Chávez Asencio en su obra: La Familia en el Derecho. Relaciones Paterno Familiares", señala una definición de lo que es la tutela:

"La palabra tutela, procede del verbo latino tuer que quiere decir defender, proteger. Nos da idea de cuidado, protección, amparo y la palabra en su creación importa y su patrimonio. 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, de ejercicio obligatorio". (332)

Analizando el concepto anterior, nos percatamos de que solamente abarca características de la tutela, como es el cuidado y protección, al igual como lo señala Galindo Garfias, pero añadiendo que es un cargo civil de interés público, es decir va ampliando el criterio de la definición.

En todos los tiempos y hasta la primera época del Imperio Romano, fue definida la tutela como:

Tutela est vis ac potestas in capite libere ad tuendum eum que propter aetatem (vel sexum) sua sponte se defendere nequit iure civile data ac permisa.

Que significa:

Tutela, es la fuerza y potestad en un hombre libre para proteger a quien por su edad, no puede protegerse ni defenderse, o por su sexo queda sujeta a ella, derecho que la ley civil da y permite dar.

Ello, como lo señala Gonzálo Fernández de León en su diccionario de Derecho Romano, al hacer el análisis e historia de la tutela, al igual que en otros conceptos que analizaremos, señala más bien características de la institución; sin embargo como lo sabemos en el derecho romano siempre se preocupó más bien por las clases sociales y la defensa de aquellos ciudadanos romanos.

Floris Margadant en su obra, El Derecho Privado Romano, nos señala la diferencia entre la tutela y la curatela al decir:

Todo ser humano que reuniera las cualidades de libertad, ciudadanía y de ser Sui iuris, era una persona para el derecho romano. Podía ser titular de derechos y sujeto pasivo de obligaciones, pero no siempre podía ejercer aquellos. A veces era demasiado joven o sufría enfermedades mentales, o dilapidaba sus bienes, algo que los romanos tan materialistas, era casi tan grave como la locura. (333)

En el derecho romano, se prohibía la intervención del tutor para poder cuidar la salud o la educación del pupilo, se contemplaba sólo para situaciones normales como infancia, impubertad, sexo femenino, en tanto que la curatela servía para remediar situaciones como la prodigalidad, locura o inexperiencia en los púberes no mayores a 25 años.

Al igual, los romanos diferenciaban a éstas instituciones en que la tutela era para defender al incapaz, en tanto que el curador sólo era consejero para las personas mentalmente débiles.

Otra definición ala que podemos hacer alusión, es la que hace Sara Montero en su obra "Derecho de Familia", que se va acercando más a la realidad de lo que podría ser la institución.

La tutela, es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad. (334)

Lo único que complementaria a esta definición, es señalar que es una institución de interés público y obligatorio.

El Código Civil, no señala la imposición de sanción pecuniaria alguna al tutor que se niegue a desempeñar el cargo sin causa alguna, no basta con imponer como castigo el no heredar u obtener legado que se haya dejado a ese tutor, sino que la ley debería establecer una sanción cuantificable, ya que solamente lesiona los intereses económicos del incapaz, si es que los posee; sino también las más esenciales e importantes como lo es la integridad de la persona del incapaz, ya que en el caso de la tutela legítima, el familiar que tiene la obligación de velar por los intereses del incapacitado y no lo hace pudiendo provocar incluso trastornos psicológicos al menor ya que no solamente sufre la inestabilidad de no tener a sus padres, sino que rechazó asumir la obligación.

Consideramos, que la institución, la maneja el Código Civil más bien, como una formalidad, y pretende obtener por medio de varios órganos tutelares vigilar el interés del pupilo, cuando solamente la ha convertido en una institución burocrática

En su libro Institución de Derecho Civil, Roberto de Ruggiero señala que la tutela es:

"Un poder, que imita en gran parte a la patria potestad; en su especie más importante, la tutela de los menores, que sirve de modelo a las demás, viene a ser un subrogado de la patria potestad; puesto que sólo funciona cuando ésta cesa por muerte de los padres y por perder éstos la patria potestad".(335)

Consideramos, que más bien Ruggiero, en vez de hacer una definición de la institución, señala una comparación entre la tutela y la patria potestad, maneja más bien el concepto de sustitución.

Otra cuestión que cabe mencionar, es que durante el estudio de la evolución histórica de esta tesis, ninguna legislación que corre del derecho romano al Código Civil de 1932, especifica una definición de tutela, solamente menciona características y deberes que debe tener el tutor.

Sin embargo, durante el esfuerzo de los doctrinarios que han tratado de definir ¿Qué es la tutela?, nuestros legisladores aún no han visto la posibilidad de analizar el fondo de la diferencia entre el Derecho Civil y el Familiar, ni hacer una reforma para dividirlos, aún menos en definir lo que es cada institución de Derecho Familiar.

Cabe aclarar, que la lucha de quienes nos interesamos por ampliar, mejorar y proponer reformas al Derecho Familiar, hemos tratado de hacer un derecho más real y aplicable a la realidad de la sociedad mexicana, entre ello podemos hacer mención a los Códigos Familiares de Hidalgo y Zacatecas de muy reciente y avanzada creación, nos señalan cual es el concepto de la institución, sin embargo consideramos que debe crearse un Código Familiar de aplicación Federal, ya que si analizamos los parámetros generales de la familia y sus costumbres podría legislarse en nuestro país.

Quizá muchos abogados critican esta propuesta, sin embargo se han preocupado por otras ramas del derecho y no se ha estudiado a fondo la realidad por la que atraviesa el Derecho Familiar, y menos en una institución tan inusual como lo es la tutela, fuera de ayudar la imposición de cuatro órganos tutelares en este Código, solamente ha hecho complicado, oneroso y burocrático la regulación de la misma.

El Doctor Julián Güitrón Fuentevilla, en el año de 1983, logró con apoyo y comprensión hacer la reforma del Derecho Familiar, logró poner en vigor lo que debería ser aplicable a nivel federal en la actualidad, el Código Familiar del Estado de Hidalgo el cual hace un análisis detallado de cada institución familiar, en el caso concreto de la tutela, en el artículo 269 dicha ley señala:

"La tutela, es un acto jurídico, cuyo objeto es representar al menor de edad, no sometido a patria potestad o al mayor incapacitado, así como protegerlo y administrar sus bienes".(336)

El Código Familiar del Estado de Zacatecas de 1986, en su artículo 408 regula una definición más amplia de la institución al señalar:

"La tutela, es la institución de Derecho de Familia que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural legal, o solamente la segunda para gobernarse para sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapacitado en los casos especiales que señala la ley. En la tutela, se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con las leyes aplicables".(337)

Si analizamos ambas definiciones, podríamos decir que la que regula el Código Familiar de Hidalgo, es pequeña, pero señala a grandes rasgos la esencia de la tutela, qué se quiere decir al mencionar esa institución, que más bien la maneja, como un acto jurídico.

En el segundo Código Familiar, es decir el de Zacatecas, maneja un amplio concepto, incluso redactado con casi las mismas palabras que las del Código Civil para el Distrito Federal, y señalando más bien el objeto de la tutela, las personas sujetas a ella y las obligaciones del tutor frente al pupilo, por lo que consideramos que podría ser reformado ese artículo y elaborar una definición más adecuada de lo que es la tutela.

Por último, proponemos una definición de la institución, la cual consideramos apropiada a la realidad del derecho actual de familia; por lo que señalamos la siguiente:

La tutela, es una institución de carácter público a cargo del Estado, sustituta de la patria potestad; que pueden ejercerla aquellos quienes señala este código, sobre las personas que de acuerdo al artículo 450 tienen incapacidad legal y natural, así como atender

a su desarrollo físico o procurar su integración a la sociedad, cuidar de sus bienes hasta su total recuperación o en su caso al término de la tutoría.

Detallaremos a continuación, la explicación a la definición propuesta anteriormente:

1) Al hablar primeramente de una institución nos referimos a una fundación, en este caso la tutela; es decir de ella emana la explicación de todo un tema, la cual recae sobre un grupo de personas que deben asumir la responsabilidad de la persona de los pupilos que no están sujetos a patria potestad.

2) Si analizamos lo que concierne a que es una institución de carácter público a cargo del Estado; por ende se encuentra bajo su cuidado y vigilancia; por lo que confiere la facultad de ejercerla a las personas que de acuerdo a la ley les corresponde asumirlas.

De ahí que su carácter público, emana precisamente del Estado, ya que es quien determina las condiciones para ejercerla, por lo que entre particulares no es posible que se pactara quién va a ser tutor de un incapaz toda vez que no ejercen sobre él la patria potestad.

La decisión sobre la entrega de la tutela a una persona, depende como ya lo señalamos del Estado, en este caso el Tribunal Superior de Justicia, el cual concede facultades a un Juez Familiar para emitir su fallo.

3) No es necesario advertir lo que señala el artículo 450 del Código Civil dentro de la definición, ya que esas personas sabemos que son las que la ley considera incapacitadas para gobernarse por sí mismas, por lo que si se encuentran en ese supuesto recaerá sobre ellos la tutela.

4) Al hablar del cuidado del desarrollo físico, o procurar la integración del incapaz a la sociedad hasta su total recuperación; estamos haciendo un doble enfoque; es decir si es un menor de edad es importante que el tutor cuide su desarrollo y educación hasta su mayor edad; y el señalar que el tutor debe integrar al incapaz a la sociedad, hacemos alusión a una persona que mentalmente no tiene la capacidad para hacerse responsable de sí mismo, es decir no goza de capacidad ejercicio, por lo que es importante que su tutor si es posible logre su recuperación y salud total.

II.- LA INSTITUCION TUTELA DEBE SER EXCLUSIVAMENTE TRIPARTITA

Si estudiamos, el trayecto que ha tenido la tutela en cuanto a sus especies, nos damos cuenta de que el derecho romano siempre ha sido tripartita, es decir ha existido la tutela testamentaria, legítima y dativa.

Por lo que al hacer alusión a ello, es necesario analizar el Código Civil de 1932 que divide la tutela en tres especies ya mencionadas, pero lo que concierne a la tutela legítima debe regularla la ley en un sólo capítulo y no como la desarrolló en tres.

El artículo 482 debería decir:

Ha lugar a tutela legítima:

- I) Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario.
- II) Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.
- III) Por falta o incapacidad de los hermanos o los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.
- IV) Cuando uno de los cónyuges este incapacitado.
- V) Cuando un padre o madre de familia sea viudo.
- VI) Tratándose de expósitos, corresponde la tutela a las personas que los hayan acogido.

Asimismo, el artículo 483 debería decir:

La tutela legítima corresponde:

- I) A los hermanos, prefiriendo a los que los sean por ambas líneas.
- II) Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado.
- III) Al cónyuge capaz.
- IV) A los hijos mayores de edad respecto de sus padres viudos.
- V) A los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia pública.
- VI) Aquel que haya acogido a un expósito.

En caso de que sean parientes del incapaz el Juez elegirá al más apto.

El artículo 483 debería mencionarnos:

Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía de su padre o madre y siendo varios el Juez elegirá al más apto.

Los padres son de derecho, tutores de sus hijos incapaces y no casados o viudos, siempre que éstos no tengan descendientes.

A falta de tutor testamentario, y de persona con arreglo a los artículos anteriores que deba desempeñar la tutela, serán llamados a él sucesivamente; los abuelos, hermanos del incapacitado y demás colaterales, ello tratándose de la tutela legítima que corresponda a los parientes del incapaz.

La última propuesta que hacemos sobre la reforma de dichos artículos es al 485, que debería decir:

Las personas que hayan acogido a un expósito, tendrán las mismas obligaciones del tutor, sin que para ello se haga el discernimiento del cargo.

Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia pública donde reciban a los expósitos, será necesario del discernimiento del cargo.

III.- ¿DEBE PERMITIRSE EL MATRIMONIO DEL TUTOR Y EL PUPILO?

Jurídicamente en nuestro ambiguo derecho, sí es posible que el tutor contraiga nupcias con su pupilo, ello como lo señala el artículo 159 del Código Civil.

El tutor, no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le considera por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido probadas las cuentas de la tutela.

Esta prohibición, comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor. (338)

Si analizamos el significado y los alcances de esta situación, es inconcebible que la ley permita que pueda haber matrimonio entre el tutor y su pupilo; aún siendo familiares ya que no contempla hasta que grado es posible.

Vr.gr. Una persona tiene cuarenta años y asume la responsabilidad de la tutela testamentaria o dativa de un menor que tiene cinco años de edad; con el transcurso del tiempo su pupilo a llega a ser mayor de edad y contraen matrimonio.

Es obvio que lo que trata de hacer la tutela, es por llamarlo así, es sustituir la patria potestad, el tutor debe asumir su responsabilidad como si fuera el verdadero padre de familia, siendo inconcebible que el matrimonio pueda surgir.

La personas que tiene la patria potestad de un menor, son principalmente los ascendientes quienes se hacen responsables de los menores. Por lo que la tutela debe seguir tal fin, incluso se llega a tener un afecto cuasi-paterno, se está cumpliendo con el objeto de la tutela.

Sin embargo, resulta absurdo que después de lo anteriormente expuesto, el mencionado afecto cuasi-paterno se tenga que convertir en afecto de cónyuges al contraer nupcias e incluso procrear hijos.

Otro de los aspectos que debe cuidar la ley, es el señalado en el artículo 159 del Código Civil, en el que no especifica qué personas pueden contraer matrimonio con su

pupilo, ni señalan si debe existir una edad para asumir el cargo de tutor entre este y el pupilo.

Nosotros consideramos que los requisitos para ser tutores deben estar mejor regulados; e imponer una edad al tutor testamentario o dativo para poder ejercer el cargo, siempre que en la primera no sean familiares. Por lo menos debe de haber una diferencia de doce años entre uno y otro, siempre y cuando el que va a asumir el cargo sea mayor de edad.

También cabe mencionar que en el artículo 159 del Código Civil, no se especifica si para contraer matrimonio tiene que haber parentesco o no entre el pupilo y el tutor, sólo señala que pueden contraer nupcias; aunque es obvio que los impedimentos para contraer matrimonio señalen que no deben ser colaterales los contrayentes, concluyendo que dicho artículo no distingue tales situaciones.

Una última propuesta en este tema, es la de implantar de forma obligatoria que el tutor y el pupilo sean del mismo sexo, para así evitar un futuro matrimonio aún cuando debe estar prohibido en la ley y evitar que la institución no siga sus perspectivas.

Asimismo, si existe diferencia de sexos tomar en cuenta que debe haber entre el pupilo y el tutor una diferencia de doce años de edad, y también prohibiendo contraer matrimonio.

Pero tratándose de tutores legítimos, no será indispensable reunir los requisitos anteriores, solamente se necesita ser mayor de edad.

IV.- ¿ES CONVENIENTE QUE EXISTAN CUATRO ORGANOS TUTELARES, PARA DESEMPEÑAR LA TUTELA?

Como hemos venido analizando en el transcurso del desarrollo de ésta tesis, no es conveniente que sigan existiendo actualmente cuatro órganos tutelares; los cuales son obsoletos, ya que aún cuando desde 1932 al entrar en vigor nuestra ley civil actual se encontraban regulados, no entraron en vigor sino hasta 1972.

Sin embargo, no obstante con ello al ser los órganos tutelares, el Juez Familiar, el tutor, el Curador y el Consejo Local de Tutelas quienes se encarguen de la vigilancia de la tutela, también es cierto que son un gasto público y únicamente un trámite burocrático.

Al señalar que es un trámite burocrático, lo sustentamos al analizar que tan sólo el Consejo Local de Tutelas es un órgano obsoleto para el desempeño de la tutela, toda vez que las personas que deben integrarlo duran un año en su cargo; por lo que no es posible

que en tan poco tiempo puedan velar por la seguridad del incapacitado, ni procurar que el tutor cumpla con sus obligaciones que le impone la ley.

¿Es posible que en un año los miembros del Consejo Local de Tutelas puedan decidir sobre lo que hay que hacer respecto a la persona del incapaz y de sus bienes?

Analizando la pregunta anterior, es casi imposible que se cumplan las funciones que debe desempeñar dicho consejo, ya que en un año una persona que se encuentra enferma de sus facultades mentales quizá tarde en recuperarse mucho más del tiempo que dura el cargo de ese funcionario, y no le es posible continuar con su gestión, ya que cuando inician con su actividad están ya siendo sustituidos por otras personas, implicando para el estado gastos que podrían aprovecharse en otros proyectos tutelares.

Lo que concierne a los bienes, también es necesario que la ley tome en cuenta que si una de las obligaciones de tutor es procurar la buena administración de los bienes del pupilo, también lo es que en un año los miembros del Consejo Local de Tutelas no puedan saber con precisión la buena o mala administración del tutor sobre esos bienes, así como saber si hubo un incremento en dicho patrimonio o lo contrario a ello.

Nosotros sugerimos, que este órgano debe desaparecer, ya que como lo señalamos al inicio es sólo un gasto que se genera al estado.

Otro de los órganos que debería ser modificado en la ley, es el curador ya que al igual que el Consejo Local de Tutelas sólo implica un trámite burocrático innecesario.

La ley no se conforma con que de los bienes del pupilo le sean pagados los honorarios al tutor, sino que también al curador, que viéndolos sin compasión tampoco debería estar ya regulado en la ley este órgano.

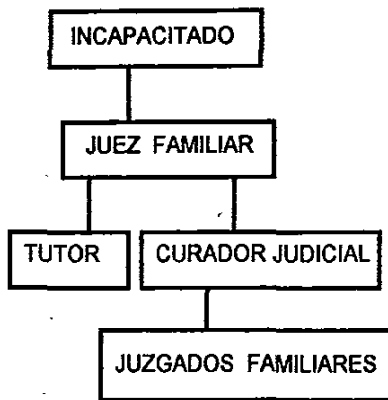
De lo anteriormente señalado, nosotros proponemos que con el nombramiento de un tutor es suficiente para el desempeño de la tutela ya que es él quien se encarga directamente del incapaz, en tanto que el Consejo Local de Tutelas y el curador supuestamente también vigilan la conducta del tutor, y cubriendo por supuesto los honorarios del producto de los bienes del pupilo.

Para concluir con esta propuesta, solamente cabe señalar, que es suficiente para el desempeño de la tutela tres órganos tutelares que son: el Juez Familiar, el tutor y un curador que en lo sucesivo debe denominársele judicial.

Sin embargo, hay que aclarar que no obstante que esta propuesta se incluye la desaparición del curador, también lo es que solamente lo sea directamente con el pupilo, debiendo haber una nueva regulación sobre la curaduría a saber en el siguiente inciso de este capítulo.

V.- PROPUESTA PARA REFORMAR EL DESEMPEÑO DE LA TUTELA, Y LA DESAPARICION DE ORGANOS TUTELARES

Nosotros proponemos que una nueva forma de regulación de los órganos tutelares podría ser la siguiente:



Comenzaremos a analizar el esquema anterior, ya que deben regularse en la ley tres órganos tutelares como lo son: el Juez Familiar, el tutor y el curador judicial, el cual deberá estar adscrito cuando menos a cinco juzgados familiares.

El Juez Familiar, de acuerdo a la ley, es el encargado de velar por los intereses del incapaz tanto en su persona como en sus bienes, ya que tiene facultades que el estado le confiere para decidir a su libre arbitrio que tutor va ser para el pupilo, por cualquiera de las tres formas; por vía testamentaria, legítima o dativa. El es el único que debe decidir sobre esta cuestión, ya que como lo hemos venido analizando es una facultad exclusiva que a un particular no le es posible decidir, ya que es un cargo de interés público.

También la ley señala, que cualquier persona que sepa de la existencia de un incapaz debe comunicarlo al Juez a efecto de que decida sobre lo anterior, de lo contrario serán responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen al incapaz tanto en su persona, como en sus bienes si es que los tienen; incurriendo el Juez en la misma responsabilidad si omite el cumplimiento de lo anterior.

Tutor; como desde los tiempos más remotos, es la persona que debe ser nombrada por el Juez a efecto de que sustituya la falta de patria potestad, y cuide de un incapaz que se encuentre en el supuesto señalando en el artículo 450 del Código Civil.

Como lo sabemos, todo incapacitado debe tener un tutor, el cual una vez discernido el cargo deberá asumir sus responsabilidades como un buen padre de familia, por lo que de todas sus actuaciones las deberá informar al Juez, tanto del cuidado de la persona del incapaz como del manejo de los bienes si es que los tiene, ello como lo ha venido regulando la ley presentando un informe en el mes de enero de cada año de todas las cuentas a su cargo.

El curador, deberá estar adscrito por lo menos a cinco juzgados familiares, el cual rendirá informes al Juez de cada uno de ellos, de las actuaciones del tutor de la persona del incapaz así como de sus bienes; por lo que ya no es necesario que cada pupilo cuente con uno en especial, sino que dependerá del curador judicial evitando así gastos de honorarios derivados de los bienes del pupilo.

No obstante, al haber señalado que el tutor debe rendir sus informes al Juez respecto de su actuación del cargo, el curador judicial deberá vigilar que esos informes sean reales.

Por lo que a petición del Juez Familiar, el curador judicial hará visitas domiciliarias por lo menos cada seis meses al incapacitado, a efecto de percatarse si los cuidados que el tutor le da son los señalados por la ley, así como el buen manejo de los bienes.

Al hacer esas visitas, el curador judicial deberá cerciorarse de que el patrimonio del incapacitado se encuentre debidamente administrado, y que efectivamente se estén aplicando los gastos declarados al Juez a lo estrictamente destinado, y en caso de que el tutor haya hecho algún gasto extra para el desempeño del cargo, el curador judicial dará aviso al Juez de que efectivamente se aplicó a su fin.

Al hacer el tutor la declaración anual de las cuentas de la tutela, el curador judicial las examinará y dará al Juez un informe respecto de la veracidad de las mismas, por lo que el Juez una vez teniendo la declaración y el informe del curador valorará si es digno de aprobación por lo que si existe duda el Juez personalmente podrá hacer el análisis para conceder o no dicha aprobación.

En caso de que el tutor no cumpla con sus obligaciones sin causa justificada, deberá revocársele el cargo, por lo que el curador judicial dará aviso inmediato al Juez de la falta de dichas obligaciones.

El Juez, impondrá una multa al tutor que abandone el cargo o que sin causa justificada no cumpla con sus obligaciones, ello de acuerdo a la gravedad de su incumplimiento así como del menoscabo en el patrimonio del incapacitado si es que los tiene así como de su persona, pagará los gastos e intereses generados por su negligencia.

VI.- REGULACION DE LA TUTELA EN LOS JUZGADOS FAMILIARES

Debe adaptarse a la ley sustantiva a la regulación de los tres órganos tutelares mencionados con anterioridad, para ello debe derogarse del Libro Uno, Título Noveno, Capítulo XV. Los Consejos Locales de Tutela, y únicamente regular las funciones del Juez Pupilar, así como regular en el Capítulo XIV lo relativo a los curadores judiciales señalando:

Todos los individuos sujetos a la tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, tendrán un tutor, el cual será nombrado por el Juez.

Cualquier individuo sujeto a tutela, será vigilado por el curador judicial, el cuál rendirá un informe al Juez Familiar del cuidado que le brinda el tutor así como el de sus bienes.

La figura del curador y del curador interino, desaparecerán al igual que la del Consejo Local de Tutelas.

En caso de que el tutor testamentario no pueda asumir el cargo de tutor por causa justificada, y no existiendo familiar alguno del incapacitado o habiéndolo de acuerdo al criterio del Juez no sea apto para asumir el cargo, nombrará entre las listas que forme cada año respecto a los posibles candidatos a un tutor dativo, que se apto para el desempeño de la misma.

Si existiendo familiares del incapacitado no son de acuerdo al criterio del Juez, aptos para el desempeño de la tutela, éstos no tendrán derecho a la asociación del incapacitado si falleciere.

Los Jueces Familiares, harán el nombramiento de un curador judicial para cada cinco Juzgados, con aprobación del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, el cuál a criterio de ellos será analizado a efecto de saber si es apto para el desempeño.

El cargo de curador judicial, se hará mediante convocatoria que publique el Tribunal Superior de Justicia, señalando los requisitos para cubrir las vacantes, principalmente serán Licenciados en Derecho en pleno ejercicio de su profesión y que sean personas de buenas costumbres y moral.

El curador judicial, durará en el desempeño de su cargo seis años, es decir un período presidencial, pudiendo ser removidos por los Jueces Familiares si a criterio de ellos no cumple con las funciones que se le asignan.

El curador judicial deberá estar obligado:

1) A defender los derechos del incapacitado, mediante la vigilancia que esta ley le concede, así como de cumplir con los mandamientos que el Juez le confiera respecto a la tutela de un incapaz.

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

3) A efectuar cada seis meses, visitas domiciliarias al incapacitado como a su tutor, para hacer del conocimiento del Juez mediante informe que rendirá por escrito si el pupilo esta protegido como lo señala la ley y si el manejo de los bienes del pupilo se encuentran debidamente administrados.

4) A dar aviso al Juez para que haga el nombramiento de tutor cuando este faltare o abandonare la tutela.

En caso de que el curador judicial, no de aviso oportuno al Juez de la falta de cumplimiento de las obligaciones anteriores, será responsables de los daños y perjuicios que se ocasionen al incapacitado.

Las funciones del Juez, del curador y del tutor, cesarán cuando la incapacidad del pupilo concluya.

Las funciones del Consejo Local de Tutelas, las desarrollará el curador judicial, por lo que analizando esta propuesta de nueva regulación, disminuirán los gastos tanto al erario público, como los del pupilo en cuanto a su patrimonio, ya que únicamente se pagarían los honorarios al tutor de acuerdo al arancel establecido.

Los Jueces Familiares, son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una vigilancia conjunta con el curador judicial para impedir mediante una buena administración de justicia la transgresión de deberes de tutor.

El nombramiento de tutor, deberá ser inmediato, por lo que a la falta de este, el Juez y el curador judicial se encargaran del incapacitado en un período no mayor a quince días, ya que se hará de inmediato el nombramiento de un nuevo tutor.

Al igual que en el Código Familiar de El Salvador, debe darse preferencia al nombramiento de tutor del mismo sexo que el pupilo, a efecto de que el fin de la tutela sea el señalado por la ley y evitar el matrimonio entre ellos.

Tratándose de la tutela legítima, el Juez de acuerdo a su criterio nombrará al tutor adecuado para el incapacitado.

VII.- LA SALUD DEL INCAPAZ DEBE TENER PRIORIDAD ANTE EL JUEZ

Como en casi todos los tiempos, el objeto principal y moral de la sociedad es la protección de todas las personas, velar por sus intereses frente a ella brindando un apoyo humano y dando cumplimiento a las garantías individuales constitucionales, por lo que todo menor de edad o persona adulta enferma psíquicamente o adicta al alcohol o drogas, debe brindársele ayuda a efecto de que sea rehabilitada y nuevamente pueda llevar una vida sana.

Por lo que la Ley Civil en su artículo 450, nos indica que las personas que se señalan en dicho artículo deben estar sometidas a tutela.

Sin embargo, notamos que en nuestro país tercermundista lejos de darse protección al menor, más bien es quizá lo que más abunda en las calles; niños desprotegidos sin familia, explotados por extraños, inducidos a los vicios e incluso prostituidos; aún cuando nuestra propuesta quisiera ir más allá de sus fronteras para proteger a todos los menores de edad, es imposible que al cien por ciento les sea nombrado un tutor, incluso las autoridades ni siquiera saben de que existe un menor sin padres.

Por lo que los incapacitados que cuentan con un tutor deben ser vigilados del desempeño de su cargo por el Juez y el curador oficial.

El tutor, debe procurar en primer término que la salud y desarrollo del incapacitado sea lo primero que se cuida, ya que si es menor de edad al cumplir los dieciocho concluye su tutela, por ello que durante el período del cargo dará preferencia a que ese menor crezca sanamente y tenga un buen desarrollo físico y con la sociedad, debe tener una alimentación correcta así como educación y vestidos necesarios.

Lo que concierne al enfermo mental, alcohólicos o adictos a drogas, el tutor deberá cuidar que sea rehabilitado lo antes posible para que sea integrado nuevamente a la sociedad, por lo que su salud es lo primero que debe de cuidar el tutor.

No obstante en nuestra cruel realidad, como nos percatamos de que con la regulación que actualmente tiene la tutela es solamente mero requisito burocrático y de simple lucro, ya que el ineficaz Consejo Local de Tutelas se encuentra en cada Delegación, pero la sociedad no sabe siquiera que existe, por lo que si de ellos emana un listado de tutores dativos el cual la ley concede dicha facultad, ya sabremos de que calidad moral son toda vez que si su encargo solamente dura un año no es posible que verdaderamente se preocupen por la salud e intereses del incapacitado.

Aún no se adaptan los miembros del Consejo Local de Tutelas al nombramiento de su cargo, cuando otros ya están sustituyéndolos, de ello deriva todo lo anteriormente señalado.

Muchas veces cuando se trata de incapaces que tienen bienes, el tutor asume el cargo sólo por interés y por obtener lucro para sí, enviando a su pupilo a un centro psiquiátrico del que no quiere saber más sino sólo cobrar por sus servicios, y la salud e *integración del enfermo para ellos queda en último término, se escucha cruel pero es la realidad de nuestro país y en muchos también.*

Nuevamente repetimos que el Juez, y el curador judicial deberán estar pendientes de la salud del incapaz antes que otras cosas, exigir al tutor certificados médicos que acrediten que al pupilo se le está atendiendo debidamente y no se vea el cargo de tutor como un signo de pesos solamente, y si se trata de un menor se le este dando una educación y desarrollo social y mental adecuado para su crecimiento a efecto de que cuando llegue a su mayor edad sea capaz de poder administrar sus bienes y cuidar de su persona

VIII.- EL CURADOR EN EL DESEMPEÑO DE LA TUTELA Y COMO AUXILIAR ANTE EL JUEZ

Es un nuevo órgano tutelar, al cual le hemos llamado curador judicial, dicha denominación tiene su origen en el desempeño de sus funciones, toda vez que sería una *auxiliar para el Juez, a efecto de que mediante órdenes que le dé vigile y cerciore de que se de cumplimiento de aquello que señala la ley, tanto en la persona como en los bienes del incapacitado.*

El curador, incluso estará al pendiente cuando haya una sentencia que declare estado de interdicción de una persona, intervendrá a efecto de investigar que el candidato a tutor sea verdaderamente honesto y con moral y costumbres buenas, a efecto de que el Juez al dictar su fallo esté seguro de que ese tutor va a ser digno de asumir el cargo.

El curador judicial, podrá intervenir en cualquier discernimiento de tutela ya sea testamentaria, legítima o dativa.

El curador, debe asegurarse de que todas las etapas que se sigan durante la tutela sean cumplidas por el tutor, por lo que seguirá instrucciones del Juez cuando tuviere que hacer visitas domiciliarias semestrales a los tutores a fin de que confirme si el pupilo recibe el cuidado que señala la ley, sin embargo si el Juez así lo considera necesario, autorizará otras visitas al curador cuando se trate de casos especiales.

El curador judicial, también deberá estar al pendiente de las cuentas que entrega el tutor anualmente, ello mediante auto que dicte el Juez a efecto de que se compruebe que los gastos declarados sean verdaderos, y que se lleve a cabo una buena administración de los *bienes dando aviso escrito al Juez de sus actuaciones.*

Una vez entregado al Juez el informe anual de las cuentas de la tutela, deberán ser revisadas por el curador judicial, por lo que una vez llevada a cabo dicha revisión, el Juez podrá incluso aprobarlas o no si a su criterio es necesario llenar otros requisitos para que estén completas.

IX.- ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL PUPILO

Como una de nuestras propuestas es la de desaparecer tanto al Consejo Local de Tutelas como al curador, la administración de los bienes del pupilo deberá seguirse entregando al Juez.

Sin embargo, sabemos que no todos los pupilos cuentan con un patrimonio, ya que la mayoría del cargo tutelar solamente es para cuidar de la persona de dichos pupilos.

Lo anterior, no quiere decir que no tenga que regularse la administración de los bienes ya que existen excepciones de ello.

El tutor, debe llevar una adecuada administración, a tal extremo que deba exigir en cada compra las notas que acrediten los gastos que ha hecho respecto de los bienes del pupilo, ya que le servirán de prueba al ofrecer las cuentas anuales que le exige la ley.

Cuando se trate de donaciones que se hagan al pupilo, el curador judicial por órdenes del Juez, deberá cerciorarse de que dicha donación sea benéfica para el pupilo, y que una vez integrada a la lista de bienes del pupilo, se entreguen cuentas de ello a partir de que haya disposición sobre ella.

Cuando por cualquier motivo, el tutor considera que es necesario llevar a cabo la venta de algunos de los bienes del pupilo como lo es: inmuebles, objetos preciosos o valores inmobiliarios, deberá dar aviso al Juez de la necesidad de ello, por lo que en ese momento el Juez deberá dictar auto en el que ordene al tutor entregar cuentas de la tutela y los motivos por los cuales no es suficiente el producto de esos bienes para los alimentos del pupilo.

Por lo que el curador judicial, deberá intervenir a efecto de vigilar e investigar que lo que declare el tutor, sea veraz, y que las cuentas sean entregadas lo más rápido posible al Juez para que analice la propuesta de venta de los bienes.

Si el Juez, considera que es necesario que dicha venta se haga debido a la falta de recursos para la administración de la tutela, ordenará al tutor avalúo actual de esos bienes para que justifique su remate, el cual será vigilado por el curador judicial de todo el procedimiento que se siga.

Deberá quedar prohibido al tutor, hacer la inscripción marginal de cualquier bien del pupilo a efecto de que quede en garantía, así mismo deberá prohibirse que tutor firme a nombre del pupilo como fiador en algún contrato, de lo contrario será responsable de los daños y perjuicios que ocasione al pupilo por su negligencia.

Las herencias o legados a favor del pupilo, serán administradas por su tutor, por lo que si el testador nombró tutor para ello, subsistirá solamente si ese incapaz se encuentra bajo patria potestad.

Asimismo, a consideración del tutor, debe ser analizada la herencia o legado que se haya dejado al pupilo, ya que si solamente se van a heredar problemas, es mejor repudiarla con aprobación del Juez Familiar.

Los gastos extraordinarios que haga el tutor a consecuencia del cargo, deberán estar justificados, y si no se dio recibo de ello ya que no es posible, a consideración del Juez aprobará en las cuentas, el pago que se hizo debido al desempeño del cargo.

Con autorización judicial, el tutor podrá arrendar los bienes inmuebles del pupilo por períodos anuales y pudiendo renovar dicho contrato a consideración del tutor, para ello el tutor deberá exigir fianza por ese arrendamiento.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

- (1) Enciclopedia Abreviada. Espasa Calpe, S. A. Letra T. Madrid 1974. Dea. p. 1556.
- (2) Diccionario Enciclopédico Universal Ilustrado . Letra T a Z. Crepsa. 1990.
- (3) Diccionario Enciclopédico Uthea. Letra Ter y W. 1990 p. 420.
- (4) Fernández de León, Gonzalo. Diccionario de Derecho Romano. Editorial Sea. Buenos Aires 1962. pp. 568 y 569.
- (5) Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Sista, S.A. México 1932. p. 41.
- (6) Abeledo Perrot, José. et. al. Diccionario Jurídico. Editorial Buenos Aires. Tomo II Letra P-Z. Buenos Aires. 1987. p. 555
- (7) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI Tasa-Zona. Tomo XXVI. p. 476.
- (8) Loc. cit.
- (9) Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española. Letra Y. 1960. p.526. 1987.
- (10) Enciclopedia Universal Ilustrada. Letra T.. Tomo LXV. pp. 588 y 589.
- (11) De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1984. p. 471.
- (12) Floris Margadant, Guillermo. Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. 2a. Edición. México 1991. p. 222.
- (13) Loc. cit.
- (14) Loc. cit.
- (15) Floris Margadant, Guillermo. Ob. cit. p 224.

- (16) Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Editorial Porrúa . Sexagésima Sexta Edición. México 1996. p. 75.
- (17) Justiniano. El Digesto. Editorial Aranzadi. Versión Castellana por A. D'ors. et. al. Tomo II Libros 20 a 36. Pamplona 1972. p. 203.
- (18) Justiniano. Ob. cit. p. 205.
- (19) Ibid. p. 206.
- (20) Ibidem. p. 212.
- (21) Ibidem. p. 213.
- (22) Ibidem. p. 216.
- (23) Loc. cit.
- (24) Ibidem. p. 219.
- (25) Ibidem. p. 221.
- (26) Ibidem. p. 222.
- (27) Ibidem. p. 224.
- (28) Ibidem. p. 243.
- (29) Ibidem. p. 244.
- (30) Ibidem. p. 246.
- (31) Ibidem. p. 250.
- (32) Ibidem. p. 266.
- (33) Ibidem. p. 267.
- (34) Ibidem. p. 274.
- (35) Ibidem. pp. 276 y 277.
- (36) Ibidem. p. 277.

- (37) *Ibidem*. p. 278.
- (38) *Ibidem*. p. 279.
- (39) *Ibidem*. p. 280.
- (40) *Ibidem*. p. 281.
- (41) *Ibidem*. p. 289.
- (42) *Loc. cit.*
- (43) *Ibidem*. p. 292.
- (44) Gaius. *Institutas*. Texto Traducido. Notas e Introducción por Alfredo Di Pietro. Editorial la Plata. Ediciones Librería Jurídica. México 1983. p. 59.
- (45) Gaius. *Ob. cit.* p. 60.
- (46) *Ibid.* p. 61.
- (47) *Ibidem*. p. 69.
- (48) *Ibidem*. p. 72.
- (49) Laferriere, M.F. *Histoire du Droit Civil de Rome et du Droit Français*. Tome Deuxième. París 1846. p. 79.
- (50) Laferriere, M.F. *Ob. cit.* p. 78.
- (51) *Loc. cit.*
- (52) *Ibid.* p. 79.
- (53) Planiol y Ripert, Marcel y Jorge. *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz. Tomo Primero. Las personas, estado y capacidad. Editorial Cultural, S.A p. 416.
- (54) Planiol y Ripert. Marcel y Jorge. *Ob. cit.* p. 418.
- (55) *Ibidem*. p. 428.

- (56)** Ibidem. p. 435.
- (57)** Ibidem. p. 452.
- (58)** Ibidem. p. 454.
- (59)** Ibidem. p. 469.
- (60)** Ibidem. p. 476.
- (61)** Ibidem. p. 488.
- (62)** Ibidem. p. 492.
- (63)** Ibidem. p. 522 y 523.
- (64)** Ibidem. p. 561 y 562.
- (65)** Ibidem. p. 576.
- (66)** Código Civil Francés de 1804. Petit Dalloz Code. Soixante-dix. Neuvième 1979-1980. Paris. p. XXVI.
- (67)** Código Civil Francés de 1804. Ob. cit. p. XXVIII.
- (68)** Ibid. p. 53.
- (69)** Ibidem. p. 54.
- (70)** Ibidem. p. 55 y 56.
- (71)** Ibidem. p. 58.
- (72)** Ibidem. p. 60.
- (73)** Ibidem. p. 61.
- (74)** Ibidem. p. 63.
- (75)** Loc. cit.
- (76)** Ibidem. p. 64.

- (77) *Ibidem.* p. 66.
- (78) *Ibidem.* p. 69.
- (79) *Ibidem.* p. 70.
- (80) Gutiérrez Fernández, Benito. *Códigos o Estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Versión Original Impresa 1955. Madrid 1862.* p. 627.
- (81) Gutiérrez Fernández, Benito. *Ob. cit.* p. 641.
- (82) *Ibid.* p. 644.
- (83) *Ibidem.* p. 656.
- (84) *Ibidem.* p. 662 a 665.
- (85) *Ibidem.* p. 668.
- (86) Fernández Clérigo, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada.* Editorial Unión Tipográfica Hispanoamericana. México 1970. p. 381.
- (87) Fernández Clérigo, Luis. *Ob. cit.* p. 383.
- (88) *Ibid.* p. 396.
- (89) *Loc. cit.*
- (90) *Ibidem.* p. 430 y 431.
- (91) *Ibidem.* p. 432.
- (92) *Ibidem.* p. 470.
- (93) *Ibidem.* p. 487.
- (94) Herrero Sabino, D. *El Código Civil Español Recopilación Metódica. Segunda Edición.* Madrid. 1888. p. 130.
- (95) Herrero Sabino, D. *Ob. cit.* p. 131.
- (96) *Ibid.* p. 132.

- (97) Ibidem. p. 133.
- (98) Ibidem. p. 135.
- (99) Ibidem. p. 139.
- (100) Ibidem. p. 142.
- (101) Alvarez, José María. Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídica. UNAM 1982. p. 178.
- (102) Alvarez, José. María. ob. cit. p. 189.
- (103) Ibid. p. 193.
- (104) Ibidem. p. 203.
- (105) Ibidem. p. 204.
- (106) Ibidem. p. 211.
- (107) Ibidem. p. 223.
- (108) Ibidem. p. 249.
- (109) Ortiz Urquidi, Raúl. Oaxaca. Cuna de la Codificación Iberoamericana. Editorial Porrúa. Primera Edición. 1974. p. 148.
- (110) Ortiz Urquidi, Raúl. Ob. cit. p. 151.
- (111) Ibid. p. 155.
- (112) Ibidem. p. 157.
- (113) Ibidem. p. 158.
- (114) Ibidem. p. 162.
- (115) Ley para Fijar el Derecho Mexicano en orden a los asuntos comerciales residentes en el Territorio de la Nación. p. 41.

- (116) Gutiérrez, Blas José. Leyes de Reforma. Colección de las disposiciones que se conocen con ese nombre. Tomo I. México. Imprenta Constitucional 1869. p. 332.
- (117) Gutiérrez, Blas José. Ob. cit. p. 332 y 333.
- (118) Loc. cit.
- (119) Ibid. p. 371.
- (120) Ibidem. p. 377.
- (121) Proyecto de Código Civil de Justo Sierra de 1861. Imprenta de Vicente. G. Torres. Edición Oficial. México D.F. p. 47.
- (122) Proyecto de Código Civil de Justo Sierra de 1861. Ob. cit. p. 47.
- (123) Ibid. p. 50.
- (124) Ibidem. p. 55
- (125) Ibidem. p. 63.
- (126) Ibidem. p. 65.
- (127) Ibidem. p. 75.
- (128) Código Civil del Imperio Mexicano de 1866. p. 47.
- (129) Ob. cit. p. 65.
- (130) Ibid. p. 51.
- (131) Ibidem p. 52.
- (132) Ibidem p. 59.
- (133) Código Civil de Veracruz Llave de 1868. p. 117.
- (134) Ob. cit. p. 124.
- (135) Ibid. p. 129.
- (136) Ibidem. p. 132.

- (137) *Ibidem*. pp. 132 y 133.
- (138) *Ibidem*. p. 137.
- (139) *Ibidem*. p. 151.
- (140) *Ibidem*. p. 153.
- (141) Código Civil del Estado de México de 1869. p. 81.
- (142) *Ob. cit.* p. 84.
- (143) *Ibid.* p. 85.
- (144) *Ibidem*. p. 86.
- (145) *Ibidem*. p. 90.
- (146) *Ibidem*. pp. 97 y 98.
- (147) *Ibidem*. p. 109.
- (148) *Ibidem*. p. 114.
- (149) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
p. 5.
- (150) *Loc. cit.*
- (151) *Ob. cit.* p. 51.
- (152) *Ibid.* p. 59.
- (153) *Ibidem*. p. 60.
- (154) *Ibidem*. p. 61.
- (155) *Ibidem*. pp. 61 y 62.
- (156) *Ibidem*. p. 64.
- (157) *Ibidem*. pp. 67 y 68.
- (158) *Ibidem*. p. 71.

- (159) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884. p. 51.
- (160) Ob. cit. p. 54.
- (161) Ibid. p. 57.
- (162) Ibidem. p. 61.
- (163) Ibidem. p. 65.
- (164) Ibidem. p. 66.
- (165) Ibidem. p. 82.
- (166) Loc. cit.
- (167) Ibidem. p. 83.
- (168) Ibidem p. 89.
- (169) Ibidem. p. 90 y 91.
- (170) Ibidem. p. 92 y 93.
- (171) Ibidem. p. 95.
- (172) Ibidem. p. 97 y 98.
- (173) Ibidem. p. 108.
- (174) Ibidem. p. 111 y 112.
- (175) Ibidem. p. 113.
- (176) Ibid. p. 5
- (177) Ibidem. p. 22
- (178) Ibidem. p. 41.
- (179) Ibidem. p. 55 y 56.
- (180) Loc. cit.

- (181) Código Familiar del Estado de Hidalgo de 1983. p. 19.
- (182) Ob. cit. 22.
- (183) Ibid. p. 129.
- (184) Loc. cit.
- (185) Ibidem. p. 61 y 62.
- (186) Loc. cit.
- (187) Ibidem. p. 63.
- (188) Loc. cit.
- (189) Ibidem. p. 66.
- (190) Ibidem. p. 67.
- (191) Loc. cit.
- (192) Ibidem. p. 68.
- (193) Código Civil del Estado de Zacatecas de 1986. pp. 9 y 10.
- (194) Ob. cit. pp. 220 y 221.
- (195) Ibid. pp. 221 y 222.
- (196) Ibidem. p. 233.
- (197) Ibidem. pp. 239 y 240.
- (198) Ibidem. pp. 242 y 243.
- (199) Ibidem. pp. 244 y 245.
- (200) Ibidem. p. 247 y 248.
- (201) Ibidem. pp. 254 y 255.

- (202) Ibidem. pp. 281.
- (203) Ibidem. pp. 286.
- (204) Ibidem. pp. 294 y 295.
- (205) Código Familiar de la República de El Salvador de 1994. p. 2 a 5.
- (206) Ob. cit. pp. 60 a 63.
- (207) Ibid. p. 64.
- (208) Ibidem. p. 65.
- (209) Ibidem. p. 67.
- (210) Ibidem. pp. 69 y 70.
- (211) Ibidem. p. 71.
- (212) Ibidem. p. 72.
- (213) Loc. cit.
- (214) Ibidem. p. 73 a 75.
- (215) Loc. cit.
- (216) Ibidem. p. 76.
- (217) Ibidem. pp. 78 y 79.
- (218) Ibidem. pp. 80 y 81.
- (219) Ibidem. pp. 82 y 83.
- (220) Loc. cit.
- (221) Ibidem. p. 85.
- (222) Guitrón Fuentevilla Julián. et. al. Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar. Presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Coedición. México.

- (223) Guitrón Fuentevilla Julián. et. al. Ob. cit. p.146.
- (224) Peña Bernaldo Quiroz, Manuel. Derecho de Familia. Universidad de Madrid Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones. Madrid 1989. pp. 554 y 555.
- (225) Peña Bernaldo Quiroz, Manuel. Ob. cit. p. 556 y 557.
- (226) Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Paterno Familiares. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1987. pp. 337 y 338.
- (227) Ibidem. p. 45 y 46.
- (228) Chávez Ascencio, Manuel F. Ob. cit. p. 339.
- (229) Ibid. p. 323.
- (230) Ibidem. p. 17.
- (231) Ibid. p. 350.
- (232) Baqueiro Rojas, Edgar. El Derecho de Familia según la Legislación Vigente para el Distrito Federal. Editorial Harla. Primera Parte. México 1990. p. 241.
- (233) Baqueiro Rojas, Edgar. Ob. cit. p. 231.
- (234) Ibidem. p. 352.
- (235) Ibidem. p. 353.
- (236) Loc. cit.
- (237) Guitrón Fuentevilla, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar?. Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. Tercera Edición. México 1987. pp. 266 a 268.
- (238) Peña Bernaldo Quiroz, Manuel. Ob. cit. p. 563.
- (239) Ibidem. pp. 361 y 362.
- (240) Ibidem. pp. 363 y 364.
- (241) Ibidem. p. 368.
- (242) Ibidem. p. 29.

- (243) *Ibidem.* p. 371.
- (244) *Ibidem.* p. 48.
- (245) *Ibidem.* p. 372.
- (246) *Ibidem.* p. 568.
- (247) *Ibidem.* p. 42.
- (248) *Ibidem.* p. 568.
- (249) De Ibarrola, Antonio. *Derecho de Familia.* Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición, México 1990. p. 504.
- (250) *Ibidem.* p. 48.
- (251) De Ibarrola, Antonio. *Ob. cit.* p. 504.
- (252) Planiol, Marcel. et al. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I y II. Divorcio, Filiación e Incapacidades.* Editorial De. Cajica, S.A. 1984. p. 316.
- (253) *Ibidem.* p. 45.
- (254) *Ibid.* p. 495.
- (255) *Ibidem.* p. 42.
- (256) *Ibidem.* p. 341.
- (257) De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, Derecho de Familia y Derecho Hereditario. Tomo II, Segundo Volúmen.* Editorial Reus. Madrid 1978. p. 255.
- (258) Montero Duhalt, Sara. *Derecho de Familia. De. Porrúa. Quinta Edición. México 1988.* p. 367.
- (259) *Ibidem.* p. 42.
- (260) Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción, Familia, Matrimonio. De. Cárdenas. Editor y Distribuidor. Primera Edición. México 1985.* p. 328 y 329.

- (261) *Ibidem*. p. 42.
- (262) *Loc. cit.*
- (263) *Ibidem*. p. 41.
- (264) Montero Duhalt, Sara. *Ob. cit.* p. 371.
- (265) *Ibidem*. p. 343.
- (266) *Ibidem*. p. 371.
- (267) *Ibidem*. p. 43.
- (268) De Ruggiero, Roberto. *Ob. cit.* p. 264.
- (269) *Ibidem*. p. 345.
- (270) Ripert, Georges. *Ob. cit.* p. 328.
- (271) *Ibidem*. p. 45
- (272) *Ibid.* p. 374
- (273) Planiol, Marcel y en colaboración de Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I y II. Divorcio, Filiación e Incapacidades.* Editorial Cajica, S.A. 1984. p. 375.
- (274) *Ibid.* p. 375.
- (275) Guitrón Fuentesvilla, Julián. *Ob. cit.* p. 173.
- (276) *Ibidem*. p. 9.
- (277) *Ibid.* p. 24
- (278) *Ibidem*. p. 79 y 80
- (279) Código Familiar del Estado de Zacatecas de 1986. pp. 16 y 17.
- (280) Código Familiar de la República de El Salvador de 1994. p. 3.
- (281) *Ibidem*. p. 47.

- (282) *Ibidem*. p. 365.
- (283) Magallón Ibarra, José María. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Porrúa. México 1988. Primera Edición. p. 557.
- (284) Magallón Ibarra, José María. *Ob. cit.* p. 558.
- (285) *Ibidem*. p. 516.
- (286) *Loc. cit.*
- (287) *Ibid.* p. 402.
- (288) Barbero, Domenico. *Sistema de Derecho Privado. Derechos de la Personalidad. Derechos de Familia. Derechos Reales*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Editorial Jurídicas Europa América. Libroll. Buenos Aires 1967. p. 172.
- (289) *Ibidem*. p. 381.
- (290) *Ibidem*. p. 52.
- (291) *Ibid.* pp. 561 y 562.
- (292) *Ibidem*. p. 53.
- (293) *Ibidem*. p. 563.
- (294) Planiol, Marcel y Jorge Ripert. *Tratado Práctico de Derecho Civil Frances*. Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz. Tomo I. Las Personas, Estado y Capacidad. Editorial Cultural, S.A. Habana 1927. pp. 365 y 366.
- (295) *Loc. cit.*
- (296) *Ibidem*. p. 1.
- (297) *Ibidem*. p. 41.
- (298) *Ibidem*. p. 12.
- (299) *Ibidem*. p. 45.
- (300) *Ibidem*. p. 48.
- (301) *Diario Oficial de la Federación del 9 de enero de 1954*. p. 4.

- (302)** Ob. cit. p. 5.
- (303)** Diario Oficial de la Federación del 17 de enero de 1970. p. 3.
- (304)** Diario Oficial de la Federación del 24 de marzo de 1971. pp. 2 y 3.
- (305)** Diario Oficial de la Federación del 14 de marzo de 1973. p. 6.
- (306)** Diario Oficial de la Federación del 23 de diciembre de 1974. p. 16.
- (307)** Diario Oficial de la Federación del 23 de julio de 1992. pp. 2 y 3.
- (308)** Ibid. p. 414.
- (309)** Código Familiar del Estado de Hidalgo de 1983. Ob. cit. pp. 61 y 62.
- (310)** Ibid. p. 63.
- (311)** Código Familiar del Estado de Zacatecas de 1986. Ob. cit. pp. 221 y 222.
- (312)** Ibid. pp. 244 y 245.
- (313)** Código Familiar de la República de El Salvador de 1994. Ob. cit. p. 6.
- (314)** Ibid. p. 67.
- (315)** Ibid. p. 75.
- (316)** Diccionario Léxico Hispano. Tomo I. Letra A-F. Editorial W.M. Jackson Incorporation. Editores. Duodécima Edición. México 1987. pp. 424 y 425.
- (317)** Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Const- Defe. p. 363.
- (318)** Loc. cit.
- (319)** Diccionario de la Lengua Española. Décima Octava Edición. Real Academia Española 1956. p. 403.
- (320)** Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomo XVI. Creach-Char-Gra. 1990 p. 1200.
- (321)** Loc. cit.
- (322)** Ibidem. p. 55.

- (323)** Ibidem. p. 386.
- (324)** Ibidem. pp. 386 y 387.
- (325)** Ibidem. p. 388.
- (326)** Ibidem. p. 55.
- (327)** Loc. cit.
- (328)** Ibidem. p. 355.
- (329)** Ibidem. p. 356.
- (330)** Ibidem. p. 389.
- (331)** Loc. cit.
- (332)** Loc. cit.
- (333)** Ibid. p. 225
- (334)** Loc. cit.
- (335)** Loc. cit.
- (336)** Loc. cit.
- (337)** Loc. cit.
- (338)** Loc. cit.

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

1) Las instituciones de la tutela y la curatela, necesitan una urgente reforma de los legisladores a fin de adaptarla a las necesidades actuales que tiene la sociedad mexicana.

2) Los conceptos de derecho familiar, no son regulados por la ley vigente, incluso deberían separar la materia familiar de la civil debido a que su naturaleza así lo requiere.

3) Ha sido la tutela, una institución tan importante, que el hombre ha tenido necesidad de nombrar a una persona que se haga cargo de sus hijos, ya sea por su incapacidad o en su testamento al llegar su muerte..

4) El derecho romano, tomó la institución de la tutela, como una importante necesidad para proteger a aquellos que no contaban con otro ascendiente o consanguíneo que pudiera hacerse responsable de ellos; sin embargo en esta etapa del derecho, había distinciones inmensas entre la tutela y la curatela, la primera era impuesta a los varones menores de 25 años debido a su incapacidad como persona y administración de sus bienes, y la segunda se asignaba a aquellos considerados "mente captos" o a las mujeres célibes debido a su ingenuidad y sexo no podían administrar sus bienes y guardar de su persona.

5) En el Digesto de Justiniano, claramente notamos que la institución de la tutela, se designaba a aquellos "libres" en la Antigua Roma que no contaban con persona que ejerciera sobre ellos la patria potestad, o a aquellos que por razón de su sexo se consideraban débiles para el desempeño y administración de sus bienes, y no podían defenderse de acuerdo a la Ley Civil.

6) En las instituciones de Gaius, la tutela era la fuerza y potestad sobre una cabeza libre dada y permitida por el derecho civil, para proteger a aquel que por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo.

De acuerdo a lo anterior, podemos percatarnos de que la tutela únicamente era designada a los menores de edad o a las mujeres, en tanto que la curatela solamente se encargaba de los incapaces mentales; el tratamiento de ambas instituciones era de distinta naturaleza, a lo que actualmente regula nuestra ley común vigente.

7) En Derecho Francés, la tutela surge como función jurídica que se confía a una persona capaz, y consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y sobre todo administrar sus bienes.

8) En el Derecho Español Antiguo, la tutela era otorgada a un huérfano libre menor de 14 años, y a la huérfana menor de 12, aún cuando ellos no lo demandaren. El tutor debía

cuidar de la persona y bienes del pupilo. El nombramiento de tutor se otorgaba principalmente a varones mayores de 25 años, en caso de que el nombramiento fuese para una mujer, el Rey debía concederla autorizando a su vez la entrega de ellos bienes para su administración, por último se podían instituir tutores aún cuando sin ser familiares de los incapaces, a las personas nombradas en un testamento.

9) El Código Civil Español, señala que si el padre de un incapaz en su última voluntad designaba un tutor para su hijo; no se le exigía garantía para desempeñar su cargo.

10) En el Derecho Real de Castilla y de Indias, es de mencionarse que su origen viene del derecho natural y de gentes, entendiéndose la tutela como autoridad que concede el derecho sobre los mozos libres de potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarles sus bienes mientras ellos sean capaces de hacerlo.

11) El Código Civil de Oaxaca de 1827, regulaba un tipo de tutela denominado oficiosa, la cual se otorgaba a las personas que tuvieran 50 años cumplidos y no tuvieran descendencia, ello cuando lo determinaran los padres del incapaz, o esa persona se haya hecho responsable de un menor por más de dos años.

12) El Lic. Benito Juárez, durante su mandato como Presidente de la República, principalmente se enfocó a decretar Leyes basadas principalmente en la separación de la Iglesia y el Estado.

13) El Dr. Justo Sierra en 1861, fuè comisionado por el Lic. Benito Juárez, para redactar el proyecto de Código Civil, publicándose únicamente los dos primeros libros. El método utilizado, por Justo Sierra, es el francés, el cual parecía más adecuado para adaptarlo a nuestro país.

14) En 1865 Maximiliano, decretó el Código Civil para el Imperio Mexicano, señalando que la tutela tenía por objeto, la guarda de la persona y bienes del menor que no se encuentra bajo patria potestad ni emancipado, es decir como la definición del proyecto del Código de 1861.

15) La tutela en el Código Civil de Veracruz Llave 1868, es similar a la del Imperio Mexicano y a la del Proyecto del Dr. Justo Sierra, pero tenemos que criticar en esas tres leyes el que no hacen referencia a los incapaces en sus objetos tutelares.

16) El Lic. Mariano Riva Palacio, siendo Gobernador del Estado de México, decretó el Código Civil en 1869, continuando con la versión del objeto de la tutela igual que las leyes que le anteceden.

17) A partir del Código Civil para el Distrito Federal de 1870, el panorama de la tutela cambió evidentemente, debido a que ya menciona a las personas que tienen incapacidad natural y legal, con el fin de proteger sus intereses tanto personales como económicos.

18) El Código Civil para el Distrito Federal de 1884 siguiente, tomó los mismos objetos de la tutela del Código de 1870; pero una cuestión notoria de ambos Códigos, era la restricción de la ley hacia la mujer, pues era considerada inhábil para desempeñar la tutela de cualquier persona, cuestión irrisoria que afortunadamente en este siglo superó esos límites.

19) La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, tomó las mismas bases de la tutela de los Códigos de 1870 y 1884 para el Distrito Federal, con la diferencia de que señala que la tutela tiene la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley. En esta ley, las mujeres no podían ser tutoras, aun estando anuentes de recibir el cargo; los menores de edad aún estando emancipados, no podían administrar sus bienes, motivo por el que debían tener un tutor que los administrara hasta su mayoría de edad, así como de ser representado en juicio y fuera de él para cualquier negocio o litis.

20) El Código Civil de 1932, se enfocó principalmente a establecer un derecho de igualdad personal, es decir que los mismos derechos que tiene un hombre fueran también de la mujer, que existiera igualdad entre los trabajadores y patrones, en fin que todos los derechos fueran ejercidos por todos aquellos que lo necesitaran. La cuestión tutelar, estuvo enfocada principalmente a atender las cuestiones personales de los incapaces, estando en primer lugar el cuidado de su persona y en segundo término la administración de sus bienes, instituyéndose organizaciones sociales como los Consejos Locales de tutelas y los Jueces Pupilares.

21) Un tema muy importante, es precisamente el Código Familiar del Estado del Hidalgo de 1983, redactado por el Dr. Julián Guitrón Fuentesvilla, en el que se da un cambio completo a lo que es la materia familiar, separando las cuestiones civiles de las familiares, dando un enfoque de mayor precisión y seriedad a los problemas que atraviesa nuestra sociedad, desarrollando en cada capítulo los conceptos principales de cada institución, incluyendo la que estudiamos en esta tesis, que es la tutela.

22) Zacatecas regula una ley específica sobre todas las cuestiones familiares, decretada en 1986, la cual es parecida a la del Estado de Hidalgo, únicas entidades que tienen conciencia de la gran responsabilidad de regular por separado todos los actos que cada persona solicita al Estado.

23) Otro avance en las cuestiones familiares, es la relativa al Código de la República de El Salvador, al cual hacemos mención en esta tesis en el capítulo I, y que sigue los mismos parámetros de los Códigos de Hidalgo y Zacatecas, mencionando que la familia es el grupo social más importante y permanente, constituido por el matrimonio o el parentesco.

Los principios rectores de la familia, son la unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas de la tercera edad y de la madre cuando fuere responsable de un hogar.

24) La tutela es un cargo público del que nadie puede eximirse, y que se asume por disposición de una persona en su testamento, por ser consanguíneo del incapaz o por determinación judicial.

25) Existen controversias sobre la naturaleza jurídica de la tutela, señalando la doctrina que es un poder, una función jurídica, un organismo de representación, una carga pública, protección cuidado guarda.

26) Nuestra Ley Civil actual de 1932, regula cuatro órganos tutelares siendo el primero de el tutor, posteriormente el curador, el Consejo Local de Tutelas y el Juez Familiar.

27) Para que se constituya la tutela, es necesario que la persona sujeta a tutela, se encuentre en alguno de los supuestos que regula es artículo 450 del Código Civil, como lo es la minoría de edad, persona mayores de edad disminuidas o perturbadas de su inteligencia, quienes padezcan afecciones originadas por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por adicción de sustancias tóxicas que provoquen que puedan gobernarse por sí mismos.

28) El desempeño de la tutela es de carácter personal, siendo responsable el tutor de cualquier situación que por negligencia le ocurra al pupilo, o que sea provocado por otra persona cuando estuviere conciente de esa situación, incluso podrá ser responsable penalmente si se encontrase en dicha situación.

29) Para poder desempeñar la tutela, es necesario que previamente se haga el nombramiento de un curador, quien cuidara de todos los actos del tutor, salvo excepciones reguladas en la ley. Una vez nombrado al curador, se procederá a la entrega de los bienes del pupilo al tutor para la administración de los mismos; por lo que previamente a la entrega deberá hacerse inventario de esos bienes dando aviso al Juez de todo ello.

30) El tutor, esta obligado a alimentar al incapacitado, destinar sus recursos a la curación de sus enfermedades en su caso, formar inventario solemne de los bienes del pupilo, a administrar el caudal de los incapacitados, a representarlo en juicio y fuera de el, y solicitar autorización judicial para aquellos casos que señala la ley.

31) La tutela testamentaria, es un poder que imita en gran parte a la patria potestad; la primera se adquiere mediante testamento, es decir el que una persona en su última voluntad haya designado a otra para asumir el cargo y hacerse responsable de un incapaz y de sus bienes si es que cuenta con ellos.

32) El Código Civil para el Distrito Federal de 1932, señala que la intervención del Registro Civil en las cuestiones tutelares es muy importante, debido a que una vez otorgado el nombramiento, se deberá acudir ante el, con el fin de solicitar el acta correspondiente al tutor.

33) El Código Familiar del Estado de Hidalgo, regula el estado familiar de las personas, las cuales deberán acudir al Registro del estado familiar, con el objeto de que el Oficial le extienda el acta relativa a lo que esta solicitando, entre ellas la del cargo de tutor.

34) Es necesario que para el desempeño de la tutela, el tutor exhiba la garantía correspondiente para asumir el cargo, ello con el fin de proteger los intereses del pupilo; ello mediante fianza, prenda o hipoteca, las cuales deberán ser suficientes; salvo el caso de que en la tutela testamentaria el de cujus haya dispuesto lo contrario.

35) Hay casos importantísimos en los que el tutor necesita autorización judicial para poder tomar una decisión; dentro de las comunes, tenemos que para poder internar al incapaz en un centro de rehabilitación u hospital, el Juez debe otorgar su consentimiento; deberá asimismo solicitársele autorización para renunciar a derechos; enajenar o gravar las propiedades del pupilo, otorgar prestamos rechazar o aceptar herencias a favor del incapaz.

36) El tutor, deberá rendir durante el mes de enero de cada año, las cuentas de su tutela, aún cuando el nombramiento de tutor sea menor a un año, las cuales deberán ser otorgadas en el lugar del desempeño de la misma; las cuentas deberán ser aprobadas por el curador y el Consejo Local de Tutelas.

37) Concluida la tutela, el tutor deberá hacer la entrega total de los bienes del pupilo, la cual deberá rendirse durante el mes siguiente de concluido el cargo; señalando la ley que no existe prescripción entre las partes para efectuar cualquier reclamación o acción en contra del tutor.

38) El tutor tiene derecho a una retribución por su cargo, el cual deberá determinarse en el testamento por el testador; en caso de que no se haya determinado, la ley señala que el juzgador deberá hacerlo, y no podrá exceder de un 10% ni ser menor de un 5% sobre las rentas líquidas de los bienes del pupilo, si el tutor logra incrementos excelentes para el pupilo, su retribución podrá incrementarse hasta en un 20%.

39) A partir de que el Código Civil para el Distrito Federal, entró en vigor a partir de 1932, ha tenido a la fecha seis reformas en relación al capítulo de la tutela, ello durante los años de 1954, 1970, 1971, 1973, 1974 y 1992.

40) Para el Código Familiar del Estado de Hidalgo, la tutela es un acto jurídico cuyo objeto es representar al menor de edad, no sometido a patria potestad o al mayor incapacitado, así como para protegerlo y administrar sus bienes.

41) El Código Familiar del Estado de Zacatecas de 1986, señala que la tutela, es una institución de derecho familiar, la cual tiene por objeto la guarda de las personas o persona y sus bienes, de todas las personas que no están sujetas a patria potestad, que tienen incapacidad natural y legal, o únicamente la segunda para gobernarse por sí mismos.

42) De acuerdo a lo establecido en la Legislación Familiar de la República de El Salvador, la tutela y guarda son sinónimos de la institución, señalando que es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente.

43) La curatela, tiene por objeto, la protección individual de la persona incapaz y de su patrimonio. En ejercicio asistencial está llamada a suplir las deficiencias psíquicas y evitar que ellos deriven en su perjuicio.

44) Podrán designar curador con autorización del Juez, aquellos que hayan cumplido dieciséis años cumplidos, los menores de edad emancipados para negocios judiciales.

45) El curador, es la persona nombrada en un testamento por el Juez o por el pupilo mayor de dieciséis años, que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor, así como defender los derechos del incapacitado, dentro y fuera de juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los del tutor.

46) El curador debe defender los intereses del pupilo, fuera o dentro de juicio; vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del Juez todo aquello que considere perjudicial para el incapaz; dar aviso al Juez en caso de que faltare el tutor; y cumplir con todas las obligaciones que señala la ley.

47) Cesa la tutela, cuando es relevado el cargo de tutor, pasados diez años como lo señala la ley, previa la entrega de sus gestiones al Juez, o cuando el incapaz deja de serlo.

48) El Código Civil para el Distrito Federal vigente, regula como órgano tutelar al Consejo Local de Tutelas, a partir del año de 1979 cuando entró en vigor; siendo un órgano de vigilancia de los menores e incapacitados que deban ser sujetos a la misma. En cada Delegación del Distrito Federal, habrá un Consejo Local de Tutelas, el cual deberá estar compuesto por un Presidente y dos Vocales, que durarán en el ejercicio de sus funciones.

49) El Consejo Local de Tutelas, tendrá principalmente por objeto, formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad que por su aptitud legal y

moral puedan desempeñar la tutela; velar por que los tutores cumplan sus deberes especialmente en cuanto a la educación de los menores; avisar al Juez de lo Familiar cuando tengan conocimiento de que los bienes de un incapacitado estén en peligro; poner en conocimiento del Juez de la existencia de incapacitados que carecen de tutor; cuidar que los tutores cumplan con la debida formalidad su cargo.

50) Los Jueces de lo Familiar, son autoridades exclusivas encargadas de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Deberán ejercer los asuntos relativos a la tutela y exigir una sobrevigilancia sobre el cumplimiento correcto de los deberes del tutor. Es la autoridad encargada de deferir la tutela de los menores para comparecer en juicio. Principalmente el Juez, debe cuidar lo relativo a la mejoría de los incapaces, motivo por el que, el tutor deberá entregar al Juez, conjuntamente con las cuentas de la tutela en el mes de enero de cada año, un certificado médico del incapaz especialistas que declaren el estado de salud del sujeto a interdicción.

51) El Código Civil de 1932, no regula un concepto de lo que en derecho es la tutela, únicamente señala su objeto.

52) Una de la propuesta de esta tesis, es la de agregar una definición de lo que es la tutela señalando: "La tutela es una institución de carácter público a cargo del estado; substituta de la patria potestad; que pueden ejercerla aquellos quienes señala éste Código, sobre las personas que de acuerdo al artículo 450, tienen incapacidad natural y legal, así como atender a su desarrollo físico o procurar su integración a la sociedad, cuidar de sus bienes hasta su total recuperación, o en su caso al término de la tutoría.

53) Debe prohibirse en el Código Civil, el contraer nupcias entre el tutor y el pupilo, derogando con ello el artículo 159.

54) Debería regularse en el Código Civil, como requisito para asumir la tutela testamentaria o dativa, una edad de 12 años entre el tutor y el pupilo, así como de elegir preferentemente de que ambos sean del mismo sexo.

55) Sugerimos que la parte del Código Civil, relativa a órganos tutelares debe ser reformada, ya que lo que provoca la regulación actual, es un gasto público y trámites burocráticos. Debe desaparecer el Consejo Local de Tutelas y los curadores; siendo suficiente para el desempeño de la tutela el Juez Familiar, el tutor y un curador al que le denominados judicial; éste último debe estar adscrito a cinco Juzgados Familiares, debiendo *rendir informes a cada uno de ellos, de las actuaciones del tutor, en cuanto a la persona del incapaz, así como de sus bienes, evitando con ello gastos y honorarios que derivan de los bienes del pupilo.*

56) Cualquier individuo sujeto a tutela, será vigilado por el curador judicial, el cual rendirá al Juez Familiar informe del cuidado que le brinda el tutor y sus bienes

57) El tutor, debe procurar que la salud y desarrollo del incapacitado sea lo primero que se cuide, ya que el menor de edad al cumplir los 18 años cesa su tutela; por ello durante el período en que el tutor ejerza su cargo, dará preferencia a que ese menor crezca sanamente y tenga un buen desarrollo físico y con la sociedad, debiendo tener una alimentación correcta, así como educación y vestido necesarios.

58) La administración de los bienes del pupilo, deberá seguirse entregando al Juez, a través del tutor, debiendo desaparecer para ello como ya lo mencionamos el Consejo Local de Tutelas y el Curador. El Curador Judicial, deberá supervisar las cuentas que cada año entrega el tutor al Juez; haciendo sabedor inmediatamente al juzgador si detecta malos manejos en su administración.

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

AGUILERA Y VELASCO, D. ALBERTO. Colección de Códigos Europeos Concordados y Anotados. Código Civil Francés. Primer Grupo. Primera Sección. Tomo I Madrid 1875.

ALVAREZ, JOSE MARIA. Instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM 1982.

BARBERO DOMENICO. Sistema del Derecho Privado. Derechos de la personalidad. Derechos de Familia. Derechos Reales. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Jurídicas Europa América. Libro II. Buenos Aires 1967.

BAQUEIRO ROJAS, EDGAR. El Derecho de Familia según la Legislación Vigente para el Distrito Federal. Editorial Haría Primera Parte. México 1990.

BRAVO VALDES, BEATRIZ. Derecho Romano Primer Curso. Editorial Pax México. México 1990.

CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Familiares. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1987.

DE IBARROLA, ANTONIO. Derecho de Familia. Editorial Porrúa S.A. Tercera Edición. México 1990.

DEKKERS, RENE. El Derecho Privado de los Pueblos. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1957.

DE RUGGIERO, ROBERTO. Instituciones de Derecho Civil. Derecho de las Obligaciones, Derecho de Familia y Derecho Hereditario. Tomo II. Segundo Volumen. Editorial Reus. Madrid 1978.

DE PINA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I. Introducción, Personas, Familia. México 1980.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. Segunda Edición. México 1991.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Panorama de la Historia Universal del Derecho. Editorial Porrúa. Primera Edición. Librero Editor de México 1983.

FERNANDEZ CLERIGO, LUIS. El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Editorial Unión Tipográfica Hispanoamericana. México 1970.

GAIUS. Institutas. Texto Traducido, Notas e Introducción por Alfredo di Pietro. Editorial la Plata Ediciones. Librería Jurídica. México 1983.

GUTIERREZ FERNANDEZ, BENITO. Códigos o estudios Fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Versión Original Impresa 1995. Madrid 1862.

GUITRON FUENTEVILLA, JULIAN. ¿Qué es el Derecho Familiar? Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. Tercera Edición. México 1987.

GUITRON FUENTEVILLA JULIAN. et. al. Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio de Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM. 1a Condición, México 1996.

HERRERO SABINO, D. El Código Civil Español. Recopilación Metódica. Segunda Edición. Madrid 1888.

JUSTINIANO. El Digesto. Tomo II Libros 20 a 36 Versión Castellana por D'ors. Editorial Aranzado. Pamplona 1972.

MF. LAFERRIERE. Histoire du Droit Civil de Rome et du Droit Français. Tome Deuxième. Paris 1846.

MAZEAUD LEON, HENRY Y JEAN. Lecciones de Derecho Civil. La Familia. Organización de la Familia. Traducción, Disolución y Disgregación de la Familia. Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo. Parte Primera. Volumen IV. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1959.

MAGALLON IBARRA, JOSE MARIA. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1988.

MONTERO DUHALT, SARA. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México 1988.

ORTIZ URQUIDI, RAUL Oaxaca. Cuna de la codificación Iberoamericana. Editorial Porrúa. Primera Edición. 1974. p. 148

PENA BERNALDO QUIROS, MANUEL. Derecho de Familia. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho Sección de Publicaciones. Madrid 1989.

PLANIOL, MARCEL Y EN COLABORACION DE RIPERT, GEORGES. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I y II. Divorcio, Filiación e Incapacidades. Editorial Cajica, S.A. 1984.

PLANIOL Y RIPERT, MARCEL Y JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés. Traducción del Dr. Mario Díaz Cruz. Tomo I. Las personas, estado, capacidad. Editorial Cultural, S.A. Habana. 1927.

RIPERT, GEORGES. Tratado Elemental de Derecho Civil. Introducción, Familia, Matrimonio. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición. México 1983.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.- Código Civil Francés de 1804. Petits Codez Dalloz. Code Civil. Soixante-Dix Neuvième Edición 1979-1980. París.
- 2.- Código Civil de Oaxaca de 1827.
- 3.-Código Civil de Oaxaca de 1888.
- 4.- Leyes de Reforma. Colección de las disposiciones que se conocen con ese nombre. Tomo II y III UNAM 1993.
- 5.- Proyecto de Código Civil de Justo Sierra de 1861.
- 6.- Código Civil del Imperio Mexicano, 1866.
- 7.- Código Civil de Veracruz Llave, 1868.
- 8.- Código Civil del Estado de México, 1869.
- 9.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, 1870.
- 10.-Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, 1884.
- 11.- Ley de Relaciones Familiares, 1917.
- 12.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, 1932.
- 13.- Código Familiar del Estado de Hidalgo, 1983.
- 14.- Código Familiar del Estado de Zacatecas, 1986.
- 15.- Código Familiar de la República de El Salvador, 1994.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

- 1.- Diccionario Jurídico de Abeledo-Perrot. José Alberto Garrone. Tomo III de P-Z Buenos Aires 1987.
- 2.- Diccionario de Derecho Romano. De Gonzalo Fernández de León. Editorial Buenos Aires 1962.
- 3.- Diccionario Enciclopédico Universal Ilustrado. Letra T a Z. CREPSA. 1990.
- 4.- Diccionario Enciclopédico UTEHA. Letra Ter, Z-W. 1990.
- 5.- Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española. 1960.
- 6.- Diccionario de la Lengua Española. Décima Octava Edición. Real Academia Española. 1956.
- 7.- Diccionario Enciclopédico Abreviado. Tomo II. Callejón Empetro. 1995.
- 8.- Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI Tasa-Zona. Tomo V. Cost-Defe. 1990.
- 9.- Enciclopedia Abreviada. Espasa Calpe. S.A. Madrid 1974. Dea.
- 10.- Enciclopedia Universal Ilustrada. Tomos XV y LXV. 1990.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION

- 1.- Diario Oficial de la Federación. Sábado 9 de enero de 1954. Decreto que reforma diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales.**
- 2.- Diario Oficial de la Federación. Sábado 17 de enero de 1970. Decreto que reforma la Fracción VIII del artículo 511, del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales. En Materia Común y para toda la República en Materia Federal.**
- 3.- Diario Oficial de la Federación del 24 de marzo de 1971. Decreto que reforma diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.**
- 4.- Diario Oficial de la Federación. Miércoles 14 de marzo de 1973. Decreto que reforma diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales.**
- 5.- Diario Oficial de la Federación. Lunes 23 de diciembre de 1974. Decreto que reforma diversos artículos del Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales.**
- 6.- Diario Oficial de la Federación. Jueves 23 de Julio de 1992. Decreto que reforma disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal .**

JURISPRUDENCIA

Recopilación al Seminario Judicial de la Federación.

Jurisprudencia definida en Materia Civil. Editores Libros Técnicos. Tomo II y V. Epocas 5a., 6a., 7a., 8a y 9a. Primera Edición 1917-Julio de 1996

**LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA TUTELA Y CURATELA
(PROPUESTA DE UNA NUEVA REGULACIÓN PARA EL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO
FEDERAL EN MÉXICO)**

I N D I C E

Prólogo.....	I
Introducción.....	III

**CAPITULO PRIMERO
EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TUTELA**

I.- Significados:	
a) Etimológico	1
b) Jurídico.....	4
c) Gramatical.....	6
II.- Evolución Histórica en el Derecho Griego.....	6
III.- Evolución Histórica en el Derecho Romano.....	7
a) El Digesto de Justiniano.....	10
b) Las Institutas de Gaius.....	27
IV.- Evolución Histórica en El Derecho Francés.....	30
a) Código Civil Francés de 1804.....	40
V.- Evolución Histórica en El Derecho Español.....	51
VI.- El Código Civil Español de 1888.....	63

a) El Derecho Real de Castilla y de Indias.....	68
VII.- Código Civil de Oaxaca de 1827.....	75
VII.- Leyes de Reforma de Benito Juárez de 1856-1861..	79
IX.- Proyecto de Código Civil para México, de Justo Sierra 1861.....	84
X.- Código Civil del Imperio Mexicano de 1866.....	92
XI - Código Civil de Veracruz Llave de 1868.....	97
XII.- Código Civil del Estado de México de 1869.....	102
XIII.- Código Civil para El Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1932	107
XIV.- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.....	114
XV.- Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.....	117
XVI.- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal de 1932.....	124
XVII.- Código Familiar del Estado de Hidalgo de 1983.....	127
XVIII.- Código Familiar del Estado de Zacatecas de 1986.....	132
XIX.- Código Familiar de la República de El Salvador de 1994.....	140

**CAPITULO SEGUNDO
CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA TUTELA**

I.- Su Naturaleza Jurídica.....	153
II.- Sus Características Generales.....	155
III.- El Objeto de la Tutela.....	158
IV.- Diferencias entre Tutela y Patria Potestad.....	159
V.- Organos de la Tutela.....	160
VI.- Constitución de la Tutela.....	167
VII.- Desempeño de la Tutela.....	169
VIII.-Bienes que protege la Tutela.....	171
IX.- Personas que pueden ejercer la Tutela.....	173
X.- Derechos y obligaciones del Tutor.....	174
XI.- De las incapacidades para ejercer los cargos de Tutores y Curadores.....	176
XII.-Clases de Tutela.....	178
XIII.-Tutela Testamentaria (Concepto).....	179
a) Número de Tutores que pueden nombrarse.....	180
b)Sujetos con derecho a nombrar Tutor.....	180
c)Sujetos pasivos de la Tutela Testamentaria.....	181
d)Objeto de la Tutela Testamentaria.....	182
XIV.- Tutela Legítima (Concepto).....	183
a)Nombramiento de tutor Legítimo.....	185
b)Sujetos activos de la Tutela Legítima.....	185

XV.- Tutela Dativa (Concepto).....	186
a)Nombramiento de Tutor Dativo.....	187
b) Sujetos activos de la Tutela Dativa.....	188
XVI.- Intervención del Registro Civil.....	190
a) Registro del Edo. Familiar de acuerdo al Código Familiar de Hidalgo de 1983.....	191
b)Código Familiar de El Estado de Zacatecas de 1986.....	193
c) Código Familiar de la República de El Salvador de 1994.....	194
XVII.- Garantías para el ejercicio de la Tutela.....	195
XVIII.- Actos del Tutor, que requieren autorización judicial , y actos prohibidos.....	197
XIX.- Cuentas de la Tutela.....	199
XX.- Poderes del Tutor sobre los bienes del pupilo.....	200
XXI.- Entrega de los bienes.....	201
XXII.- Los honorarios del Tutor.....	203
XXIII.- Extinción de la Tutela.....	204
XXIV- Intervención del Ministerio Público en esta Institución.....	205
XXV.- Modificaciones a la Tutela y la Curatela, según el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y en Materia Federal para toda la República de 1932.....	207
a) Reformas del 9 de Enero de 1954.....	213
b) Reformas del 17 de Enero de 1970.....	214
c) Reformas del 24 de Marzo de 1971.....	214

d) Reformas del 14 de Marzo de 1973.....	217
e) Reformas del 22 de Diciembre de 1974.....	217
f) Reformas del 23 de Julio de 1992.....	218
XXVI.- a) Regulación de la Tutela de acuerdo al Código Familiar del Estado de Hidalgo de 1983.....	220
b) Regulación de la Tutela de acuerdo al Código Familiar de el Estado de Zacatecas de 1986.....	223
c) Regulación de la Tutela de acuerdo al Código Familiar de la República de El Salvador de 1994.....	226

CAPITULO TERCERO GENERALIDADES DE LA CURATELA

I.- Significados:

a) Etimológico.....	230
b) Jurídico.....	231
c) Gramatical.....	232

II.- Personas sometidas a Curatela y sus clases..... 232

III.- El Curador..... 233

a) Clases de Curador.....	233
b) Deberes del Curador.....	234
c) Derechos del Curador.....	234
d) Cesación de la Curatela.....	235

IV.- De los Consejos Locales de Tutelas..... 235

V.- Los Jueces de lo Familiar.....	237
VI.- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	239

**CAPITULO CUARTO
PROPUESTA DE UNA NUEVA REGULACIÓN
DE LA TUTELA Y LA CURATELA**

I.- Propuesta de una nueva definición de la Tutela en el Artículo 449 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.....	247
II.- La Institución Tutelar debe ser exclusivamente tripartita.....	251
III.- ¿Debe permitirse el matrimonio del tutor y el pupilo?.....	253
IV.- ¿Es conveniente que existan cuatro órganos Tutelares para desempeñar la Tutela?.....	254
V.- Propuesta para reformar el desempeño de la Tutela, y la desaparición de Órganos Tutelares.....	256
VI.- Regulación de la Tutela en los Juzgados Familiares.....	258
VII.- La salud del incapaz debe tener prioridad ante el Juez.....	260
VIII.- El curador en el desempeño de la Tutela y como auxiliar ante el Juez.....	261
IX.- Administración de los bienes del pupilo.....	262
Citas Bibliográficas.....	264
Conclusiones.....	281
Bibliografía.....	289
Índice.....	296