

181



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

CAMPUS ARAGÓN

**PROBLEMÁTICA PROBATORIA QUE GENERA LA
TUTELA A LA LUZ DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

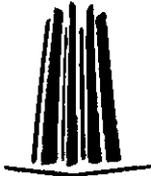
MARÍA DE JESÚS ELOÍSA GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

ASESORA

279934

LIC. JANETT YOLANDA MENDOZA GÁNDARA

2000





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

DEDICATORIA

Es difícil e injusto el dedicar un trabajo de tesis a alguien en especial; ya que es mucha la gente que participa: la familia, la escuela, los amigos, los enemigos, que con sus intrigas muchas veces presionan y ayudan más a titularse.

Sin pretender dejar a nadie fuera, quiero agradecer a Concepción, a Francisco, a mi familia, a mis amigos, a mis enemigos.

A mi escuela, a Janett, a Mauricio, a Bertha, a Bety.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA....	1
I.1. CONCEPTO DE TUTELA.....	1
I.2. DEFINICIÓN LEGAL DE TUTELA.....	5
I.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TUTELA (Del Derecho Romano a la actualidad).....	8
I.4. OBJETO Y SUJETOS DE LA TUTELA EN LA DOCTRINA.....	15
I.5. CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA EN LA DOCTRINA.....	18
CAPÍTULO II LA TUTELA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.....	20
II.1. OBJETO DE LA TUTELA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	20
II.2. CLASES DE TUTELA.....	26
II.3. ÓRGANOS DE LA TUTELA.....	44
II.4. DESEMPEÑO, EXTINCIÓN Y EXCUSAS PARA SER TUTOR.....	51
CAPÍTULO III EL PROCEDIMIENTO EN EL DISTRITO FEDERAL PARA EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR.....	55
III.1. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA COMO VÍA PARA EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR (FUNDAMENTO LEGAL).....	55
III.2. EL PRINCIPIO DE PRUEBA EN GENERAL EN LAS JURISDICCIONES VOLUNTARIAS.....	63
III.3. LA PRUEBA TESTIMONIAL EN PARTICULAR EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN DE TUTOR.....	64
III.4. LA DECLARACIÓN DE MINORÍA DE EDAD.....	71
III.5. LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD POR DEMENCIA PARA NOMBRAR TUTOR EN LOS JUICIOS DE INTERDICCIÓN.....	73
III.6. TUTOR PROVISIONAL Y TUTOR DEFINITIVO, SUS DIFERENCIAS.....	76
III.7. TESIS JURISPRUDENCIALES SUSTENTADAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA RELATIVAS A LA TUTELA.....	78
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación, nace de la inquietud que día a día crece en mí, al darme cuenta en la práctica como empleada de una institución que fue creada para la protección del menor y la familia, es decir, del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, que nuestra leyes y los encargados de impartir justicia, en el caso concreto, nuestros jueces familiares, tienden más a proteger los bienes que propiamente la persona del sujeto a una incapacidad, ya sea en razón de su minoría de edad, o de una incapacidad física.

Nace de la absoluta convicción de que es necesario tal vez no la reforma, pero sí el adicionar lo ya plasmado en materia de tutela, para procurar una real y pronta protección de los sujetos a cualquiera de nuestras clases de tutela.

Trabajo cuya realización me llevó fielmente a las conclusiones que se mencionan al finalizar el mismo, tratando de contribuir con un granito de arena al alzar la voz y pedir prontitud, que se tomen las medidas necesarias para proteger la persona más que los bienes del incapaz.

II

Y esperando que del estudio realizado se pueda obtener para alguien un beneficio, permitiéndome a mí misma conocer un poco más el tan amplio material que existe en tutela, su procedimiento, y tratar al conocerlo un poquito más, aplicar estos conocimientos a la práctica que realizo en el ejercicio de mi profesión.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES Y CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA

I.1. CONCEPTO DE TUTELA.

Para poder iniciar el estudio de la Tutela, es necesario ubicarla dentro del marco jurídico al cual pertenece dicha institución, por lo que es conveniente definir primeramente a la rama del derecho que la contiene.

En este orden de ideas, tenemos que la tutela es una de las instituciones que conforman al Derecho de Familia, el cual tiene por concepto ser "UN CONJUNTO DE NORMAS JURÍDICAS DE DERECHO PRIVADO Y DE INTERÉS PÚBLICO QUE REGULAN LA CONSTITUCIÓN, LA ORGANIZACIÓN Y LA DISOLUCIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES".¹

El derecho de familia ha sido ubicado tradicionalmente dentro del derecho privado, por regular y organizar las relaciones entre los sujetos en aquellos aspectos en que el Estado no interviene ni forma parte de su estructura, por considerar que es de derecho privado toda relación en que los individuos se encuentran en una situación de coordinación, de igualdad o en la que el Estado no interviene como sujeto de la relación jurídica.

¹ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992, pág. 24.

Por otra parte cabe mencionar que ha sido cuestionada tal ubicación del derecho de familia en el derecho privado, por considerarse que al mismo no pueden aplicársele los principios generales del derecho privado, ya que la autonomía de la voluntad, pilar de éste, es inoperante al normar las relaciones familiares, al analizar Antonio Cicu la estructura de las relaciones que dan su configuración al derecho de familia advierte que en las mismas no predomina el simple interés particular de los individuos, sino el interés superior del grupo familiar, por considerar que sus normas son imperativas o prohibitivas, por no poder dejarse a la libre voluntad del individuo regir las relaciones más importantes que estructuran y organizan la vida familiar como son los deberes entre cónyuges o entre padres e hijos, a los cuales las instituciones como el matrimonio y la patria potestad le dan el carácter de irrenunciables, consideraciones que han llevado hasta pensar en ubicar al derecho de familia como un derecho autónomo del derecho privado, concluyendo que es un derecho privado por regir relaciones entre particulares, por ser la familia lo más íntimo y particular de todo individuo, no obstante que en materia legislativa la autonomía del derecho de familia comience a ser una realidad en muchos lugares no sólo del planeta, sino de nuestro país, concretamente teniendo como ejemplo al estado de Tlaxcala, que ya cuenta con legislación independiente en materia de familia.

Por lo que hace concretamente al tema que nos ocupa, lo importante es que el derecho de familia responda a las verdaderas necesidades de interés del núcleo familiar, que proteja primordial y

eficazmente a los menores de edad, a los incapacitados y desvalidos.

Por otra parte y retomando el concepto de derecho de familia concluimos que la constitución de la familia y su organización son en definitiva de interés público, por ser ésta la base de la sociedad, constituyéndose el derecho de familia a través de instituciones, las cuales son: Matrimonio, Concubinato, Filiación, Adopción, Parentesco, Alimentos, Patria Potestad, TUTELA y CURATELA, Patrimonio de la Familia, Sucesión Legítima.

Por lo que hace a su organización, ésta se lleva a cabo a través de derechos y obligaciones tanto de carácter moral como patrimonial, siendo de carácter moral la asistencia, ayuda, lealtad, convivencia y representación legal, y de carácter patrimonial los alimentos, regímenes económicos, donaciones, usufructo legal, patrimonio de la familia, sucesión legítima.

Por último el derecho de familia regula la disolución de las relaciones familiares a través del divorcio, la nulidad del matrimonio, impugnación de la paternidad, la revocación de la adopción y la muerte.

Ubicada como ha quedado la Tutela dentro de las instituciones que constituyen al derecho de familia, iniciamos por definir el concepto de familia.

Familia: desde el punto de vista sociológico es la célula social, entendiéndose por ésta a la pareja humana sola o con los hijos que ha procreado y viven juntos.

Desde el punto de vista legislativo, la familia es el conjunto de individuos unidos entre sí por lazos familiares, lazos derivados del matrimonio o del concubinato, o del parentesco, lazos que generan una serie de derechos y obligaciones que se ven regulados por el derecho de familia con instituciones tan importantes y necesarias como la tutela.

CONCEPTO DE TUTELA.

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".²

La palabra tutela proviene del latín Tutéla y es la autoridad que en defecto de la paterna o materna, se confiere a uno para que cuide de la persona y bienes de un menor, o de otra persona que no tiene completa capacidad civil, "El vocablo nos viene del latín TUEOR, defender, proteger", y que es la misión más importante que debe cumplir un tutor, tanto en la persona como en los bienes de su pupilo, procurando su bienestar personal y la administración del

² DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 4ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, pág. 471.

patrimonio del mismo, procurando el máximo rendimiento que redunde siempre en beneficio de su representado.

De lo definido se puede desprender que en términos muy genéricos la tutela se puede dividir en dos instituciones, la primera teniendo como presupuesto la incapacidad de ejercicio de los mayores de edad, teniendo como misión la de representar al incapaz, actuando en su nombre y la segunda, considerada como una institución subsidiaria de la patria potestad, pues sólo se provee de tutor al menor de edad que carece de ascendientes o bien que estos últimos no puedan cumplir con el ejercicio de la patria potestad.

Pero esta primera división de que se habla es solamente genérica, ya que existen otras clases de tutela que no se apegan estrictamente al concepto de tutela y que han sido creadas para casos específicos por su carácter temporal y limitado, como es el caso de los emancipados que comparecen a juicio o de los menores que tienen intereses contrapuestos a los de la personas que ejercen sobre ellos la patria potestad.

I.2. DEFINICIÓN LEGAL DE TUTELA.

Si tomamos en consideración que la palabra concepto significa idea que forma el entendimiento, por lo menos en nuestra

legislación, el Código Civil no define propiamente a la tutela ya que, al encontrarse reglamentada ésta por el Título Noveno en su Capítulo I, que contiene las disposiciones generales, se aboca abiertamente al objeto de la tutela, el artículo 449, del Código Civil que a la letra 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 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".

De lo transcrito podemos decir a manera de definición que desde el punto de vista legal, la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, creada por la ley, para la representación, protección, defensa y asistencia de los que no son capaces de gobernarse por sí mismos.

Es muy importante hacer notar que la tutela no obstante ser una institución supletoria de la patria potestad, tiene una minuciosa

reglamentación, la cual puede verse claramente en nuestra actual legislación, en la que la patria potestad es regulada únicamente por treinta y siete artículos del Código Civil, en tanto que la tutela se encuentra reglamentada por ciento noventa y un artículos que van del artículo 449 al 640 del mismo ordenamiento legal, debiéndose esto, a que el legislador supone que no existen con relación al pupilo, los lazos de afecto que de manera natural unen al padre con el hijo, y, en este orden de ideas las facultades y cargas inherentes a ambas instituciones, son consecuencia de una ordenación objetiva, en la patria potestad la calidad de padre es impuesta por la naturaleza, la de tutor proviene de un mandato judicial.

Podemos desprender del artículo 449 del Código Civil que en nuestra legislación la tutela es permanente, general, unitaria y obligatoria.

Es permanente porque subsiste mientras dure la incapacidad del pupilo o no se produzca alguna causa de cesación de la persona del tutor.

En general porque comprende tanto el cuidado de la persona como de los bienes del pupilo.

Es unitaria ya que ningún incapaz puede tener más de un tutor.

Es obligatoria porque no se permite a quien es llamado a su ejercicio, negarse a asumirla o una vez asumida renunciarla sin causa justificada.

Teniendo como último a manera de definición legal, que la tutela tiene como finalidad atender primordialmente el cuidado de la persona del incapaz y en caso de contar éste con un patrimonio, la mejor administración del mismo, con vistas al cuidado y desarrollo del sujeto, a tutela, por lo que dicho patrimonio deberá estar afectado a su alimentación, la cual en un sentido amplio comprende, manutención, vestido, asistencia médica, educación y rehabilitación cuando se trate de un pupilo mayor o menor de edad sometido a tutela por causa de enfermedad.

Así mismo, ha dejado plasmado el maestro Fernando Flores Gómez González que "la tutela es una institución de interés público que se ha creado para la representación y protección de los individuos que no están sujetos a la patria potestad".³

I.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA TUTELA (Del Derecho Romano a la actualidad).

La tutela al igual que la patria potestad, fueron originalmente instituciones que veían más el interés del que ejercía estos cargos o al interés general de la familia, que al particular del que se

³ FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando. Introducción al Estudio del Derecho. 7ª ed., Editorial Porrúa, S. A., México 1993, pág. 127.

encontraba sujeto a ella, ambas instituciones han evolucionado inclinándose hacia la protección del sujeto a ellas y más aún se ha acentuado el interés de la persona sujeta a ellas, que de su patrimonio. Hubo épocas en tal evolución que al incapaz mayor o menor de edad que no tenía patrimonio no se le protegía con el nombramiento de un tutor.

Como en casi todas las instituciones de nuestro derecho civil y consecuentemente en la actualidad de nuestro derecho de familia, encontramos su antecedente más remoto en el derecho romano.

La tutela en el derecho romano se establece en beneficio de la familia, siendo una tutela legítima y familiar y solamente surgía cuando el menor tenía bienes y era ejercida por los herederos más próximos a éste, en su evolución la tutela legítima cambió su naturaleza de un simple derecho a favor de quien la ejercía, a una carga impuesta a los tutores en beneficio de los incapaces.

Tutela y Curatela tenían el mismo objeto, el de proteger a los que no podían valerse por sí mismos; su diferencia consistía en que la tutela se ejercía sobre los menores impúberos y la curatela se ejercía sobre los púberos, en nuestro derecho la legislación le da a la tutela y a la curatela papeles diferentes.

LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO.

El derecho romano define a la tutela como un poder dado y permitido por el derecho civil, indicando con esta definición las dos especies de tutela que instituyó la Ley de las XII Tablas, según la cual era permitido al padre de familia nombrar por testamento un tutor a su hijo impúbero y si el padre no había hecho uso de esta facultad se difería la tutela por la misma ley a los agnados, entendiéndose por agnado, al pariente por consanguinidad, cuando los dos descienden de un tronco común de varón en varón, siendo originalmente las únicas especies de tutela, surgiendo más adelante la denominada tutela dativa, por ser dada por los magistrados, figura que fue establecida por leyes especiales.

En este orden de ideas la tutela en el derecho romano se definía como un poder dado y permitido por el derecho civil sobre una cabeza libre, para proteger a quien a causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo, estando también sujetas a tutela las mujeres púberas por razón de su sexo.

En el derecho romano el tutor no tenía derecho de corrección sobre la persona del pupilo, terminando la tutela con la pubertad del varón, quedando la mujer por razón de su sexo bajo tutela perpetua.

En Roma, en el derecho antiguo las mujeres púberas estaban en tutela perpetua por considerar como principal razón que la mujer tenía ligereza de carácter e inexperiencia para los negocios, pensando menos en su protección, que en salvar su fortuna en interés de sus agnados, ya que al hablar Gayo de la tutela legítima, dice que tiene por objeto impedir que la mujer pueda hacer enajenaciones entre vivos o testar en perjuicio de las personas que puedan heredar, encontrando que la idea primera de la tutela perpetua, fue la conservación de los bienes de la mujer en beneficio de sus agnados, debilitándose esta institución por no estar en armonía con las costumbres, sufrió una serie de modificaciones, hasta que en el año 410 se le concedió a la mujer la dispensa de la tutela.

La Ley de las XII Tablas permitía al jefe de familia, escoger un heredero, derecho que también tenía para designar a través del mismo testamento un tutor para su hijo, al faltar tal designación se difería la tutela a los miembros de la familia, estando en primer lugar el agnado más próximo y después a los gentiles, estando consecuentemente esperanzada la carga de la tutela a heredar en un futuro, constituyendo el interés principal de la tutela la conservación del patrimonio del pupilo, a estos tutores no designados por testamento, se les llamó legítimos, por proceder su llamamiento de la ley, al caer en desuso la gentilidad (siglo VI) y al no ser suficiente la familia para proteger al incapaz, se llegó a la

idea de que la sociedad debería intervenir en esa necesaria protección, así fue que a falta de tutor testamentario o agnado, el magistrado se encargaba de nombrarle un tutor al menor o sujeto a incapacidad por razón de su sexo o condición mental.

En términos generales podemos decir que la tutela testamentaria era más importante y que solamente a falta de ella se llegaba a la práctica de las demás formas especiales que existían y una vez siendo nombrado un tutor testamentario, dicha designación era confirmada por el magistrado sin información alguna, cuando tal designación la hiciera el padre de familia, al ser hecha la designación por la madre del incapaz, era necesario para su confirmación por parte del magistrado, que este último, llevara a cabo previamente una información sobre la honradez y habilidad del tutor.

Las funciones del tutor en el derecho romano, el cual imponía ciertos deberes, siendo el más importante la defensa de los intereses del pupilo, ocupándose primordialmente de su fortuna y no de su guarda y educación, quedando tal educación del pupilo en manos del pariente más cercano, destinándose una cantidad en dinero para proporcionarle tal educación; la persona a realizar la función de educar al pupilo era escogida en relación al parentesco y afecto que le podía tener, tales como la madre o el abuelo, considerándose que por relación afectiva se garantizaba una buena

educación al pupilo, lo que significaba que el tutor velaría únicamente por los intereses pecuniarios del pupilo, administrando el conjunto del patrimonio del mismo.

Para empezar a ejercer su cargo el tutor en el derecho romano debía de someterse a ciertas formalidades, teniendo primeramente que hacer un inventario de los bienes de su pupilo, asegurando de esta manera una debida restitución al fin de la tutela, en caso de que el tutor no realizara el inventario con una excusa legítima, se le podía acusar de fraude; obligándole a indemnizar al pupilo en la medida del perjuicio que se le causara.

Como es de comprenderse el derecho romano estipulaba todos y cada uno de los casos especiales que pudieran entrar en materia de tutela, pudiendo éstos por sí mismos y en forma particular ser objeto de un estudio completo, por lo que solamente tratamos de dar una visión muy general de la tutela en tal etapa histórica, que sirvió como base a nuestro derecho actual.

Ahora bien, por lo que respecta al fin de la tutela, las causas que le ponían fin a la misma provenían tanto de la persona misma del pupilo como de la persona del tutor.

Por lo que hace a la persona del pupilo, ésta llegaba a su fin al llegar éste a su pubertad -sin perder de vista que en el antiguo

derecho romano la mujer se encontraba sujeta a tutela perpetua en razón de su sexo- o por muerte del mismo, o por la muerte del tutor.

Al concluir sus funciones el tutor tenía la obligación de rendir cuentas al pupilo, de los bienes administrados, teniendo la obligación de restituir el patrimonio intacto, teniendo a su vez el pupilo la obligación de indemnizar a su tutor por los gastos realizados en dicha administración, igualmente el derecho romano daba al pupilo una serie de acciones en contra del tutor en caso de una mala administración que como ya se mencionó es materia específica en cada caso concreto.

Para terminar y muy someramente se menciona que en el derecho romano la figura de la Curatela, tenía como finalidad la protección de incapacitados mentales, sordos, mudos o pródigos, siendo consecuentemente una figura del derecho romano muy diferente a la que representa en nuestra legislación y la cual se abordará por separado en el capítulo correspondiente.

A este respecto Theodor Kepp y Martín Wolff en su libro de Derecho de Familia, manifestaron: "El Derecho alemán conocía también independientemente del Derecho Romano, la tutela sobre

los enfermos mentales, enfermos y pródigos y algunos casos de curatela para asuntos concretos".⁴

I.4. OBJETO Y SUJETOS DE LA TUTELA EN LA DOCTRINA.

El objeto de la tutela doctrinariamente hablando lo podemos desprender del concepto que nos da la maestra Sara Montero Duhalt en el cual la define "COMO 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".⁵

De esta definición se desprende que el objeto genérico de la tutela es de representación y asistencia, sin que se deje pasar por alto que existen tipos de tutela específicos que consecuentemente tienen objetos específicos, como ejemplo podemos citar el caso de los emancipados que comparecen a juicio, en los cuales igualmente el objeto de este tipo de tutela es tan específica, como representarlos únicamente en el juicio de que se trate, siendo en tal caso el objeto de la misma, específico, limitado y temporal.

Los sujetos de la tutela en la doctrina, se dividen en dos grandes grupos, activos y pasivos.

⁴ KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. Derecho de Familia. Editorial Bosch, Barcelona. Traducción de la 20ª edición alemana, pág. 270.

⁵ MONTERO DUHALT, Sara. ob. cit., pág. 359.

Por lo que respecta a los sujetos pasivos en cualquiera de las clases de tutela siempre serán:

- Menores de edad.
- Mayores privados de inteligencia.
- Sordomudos que no sepan leer ni escribir.
- Alcohólicos y farmacodependientes.

Y los cuales vemos debidamente determinados en la definición de tutela, siendo todos los señalados incapacitados en general.

Por lo que respecta a la minoría de edad, dicha incapacidad no requiere más que la prueba de la misma ante la autoridad judicial, siendo la más fehaciente el correspondiente a testado del registro civil, a falta de éste se deberán llevar a cabo los procedimientos que específicamente señale la ley.

En el caso del mayor de edad, para que el mismo sea declarado incapaz, es necesario llevar a cabo un juicio de interdicción, el cual deberá reunir todos y cada uno de los requisitos que le requiera el Código de Procedimientos Civiles, el cual a su término determinará la declaración o denegación de la incapacidad del mayor de edad en su caso y en consecuencia habrá o no lugar al nombramiento de un tutor.

Los sujetos activos a diferencia de los pasivos, se ven determinados por la clase de tutela a que se refiera.

En la tutela testamentaria, son sujetos activos:

- Los ascendientes.
- El que deja bienes por herencia o legado a un incapaz.
- El padre o la madre que tiene la tutela sobre un hijo incapacitado.
- El adoptante.

Los sujetos activos de la tutela legítima se dividen en tres grupos:

- De menores, siendo en este caso sujetos activos los hermanos en una o en ambas líneas, demás colaterales.
- De mayores, en este caso son sujetos activos, el cónyuge, los hijos mayores, los padres, abuelos, hermanos y demás colaterales.
- De abandonados, el que los ha acogido, los directores de las instituciones en que se encuentre el incapaz.

En la tutela Dativa los sujetos activos son:

- Los Delegados
- Profesores de primarias, secundarias o profesional del lugar en que viva el menor.
- Miembros de juntas de beneficencia pública o privada que disfruten de sueldo del Erario.
- Lista que para tales efectos proporciona el Consejo Local de tutelas.

I.5. CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA EN LA DOCTRINA.

En términos generales podemos decir que la tutela tiene como características:

- Cargo de interés público.
- Irrenunciable.
- Temporal.
- Excusable.
- Unitario.
- Remunerado.

Es de interés público por que así lo determina el artículo 452 del Código Civil.

Nadie puede eximirse sino por causa legítima, de donde se desprende también su carácter de irrenunciable.

Es temporal, por estar determinada su duración, a la edad del pupilo, a la duración de su incapacidad, o en su caso al derecho que tiene el tutor a ser removido de su cargo después de un tiempo de ejercicio.

Es excusable por señalar la ley qué personas y por qué motivos se pueden excusar del ejercicio de la misma.

Es unitaria, porque ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor o un curador.

Es remunerada, debido a que el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado y la cual se encuentra en nuestra legislación debidamente reglamentada.

CAPÍTULO II

LA TUTELA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

II.1. OBJETO DE LA TUTELA SEGÚN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El objeto de la tutela lo encontramos perfectamente definido en el Título Noveno, De la Tutela, Capítulo I, Disposiciones generales del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que en su artículo 449 a la letra 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 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".

Tomaremos primeramente en consideración que la palabra objeto, proviene del latín OBIECTUS y significa todo lo que puede

ser materia de conocimiento o sensibilidad de parte del sujeto, incluso éste mismo. Lo que sirve de materia o asunto a las facultades mentales. Término o fin de los actos del ser humano. Queriendo con esto significar que todas las conductas humanas tienen como finalidad el alcanzar un objeto.

Por ser el objeto de la Tutela la guarda de las personas y bienes de los que no estando sujeto a patria potestad tienen incapacidad natural o legal o solamente la segunda de éstas, es consecuentemente el objeto de la tutela una serie de actividades realizadas y encaminadas a una finalidad perfectamente definida: "la guarda de las personas y consecuentemente de los bienes que los sujetos a tutela pudieran tener o corresponderles".

La guarda podemos definirla como una acción de defensa, como una persona encargada de guardar una cosa, en el caso concreto que nos ocupa, la guarda es la acción de guardar, proteger, defender a una persona que por incapacidad natural o legal no pueda hacerlo por sí misma o a través de los que ejerzan sobre el mismo la patria potestad.

Podemos concluir que del estudio de la tutela según el Código Civil vigente, la misma tiene como finalidad u objeto, que debe atender primordialmente al cuidado de la persona del incapaz, al patrimonio de éste, en caso de que lo tenga, dicho patrimonio

EL ARTÍCULO 414, TIENE DERECHO, AUNQUE FUERE MENOR DE NOMBRAR TUTOR EN SU TESTAMENTO A AQUÉLLOS SOBRE QUIENES LA EJERZA, CON INCLUSIÓN DEL HIJO PÓSTUMO*.

Por lo que respecta al objeto de la tutela Legítima de los menores, éste reside en designar un representante legal a un menor o incapaz, cuando no exista quién en su caso ejerza la patria potestad, cualesquiera que sea la razón de esta falta, ni exista el nombramiento de tutor por vía testamentaria.

Este tipo de tutela se encuentra definida por el artículo 482 del Código Civil el cual se encuentra ubicado en el Capítulo III del Título Noveno que a la letra dice: "HA LUGAR A TUTELA LEGÍTIMA:

I. CUANDO NO HAY QUIÉN EJERZA LA PATRIA POTESTAD, NI TUTOR TESTAMENTARIO.

II. CUANDO DEBA NOMBRARSE TUTOR POR CAUSA DE DIVORCIO*.

En estos casos concretos la finalidad del legislador, fue la de guardar la persona y bienes en caso de existir éstos, de los menores o incapaces sobre los cuales no exista persona que ejerza la patria potestad, por razones naturales o en razón de un mandato judicial, como es el caso de que un Juez Familiar prive a uno o ambos progenitores del ejercicio de la patria potestad.

Así mismo, es necesario hacer notar que la tutela legítima tiene por objeto la protección de menores, interdictos y expósitos y que en cada caso nuestra legislación ha tenido el debido cuidado de regular minuciosamente todas y cada una de las cuestiones inherentes a cada uno de los casos específicos y los cuales serán abordados posteriormente en el presente trabajo.

Por último, a falta de tutor testamentario y designación de un tutor legítimo surge la figura de la tutela Dativa, que tiene por objeto el cuidado de la persona del menor, con la finalidad de que éste reciba una educación adecuada, en caso que dicho menor tenga bienes, se seguirán las reglas generales de la tutela.

En el caso de los menores emancipados surge la figura de la tutela Dativa para casos judiciales y tiene por objeto la exclusiva representación ante las autoridades judiciales para el caso concreto.

Al respecto Edgar Baqueiro y Rosalía Buenrostro Báez manifestaron: "Ya señalamos que en el Divorcio Voluntario la demanda sólo puede ser interpuesta por los interesados, nunca median apoderados por tratarse de una acción personalísima; pero cuando alguna de las partes es un menor de edad emancipado por razón de matrimonio debe estar asistido de tutor legítimo".⁶

⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Edit. Porrúa, S.A. México, 1990, pág. 159.

No obstante que el maestro Ignacio Galindo G. manifiesta "que en virtud de la emancipación el menor de edad sale de la patria potestad o de la tutela a que se hallaba sujeto, disponiéndose así libremente de su persona y administración de sus bienes".⁷

El artículo 495 del Código Civil vigente, que a la letra dice:

"LA TUTELA DATIVA TIENE LUGAR:

I. CUANDO NO HAY TUTOR TESTAMENTARIO NI PERSONA QUE CONFORME A LA LEY CORRESPONDA LA TUTELA LEGÍTIMA;

II. CUANDO EL TUTOR TESTAMENTARIO ESTÉ IMPEDIDO TEMPORALMENTE DE EJERCER SU CARGO Y NO HAY NINGÚN PARIENTE DE LOS DESIGNADOS EN EL ARTÍCULO 483'.

Por tener como premisa la falta de tutor, testamentario o legítimo, se puede considerar poco práctica la existencia de la tutela dativa, pero la realidad es que es frecuentemente utilizada en los juicios sucesorios en los que es muy frecuente el fundamento del interés contrario del cónyuge supérstite o coherederos y con más frecuencia la encontramos en los casos de asuntos judiciales de menores emancipados.

⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 14ª ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1995, pág. 417.

Con lo que podemos concluir que el objeto de la tutela según nuestra legislación en términos generales, es la guarda de la persona y bienes del menor o incapaz y que la misma legislación le señala un objeto específico a cada caso concreto, para lo cual el legislador realizó un minucioso trabajo para dejar cubiertas todas y cada una de las necesidades que se originan en caso de menores, incapaces o expósitos que carecen de quien ejerza sobre ellos la patria potestad, ya sea por razones naturales o por reconocimiento judicial.

Agregando Ignacio Galindo Garfias: "que los mayores de edad, que han caído en estado de interdicción, se encuentran incapacitados y necesitan para la realización de los actos jurídicos la intervención de un tutor".⁸

II.2. CLASES DE TUTELA.

El artículo 461 del Código Civil vigente que a la letra dice: "LA TUTELA ES TESTAMENTARIA, LEGÍTIMA O DATIVA".

De la lectura del artículo que se transcribe se desprende claramente que nuestra legislación contempla y regula tres clases de tutela en su Título Noveno:

- TESTAMENTARIA.

⁸ *Ibidem*, pág. 414.

- LEGÍTIMA.
- DATIVA.

La tutela testamentaria la encontramos definida, contemplada y regulada por el Capítulo II del Título Noveno del Código Civil vigente para el Distrito Federal a través de sus artículos 470 al 481.

El artículo 470 del mencionado ordenamiento nos define a esta clase de tutela de la siguiente manera: "El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deban ejercer patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo".

Nuestra legislación a través de sus capítulos correspondientes ha establecido que en un testamento, no sólo se puede disponer de bienes y derechos, sino también de declarar o cumplir deberes para después de la muerte del testador.

El artículo en mención al hablar de el ejercicio de la patria potestad conforme al artículo 414 del ordenamiento en cita, establece la procedencia de la tutela testamentaria, cuando se trata de hijos de matrimonio, en este caso concretamente el objetivo de

la designación de un tutor por testamento es la de excluir a otros ascendientes que pudieran ejercer la patria potestad.

La designación de un tutor testamentario se puede realizar a través de cualquier tipo de testamento, con la única excepción del testamento ológrafo, debido esto a que el artículo 1551 del Código Civil vigente, establece que sólo los mayores de edad pueden testar de esta forma.

Ahora bien, nuestra legislación no contempla la designación de tutor testamentario únicamente, para los hijos nacidos dentro del matrimonio, tal designación contiene cuatro casos los cuales han sido previstos por los artículos 470 para los nacidos dentro de matrimonio y de los contenidos en los artículos 473, 475 y 481 del Código Civil vigente y los cuales transcribimos y comentamos separadamente.

El artículo 475 que a la letra dice. 'EL PADRE QUE EJERZA LA TUTELA DE UN HIJO SUJETO A INTERDICCIÓN POR INCAPACIDAD INTELECTUAL, PUEDE NOMBRARLE TUTOR TESTAMENTARIO SI LA MADRE HA FALLECIDO O NO PUEDE LEGALMENTE EJERCER LA TUTELA. LA MADRE, EN SU CASO, PODRÁ HACER EL NOMBRAMIENTO DE QUE TRATA ESTE ARTÍCULO'.

Por lo que respecta a designación de tutor testamentario, designado sobre la persona de un incapaz, cuya incapacidad sea intelectual, aquí encontramos una estrecha vinculación con el artículo 489 del mismo ordenamiento y el cual a la letra dice: "LOS PADRES SON DE DERECHO TUTORES DE SUS HIJOS, SOLTEROS O VIUDOS CUANDO ÉSTOS TENGAN HIJOS QUE PUEDAN DESEMPEÑAR LA TUTELA, DEBIÉNDOSE PONER DE ACUERDO RESPECTO A QUIÉN DE LOS DOS EJERCERÁ EL CARGO".

Es necesario mencionar que en el artículo que se transcribe y a partir de la modificación que dicho artículo sufrió por decreto de 9 de enero de 1954, existe una supresión debido a que el texto antes de la reforma decía: "EL PADRE, Y POR MUERTE O INCAPACIDAD DE ÉSTE, LA MADRE, SON DE DERECHO TUTORES DE SUS HIJOS, SOLTEROS O VIUDOS, CUANDO ELLOS NO TENGAN HIJOS QUE PUEDAN DESEMPEÑAR LA TUTELA"., siendo claramente comprensible y lógico que se trata de un error, que hasta la fecha no ha sido corregido.

De la interpretación de estos artículos, podemos decir que la tutela legítima de un incapaz, que previamente haya sido declarado en estado de interdicción y el cual sea soltero, viudo o no tenga hijos que puedan ejercerla, corresponde a los padres en el orden mencionado, los cuales a su vez podrán por testamento designar tutor a dicho hijo incapaz e interdicto.

Ahora bien, ya hablamos de los hijos nacidos dentro de matrimonio, de los hijos declarados en estado de interdicción por incapacidad mental, o intelectual, pasando ahora a mencionar la reglamentación por lo que respecta a la designación de tutor testamentario cuando el parentesco existe a través de la adopción.

El artículo 481 del Código Civil vigente que a la letra dice: "EL ADOPTANTE QUE EJERZA LA PATRIA POTESTAD TIENE DERECHO A NOMBRAR TUTOR TESTAMENTARIO A SU HIJO ADOPTIVO, APLICÁNDOSE A ESTA TUTELA LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS ANTERIORES".

En este caso solamente se hace mención a que en cualquiera de las situaciones que se presentan con motivo de la adopción, se seguirán las reglas establecidas de los artículos 470 a 481 del Código Civil, teniendo primordialmente lo enumerado por el primero de ellos, aplicándose únicamente el artículo 481 cuando es solamente una persona la que adopte a un menor y consecuentemente solamente ella ejerce la patria potestad sobre el menor al cual se le hace la designación de un tutor testamentario.

Como último en lo que respecta a la tutela testamentaria el artículo 473 del Código Civil vigente que a la letra dice: "EL QUE EN SU TESTAMENTO, AUNQUE SEA UN MENOR NO EMANCIPADO, DEJE BIENES, YA SEA POR LEGADO O POR HERENCIA, A UN

INCAPAZ QUE NO ESTÉ BAJO SU PATRIA POTESTAD, NI BAJO LA DE OTRO, PUEDE NOMBRARLE TUTOR SOLAMENTE PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES QUE LE DEJE'.

Este precepto nos señala claramente las premisas que se deben reunir para la designación de un tutor testamentario contemplada en el mismo:

a) Primeramente que se dejen bienes, los cuales se hará ya sea por herencia o legado a un incapaz, haciéndose necesario primeramente la distinción entre herencia y legado.

- Herencia es una sucesión universal, sucesión de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte.

- Legado es una disposición o título singular, el legado puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio, pudiendo el legado ser:
 - Alternativo, cuando se trate de dos o más cosas, entre las que se pueda escoger.
 - De cantidad, cuando consiste en una cantidad de dinero.
 - De cosa ajena, cuando tiene por objeto una cosa que no pertenece al testador, y es el heredero al que le corresponde adquirirla, para entregarla al legatario o dar a éste su precio.

- De cosa determinada, el que tiene por objeto una cosa cuya determinación en el patrimonio del testador es manifiesta.
- De cosa específica, cuando recae sobre una cosa individualmente determinada.
- De cosa gravada, el que tiene por objeto cosa sobre la cual pesa un gravamen (prenda, hipoteca, etc.).
- De cosa indeterminada, tiene por objeto una cosa no determinada y entra en propiedad el legatario hasta que se hace cierta y determinada.
- De crédito, cuando al legatario le deja el testador un crédito que tiene contra un tercero.
- De deuda, es aquél que hace el testador a un deudor, consistente en aquello que le debe, siendo el objeto de liberación de la deuda, teniendo el legatario el derecho a que el heredero o el albacea le entreguen el documento justificativo del pago.
- De educación, es el que tiene por objeto poner al legatario en condiciones de alcanzar el aprendizaje de un oficio o adquirir un título profesional.
- De género, es el que puede ser determinado por cantidad, peso o medida.
- De usufructo, uso o habitación, consiste en el disfrute de estos derechos, vitaliciamente.
- De menaje de una cosa, constituido por los muebles de una casa.

- Legado puro, es aquél que no está sujeto ni a condición ni a plazo.
- Remuneratorio, puede llamársele también compensatorio y es aquél que hace el testador en atención a servicios recibidos del legatario y que no se deriven de obligaciones exigibles.

La designación del tutor la puede hacer un menor de edad, siempre que tenga capacidad para testar conforme a la ley.

b) Que el incapaz no se encuentre bajo la patria potestad ni del testador ni de persona alguna, cabiendo aquí la observación que dicho incapaz tampoco deberá estar bajo la tutela de nadie, pues ningún incapaz puede tener más de un tutor.

Es muy importante hacer notar, que este precepto únicamente debe abarcar a los incapaces por minoría de edad, no así a los incapaces por causas mentales, pues en este caso es necesario, para poder determinar tal incapacidad, que un juez familiar lo declare en estado de interdicción, lo cual en tal caso traería como consecuencia la designación de un tutor y nunca podría ser el testador el que lo determinara como incapaz, ni tampoco se podría permitir la duplicidad de un tutor.

Por otra parte es muy importante hacer ver que en este tipo específico de tutoría testamentaria y la cual sólo puede realizar

actos administrativos sobre lo heredado o legado, que dan al descubierto las otras finalidades genéricas de la tutela, las cuales tendrán que ser de alguna forma cubiertas por el juez familiar, haciendo en uso de sus facultades extensivas las funciones al tutor, basándose en el artículo 479 del Código Civil vigente, el cual a la letra dice: "DEBEN OBSERVARSE TODAS LAS REGLAS, LIMITACIONES Y CONDICIONES PUESTAS POR EL TESTADOR PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA TUTELA, QUE NO SEAN CONTRARIAS A LAS LEYES, A NO SER QUE EL JUEZ, OYENDO AL TUTOR Y AL CURADOR, LAS ESTIME DAÑOSAS A LOS MENORES, EN CUYO CASO PODRÁ DISPENSARLAS O MODIFICARLAS".

En este caso específico que nos ocupa es primordial proteger más al incapaz que a su patrimonio por ser ésta la esencia de la tutela en la legislación mexicana, no debiendo en ningún caso permitirse que el incapaz no cuente con la persona que se encargue de la guarda de su persona, por no contravenir la disposición o voluntad de un testador que lo contemple como heredero o legatario.

c) El tutor testamentario sólo podrá administrar los bienes heredados o legados, disposición por demás extraña, pues en la legislación mexicana no existe la tutela de administración, y como ya fue mencionado la tutela tiene como objetivos el cuidado de la

persona del incapaz, su representación legal y la administración de sus bienes.

Por último a manera de síntesis es necesario mencionar que la tutela testamentaria contempla a los hijos nacidos dentro de matrimonio, que se ven afectados de incapacidad por ser menores de edad o por razones mentales, a los hijos adoptivos o a menores sobre los que no se ejerza la patria potestad, quedando penosamente sin reglamentar lo respectivo a los hijos nacidos fuera de matrimonio, sobre los que sí se ejerza la patria potestad, por lo que podemos concluir que en este caso no procede la designación de tutor testamentario, cuestión que debería preocupar a los legisladores y los estudiosos del derecho, pues actualmente van en aumento los hijos nacidos fuera de matrimonio, los cuales deben de tener los mismos derechos que los nacidos dentro de matrimonio y para los cuales la legislación no debe de hacer distinción alguna.

TUTELA LEGÍTIMA.

Como ya se había mencionado al inicio del punto que nos ocupa, existen tres clases de tutela: Testamentaria, Legítima y Dativa.

La tutela legítima la encontramos reglamentada en el Capítulo III del Título Noveno del Libro I de nuestro Código Civil vigente.

El artículo 482 del ordenamiento en comento, a la letra dice:

***HA LUGAR A TUTELA LEGÍTIMA:**

I. CUANDO NO HAY QUIÉN EJERZA LA PATRIA POTESTAD, NI TUTOR TESTAMENTARIO.

II. CUANDO DEBA NOMBRARSE TUTOR POR CAUSA DE DIVORCIO*.

El artículo que se transcribe contiene dos situaciones concretas:

- a) Menores que carecen de representante legal, por no tener quién ejerza sobre ellos la patria potestad, ni se les haya nombrado un tutor testamentario.

- b) Hijos de padres divorciados, los cuales han sido privados por el juez familiar del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos y que no existan ascendientes que puedan ejercerla.

En estas dos situaciones es necesario que a tales menores les sea designado un tutor legítimo, designación que necesariamente tendrá que ser realizada por un juez familiar.

El artículo 651 correspondiente al Título Undécimo de los ausentes e ignorados en su Capítulo I, correspondiente a las medidas provisionales en caso de ausencia del Código Civil vigente, a la letra dice: "SI EL AUSENTE TIENE HIJOS MENORES, QUE ESTÉN BAJO SU PATRIA POTESTAD, Y NO HAY ASCENDIENTES QUE DEBAN EJERCERLA CONFORME A LA LEY, NI TUTOR TESTAMENTARIO, NI LEGÍTIMO, EL MINISTERIO PÚBLICO PEDIRÁ QUE SE NOMBRE TUTOR, EN LOS TÉRMINOS PREVENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 496 y 497".

Es importante primeramente aclarar, que en nuestra legislación es ausente la persona de la cual se ignora su paradero, de quien no se han tenido noticias y ha desaparecido de sus lugares habituales, sin dejar razón de su conducta.

Esta conducta genera una serie de problemas en relación a su familia y sus bienes, por lo cual es necesario la intervención del juez familiar para asegurarse del destino del ausente, de la protección de su familia y de su patrimonio.

En el caso que específicamente nos ocupa, las medidas que el juez deberá tomar, son de carácter provisional, por lo que respecta al caso de que existan menores de edad, es necesaria la designación de un tutor legítimo, designación que se realiza conforme a lo dispuesto por los artículos 496 y 497 del

ordenamiento en cita, esto quiere decir que para llevar a cabo tal designación se tomará en cuenta la edad del menor al cual se le nombrará tutor, teniendo en cuenta la voluntad del mismo, si ya ha cumplido los dieciséis años, considerándose que un menor que ha cumplido tal edad ya es capaz de decidir por sí mismo quién es la persona que lo deba representar, en razón de la confianza y lazos afectivos que al mismo lo unan (artículo 496 Código Civil vigente), esta designación deberá ser confirmada por el juez familiar, en caso de no tener razón justa para no hacerlo.

Por otra parte cuando hablamos de menores que aún no han cumplido dieciséis años de edad, la designación quedará a cargo del Juez Familiar (artículo 497 Código Civil vigente).

Así mismo en el caso de los menores que ya han cumplido dieciséis años de edad y que la designación que ellos mismos realizaran es rechazada por el juez, este último se encargará de realizar la designación de tutor legítimo de la lista de personas que para tales efectos le proporciona el Consejo Local de Tutelas (artículos 496 y 497 Código Civil vigente).

La tutela legítima de los menores la encontramos contemplada en los artículos 482 a 494 del código Civil vigente, reglamentando el primero de ellos en qué casos procede tal designación.

El artículo 483 del mismo ordenamiento nos señala a quiénes corresponde ejercerla:

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

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

El precepto que nos indica a quién corresponde el ejercicio de la tutela legítima, no excluye a los hermanos nacidos fuera de matrimonio, ni tampoco un orden de precedencia entre los colaterales de los distintos grados, como lo hace en todas las categorías de parientes en las que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos.

El artículo 484 del Código Civil vigente que a la letra dice: "SI HUBIERE VARIOS PARIENTES DEL MISMO GRADO, EL JUEZ ELEGIRÁ ENTRE ELLOS AL QUE LE PAREZCA MÁS APTO PARA EL CARGO; PERO SI EL MENOR HUBIERE CUMPLIDO DIECISÉIS AÑOS, ÉL HARÁ LA ELECCIÓN".

El precepto en comento no aclara si los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, tomando en consideración que en materia de tutela se debe elegir a la persona más apta, en razón

de la función de confianza y de interés social que la reviste, y no del grado del parentesco que pueda unir al tutor con su pupilo.

Por último, se hace mención que a falta de tutor legítimo definitivo se suplirá tal falta en términos de los artículos 485 y 484 del ordenamiento en cita, es decir que el tutor interino deberá ser nombrado de entre los hermanos del pupilo o de alguno de los parientes colaterales del mismo.

Nuestra legislación contempla en un capítulo separado la tutela legítima por lo que respecta a los dementes, idiotas, imbéciles, sordo-mudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, constituyéndose así el Capítulo IV del Título Noveno del Libro I de nuestro Código Civil vigente.

El artículo 486 de dicho ordenamiento, establece lo referente a la tutela legítima del cónyuge, los cuales están obligados a socorrerse y auxiliarse mutuamente, entre los deberes recíprocos uno de los más relevantes es el hecho de que el cónyuge sano, forzosamente debe actuar como tutor legítimo del otro cónyuge que haya sido declarado en estado de interdicción, obligación que subsistirá mientras dure tal condición de cónyuge, quedando los bienes de la sociedad conyugal bajo la administración del cónyuge sano, administración que será legalmente vigilada tanto por el juez familiar, como por el curador que tenga el mismo incapaz.

El artículo 487 del Código Civil vigente nos establece: "LOS HIJOS MAYORES DE EDAD SON TUTORES DE SU PADRE O MADRE VIUDOS".

Este artículo nos señala claramente que sólo pueden ser tutores de su padre o madre viudos los hijos mayores de edad, no así los menores emancipados.

Para concluir mencionaremos que por lo que respecta a la tutela legítima de menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencias, ésta se encuentra reglamentada en el Capítulo V del Título Noveno del Libro I de nuestro Código Civil Vigente, contemplación que se realiza a través de los artículos 492, 493 y 494 del mencionado ordenamiento.

El artículo 492 que a la letra dice: "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".

Existiendo de la lectura de este precepto una interrogante: ¿qué debemos entender por expósito?, desde el punto de vista del legislador, expósito es el niño que carece de identidad y del cual su nacimiento no fue inscrito en el registro civil.

Por lo que respecta a los menores abandonados en instituciones de beneficencia que reciban expósitos, serán los directores de dichas instituciones quienes ejercerán la tutela sobre dichos menores, conforme a la ley y los reglamentos de la institución que representan, en estos casos no será necesario el discernimiento del cargo para que ejerzan sus funciones sobre sus pupilos (artículos 493 y 494 Código Civil vigente).

Por último, para cerrar el punto que nos ocupa nos abocaremos al estudio de la tutela Dativa, la cual se encuentra contemplada por el Capítulo VI del Título Noveno Libro I de nuestro Código Civil vigente.

El artículo 495 del ordenamiento en cita a la letra dice: "LA TUTELA DATIVA TIENE LUGAR:

I.- CUANDO NO HAY TUTOR TESTAMENTARIO NI PERSONA A QUIEN CONFORME A LA LEY CORRESPONDA LA TUTELA LEGÍTIMA;

II.- CUANDO EL TUTOR TESTAMENTARIO ESTÉ IMPEDIDO TEMPORALMENTE DE EJERCER SU CARGO, Y NO HAY NINGÚN PARIENTE DE LOS DESIGNADOS POR EL ARTÍCULO 483".

El término dativa, significa atribución o destinación, significa consecuentemente que la tutela dativa es conferida, en nuestra legislación por un juez familiar; lo que la diferencia de la tutela legítima, es que la designación la deberá hacer el juez, de la lista que proporciona el Consejo Local de Tutelas para tales efectos.

Ahora bien, para que pueda darse la institución de la tutela dativa son premisas indispensables que no exista tutor testamentario, ni persona que conforme a la Ley pueda desempeñar el cargo de tutor legítimo.

Encontramos que esta institución jurídica encuentra su principal función en los casos de intestado, cuando se pueda presumir interés contradictorio y principalmente en los casos de menores emancipados, que tengan necesidad de ser representados judicialmente, para lo cual se trata de que la familia no tenga intervención en los asuntos del menor emancipado y más tomando en consideración que en una gran mayoría de casos éstos han llegado a ser mayores de dieciséis años.

El hecho de que el menor haya cumplido dieciséis años es determinante en la designación de su tutor, pues en este caso es él mismo, el que realiza tal designación con la debida confirmación judicial, en caso de que no cuente por parte del menor con esta edad, será el juez el que lo haga tomando en consideración la lista

que para tales fines le proporciona el Consejo Local de Tutelas a la persona que le corresponderá desempeñar el cargo (artículos 496 y 497 del Código Civil vigente).

Manifestando el maestro Antonio de Ibarrola, por lo que respecta a las diversas clases de tutores: "No cabe duda alguna que el código actual es más conciso y elocuente al enunciar la triple fuente de que puede emanar la tutela".⁹

II.3. ÓRGANOS DE LA TUTELA.

Los órganos de la tutela son:

- A) TUTOR
- B) CURADOR
- C) JUEZ DE LO FAMILIAR
- D) CONSEJOS LOCALES DE TUTELA.

De todos estos órganos enunciados, es el tutor el órgano más importante, por ser éste quien cumple con la función de desempeñar la tutela, a los demás puede considerárseles como órganos de vigilancia, para que el tutor lleve a cabo su misión de la forma más adecuada.

⁹ DE IBARROLA, Antonio. ob. cit., pág. 485.

En este orden de ideas tutor es la persona que ejerce la tutela, ya sea designada por testamento, por la ley o por el juez familiar y que tiene por funciones, la de representar legalmente a su pupilo, protegerlo como persona y administrar sus bienes en caso de existir éstos.

Como consecuencia de lo anterior tenemos que el tutor tiene con respecto a su pupilo deberes y derechos.

Los Deberes los encontramos debidamente enumerados por el artículo 537 de nuestro Código Civil vigente y del cual las desprendemos de la siguiente manera:

I.- Alimentar y ayudar al incapacitado; comprendiendo los alimentos, comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad y tomando en consideración lo preceptuado por el artículo 308 del mismo ordenamiento, los alimentos también deberán comprender educación, educación que deberá tener las mismas características de la que proporcionan los que ejercen la patria potestad.

II.- Destinar preferentemente los recursos del incapaz a la curación de sus enfermedades o regeneración si es ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes; deber que es sumamente importante si tenemos en consideración

que muchas veces la tutela recae sobre incapaces privados de inteligencia o con vicios que no les permiten conducirse por sí mismos.

III.- Formar inventario, lo cual se deberá hacer en forma solemne, es decir, ante funcionario que tenga fe pública, detallando todo aquello que comprenda el patrimonio del pupilo y en un plazo que no deberá exceder de seis meses, autorizándose a intervenir en dicho inventario al mismo pupilo en caso de tener discernimiento y ser mayor de dieciséis años.

IV.- El de administrar el caudal del incapacitado, con la finalidad de conservar en la medida de lo posible dicho capital, contemplando para estos efectos nuestra legislación una serie de restricciones contenidas dentro de los artículos 561 a 577 del Código Civil vigente.

Así mismo en esta administración al igual que en la elaboración del inventario, podrá participar el incapaz que sea mayor de dieciséis años y tenga discernimiento.

V.- La de representar al incapaz en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles, con excepción de los estrictamente personales como son el matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento, siendo la representación una de las hipótesis de la

tutela, cuya representación no es necesaria para casos personalísimos como los ya mencionados.

VI.- Por último tenemos como deber del tutor la de solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella, es decir que todo lo que implique disposición o administración extraordinaria en los bienes de su pupilo, necesitarán de la previa autorización judicial.

El tutor entre sus funciones está obligado a rendir cuentas detalladas de su administración, esta función específica se encuentra reglamentada por el Capítulo XI del Título Noveno del Libro I del Código Civil vigente.

Por ser fundamental la administración de los bienes en el desempeño de la tutela, la rendición de cuentas es la medida más eficaz para tener la certeza de la buena gestión del patrimonio del pupilo, es por eso que nuestra legislación regula minuciosamente todo lo relacionado con la rendición de cuentas.

Los artículos 590 al 605 de nuestro Código Civil vigente reglamentan la forma, los términos y las condiciones en que se tengan que rendir las cuentas en el manejo de los bienes del pupilo.

Teniendo como deberes dos amplias esferas:

- En relación a la persona del pupilo.
- En relación a los bienes del mismo.

En relación a la persona del pupilo debiendo proteger y representar al incapaz.

En relación a sus bienes, administrando éstos debidamente y con todas y cada una de las restricciones que le marca la Ley.

Así mismo un tutor tiene derecho a recibir una remuneración por las funciones que realiza y las cuales conforme a la ley, serán de entre el 5 y 10% del total de las rentas líquidas de los bienes de su pupilo, teniendo derecho a ser removidos del cargo a los diez años del desempeño del mismo, cuando la ejerza sobre un interdicto, cuando no existen lazos de parentesco con su pupilo (artículo 466 Código Civil vigente).

Por otra parte no todas las personas pueden ser tutor, el artículo 503 del citado ordenamiento enumera en trece fracciones a las personas inhábiles para ejercer el cargo de tutor, las que se pueden resumir de la siguiente manera:

- Incapaces, por minoría de edad o estar sujetos a tutela.
- Los que hayan sido removidos de otra tutela, o condenados por sentencia a la privación de este cargo.

- Los que hayan sido condenados por delitos patrimoniales.
- Los que no tengan buena fe pública.
- Los que tengan interés contradictorio con el pupilo.
- Funcionarios y empleados de la administración de justicia o de Hacienda.
- El que tenga su domicilio fuera del lugar en que va a ejercer la tutela.

CURADOR

Contemplado como otro de los órganos de la tutela, "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".¹⁰

Podemos decir que en términos generales la institución de la curatela se rige por los mismos principios que la de la tutela, principalmente en cuanto a sus derechos, forma de designación, extinción, diferenciándose del tutor en razón de sus funciones que como ya mencionamos las constituyen el vigilar el buen desempeño del tutor, reglamentándose al curador en el Capítulo XIV del Título Noveno Libro I del Código Civil vigente.

¹⁰ MONTERO DUHALT, Sara. *ob. cit.*, pág. 384.

JUEZ DE LO FAMILIAR

Es la única autoridad competente que se encarga de intervenir en los asuntos relacionados con la tutela, designación, remoción, diferimiento; es el encargado de dictar todas y cada una de las medidas necesarias para que el incapaz no sufra perjuicios en su persona o en sus bienes y es aquél que ejerce la más estricta vigilancia sobre el correcto cumplimiento de los deberes del tutor, competencia que se encuentra debidamente definida por el artículo 633 del Código Civil vigente, siendo el artículo 634 del mismo ordenamiento el que lo faculta para tomar todas las medidas necesarias para que el incapaz no sufra perjuicio en tanto se le nombra un tutor.

CONSEJOS LOCALES DE TUTELA

Los Consejos Locales de Tutela constituyen un órgano de vigilancia e información en la institución de la tutela, cuya reglamentación en cuanto a su formación y funciones, encontramos en los artículos 631 y 632 del Código Civil vigente.

En cuanto a su formación, deberá existir uno en cada delegación política, compuesto por un presidente y dos vocales, que durarán un año en ejercicio de su cargo y cuyo nombramiento deberá realizar el Jefe del Departamento del Distrito Federal o la persona que él designe para tales efectos.

El tutor que entra al desempeño de sus funciones administrando bienes sin que haya sido nombrado curador, será responsable de los perjuicios que con esta administración pudiera ocasionar a su pupilo (artículo 536 del Código Civil vigente).

Por lo que respecta a las excusas para ser tutor, éstas las encontramos debidamente reglamentadas por el Capítulo VIII del Título Noveno del Libro I del Código Civil vigente, el cual en su artículo 511, prevé una serie de excusas, las cuales tomando en consideración la naturaleza del cargo son bien fundadas, las excusas son potestativas, nada impide que las personas que menciona este precepto puedan desempeñar efectivamente el cargo conferido, pero pueden hacerla valer ante el juez competente, las excusas deben de ser interpuestas en forma expresa y dentro del término que para tales efectos les concede el Código de Procedimientos Civiles, en caso contrario se tendrá por enunciada dicha excusa.

Las excusas a que se refiere el artículo 511 del Código Civil vigente son las siguientes:

- Ser empleados y funcionarios públicos.
- Ser militar en servicio activo.
- Tener bajo su patria potestad tres o más descendientes.

- Los que fueran tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.
- Los que por el mal estado de su salud, o por su rudeza e ignorancia no puedan atender a la tutela.
- Los que tengan setenta años cumplidos.
- Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría.
- Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar conveniente la tutela.

LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA.

La encontramos debidamente reglamentada por el artículo 606, Capítulo XII Título Noveno Libro I, conteniendo tales causas en dos fracciones:

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 por adopción.

La tutela se extingue, cuando desaparece la necesidad de proteger y representar a un incapacitado.

La fracción I del artículo 606 que se comenta, afecta directamente a la condición personal del incapaz, siendo la muerte del mismo o la desaparición de la incapacidad, la primera se prueba a través de la correspondiente acta de defunción, la segunda si se trata de un menor de edad, con su acta de nacimiento, o sentencia que pronuncie que la incapacidad ha desaparecido, cuando se trata de un interdicto.

La fracción II, como claramente lo indica se refiere a los menores que son reconocidos por sus ascendientes o que con motivo de la adopción quedan bajo patria potestad, sucediendo de la misma manera, cuando la patria potestad suspendida se recupera por sus ascendientes al igual que el menor que por razón del matrimonio se emancipa.

CAPÍTULO III

EL PROCEDIMIENTO EN EL DISTRITO FEDERAL PARA EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR.

III.1. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA COMO VÍA PARA EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR (FUNDAMENTO LEGAL).

La amplitud legislativa de la jurisdicción voluntaria desde el punto de vista de su contenido, es establecida por el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles, el cual encontramos ubicado en el Título Décimo Quinto de la Jurisdicción Voluntaria, Capítulo I, Disposiciones Generales, que a la letra dice: "LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA COMPRENDE TODOS LOS ACTOS EN QUE POR DISPOSICIÓN DE LA LEY O POR SOLICITUD DE LOS INTERESADOS SE REQUIERE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ, SIN QUE ESTÉ PROMOVIDA NI SE PROMUEVA CUESTIÓN ALGUNA ENTRE PARTES DETERMINADAS. A SOLICITUD DE PARTE LEGÍTIMA PODRÁN PRACTICARSE EN ESTA VÍA LAS NOTIFICACIONES O EMPLAZAMIENTOS NECESARIOS EN PROCESOS EXTRANJEROS".

De la lectura de este precepto podemos inicialmente desprender el reconocimiento del principio doctrinal de que el juez no resuelve controversia entre partes, sino que interviene a

solicitud de un interesado; es decir, que el órgano jurisdiccional no realiza actos de jurisdicción, debido a que no existe controversia entre partes, siendo la principal característica de la jurisdicción voluntaria, la ausencia de partes.

Ahora bien, de la lectura del precepto en estudio, se desprenden dos casos, que son: cuando la ley determina su intervención y cuando se determina que por voluntad de los interesados, deba intervenir el órgano jurisdiccional, esto ha dado motivo a los estudiosos del derecho, a creer que es necesario que la ley se reforme de tal manera que sea ella misma la que precise los límites de la jurisdicción voluntaria, y la clase de actos que en ella puedan realizarse; ya que el artículo 893 en mención, permite la entrada de actos de diversas especies que en un momento pudieran corresponder a funciones notariales o administrativas.

Así bien podemos desglosar para poder entender mejor el estudio que nos ocupa, que los principios que rigen a la jurisdicción voluntaria en nuestro derecho positivo son:

a) En cuanto a los órganos jurisdiccionales competentes.

- En primer grado; son los jueces civiles y familiares de primera instancia, competencia que se encuentra debidamente establecida

por la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia en sus artículos 54 fracción I y 58 fracción I.

A los jueces familiares en forma genérica, el artículo 58 fracción I de la ley que se menciona, les atribuye su competencia en negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho de Familia, es decir, en cuestiones sobre el estado o capacidad de las personas y muy especialmente a todos aquéllos que atañen a los menores e incapacitados, competencia que se encuentra también apoyada por el artículo 901 del Código de Procedimientos Civiles que a la letra dice: "EN LOS NEGOCIOS DE MENORES E INCAPACITADOS INTERVENDRÁ EL JUEZ DE LO FAMILIAR Y LOS DEMÁS FUNCIONARIOS QUE DETERMINE EL CÓDIGO CIVIL".

- En segundo grado; los órganos jurisdiccionales competentes son las salas Décimo Tercera y Décimo Cuarta del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, las cuales conocen de las apelaciones en materia de jurisdicción voluntaria, por cuanto a lo que de derecho familiar se deriven.

El recurso de apelación en contra de las providencias dictadas en jurisdicción voluntaria, nos lo proporcionan los artículos 898 y 899 del Código de Procedimientos Civiles, al establecer el primero de ellos que las providencias de jurisdicción voluntaria

serán apelables en ambos efectos, si el recurso lo interpone el promovente de las diligencias y en efecto devolutivo sólo si lo interpone persona venida voluntariamente o llamado por el juez.

El artículo 899 del mismo ordenamiento no establece que la sustanciación de estas apelaciones se ajustará a los trámites establecidos para las apelaciones de las sentencias dictadas interlocutoriamente.

b) Por lo que toca a la competencia territorial, es el domicilio del que promueve las diligencias el que determina la competencia, estableciéndose así el artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles en sus fracciones VIII y IX, que es juez competente en los actos de jurisdicción voluntaria el del domicilio del que promueve y en negocios relativos a la TUTELA de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos.

c) La Legitimación procesal, es necesario que aun cuando no se trate de partes, que el juez competente exija al promovente acredite las posibilidades o facultades que se deriven en su favor en relación con los fines que específicamente persigue a través del proceso.

En cuanto a la materia a que se refiere el presente trabajo de tutela, el artículo 460 del Código Civil vigente para el Distrito

Federal que a la letra dice: "CUANDO FALLEZCA UNA PERSONA QUE EJERZA LA PATRIA POTESTAD SOBRE UN INCAPACITADO A QUIEN DEBA NOMBRARSE TUTOR, SU EJECUTOR TESTAMENTARIO Y EN CASO DE INTESTADO LOS PARIENTES Y PERSONAS CON QUIENES HAYA VIVIDO, ESTÁN OBLIGADOS A DAR PARTE DEL FALLECIMIENTO AL JUEZ PUPILAR DENTRO DE OCHO DÍAS, A FIN DE QUE SE PROMUEVA A LA TUTELA, BAJO LA PENA DE VEINTICINCO A CIEN PESOS DE MULTA. LOS JUECES DEL REGISTRO CIVIL, LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y LAS JUDICIALES TIENEN OBLIGACIÓN DE DAR AVISO A LOS JUECES PUPILARES DE LOS CASOS EN QUE SEA NECESARIO NOMBRAR TUTOR Y QUE LLEGUEN A SU CONOCIMIENTO EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES".

De la lectura de este precepto se desprende que la protección de un incapaz no puede admitir interrupciones, la obligación de poner en marcha los trámites para nombrar un tutor corresponde en caso de existir testamento al albacea, en caso de no existir tal testamento la obligación recae en los parientes y aun sobre terceros, siempre y cuando hayan vivido con el incapaz, y en caso de que las personas obligadas omitan su función, cualquier persona podrá denunciar tal situación al Ministerio Público, a fin de que este último haga lo necesario para promover ante el juez competente la designación de tutor.

Es necesario hacer mención que los jueces familiares a partir de reformas realizadas el día 24 de marzo de 1971, asumieron las funciones que antes de esta fecha correspondían a los jueces pupilares.

La parte final del artículo 460 de nuestro Código Civil le da intervención a la autoridad judicial, es decir al Ministerio Público, el cual con esto adquiere su intervención en la materia que específicamente nos ocupa, derivándose que adquiere poderes de iniciativa y de requiriente al establecer el artículo 895 del Código de Procedimientos Civiles, que el Ministerio Público se oirá cuando la solicitud promovida en jurisdicción voluntaria afecte los intereses públicos; cuando se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados.

Podemos ahora sí resumir que el procedimiento para el nombramiento de tutor se encuentra contemplado dentro de la jurisdicción voluntaria, la cual se rige de conformidad con los artículos 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899 y 900 del Código de Procedimientos Civiles, en cuanto a su forma genérica se refiere.

Que para que se puedan promover dichas diligencias es necesario observar las reglas correspondientes a competencia jurisdiccional y territorial.

Así mismo, que el que promueva dichas diligencias debe acreditar debidamente el interés que tenga, es decir que se debe tener legitimación procesal.

Quedando especificado en forma genérica la vía de jurisdicción voluntaria, para el nombramiento de tutor, podemos entrar específicamente a la reglamentación que tiene el nombramiento de tutor y en consecuencia el nombramiento de curador.

El Capítulo II del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos del Código de Procedimientos Civiles en su artículo 902, nos establece que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en estado de minoridad o de incapacidad a la persona que va a quedar sujeto a ella, es decir, que una vez que el juez familiar haya declarado el estado de minoridad o de incapacidad de una persona se procederá al nombramiento de tutor y curador correspondientes.

La declaración del estado de minoridad o incapacidad puede pedirse por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años, por su cónyuge, por sus presuntos herederos, por el albacea, por el Ministerio Público o por los funcionarios encargados para ello por el Código Civil; siempre y cuando queden enumeradas por la fracción II del artículo 450 del Código Civil, aunque en la práctica no se

acostumbra, ni siquiera excepcionalmente, que un incapaz de los mencionados por la fracción en comento, puedan solicitar la declaración de minoridad o incapacidad, afortunadamente nuestra sociedad en ese sentido se muestra un tanto conservadora y las personas incapacitadas por locura, idiotismo o imbecilidad no contraen matrimonio, difícilmente procrean hijos, motivo por el cual la citada fracción II del artículo 450 del Código Civil en relación con el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles, no pasa de la mera redacción legislativa a la práctica forense; porque en lo personal considero que para nuestra sociedad sería retroceder el hecho de que una persona afectada de incapacidad por los motivos mencionados fuera objeto de relacionarse sexual o civilmente con persona no sujeta a incapacidad como para poder hablar de un cónyuge o de unos hijos. Así bien, en una absoluta mayoría de las veces que se solicita una declaración de estado de minoridad o incapacidad, ésta es realizada por la persona que promueve las diligencias y que generalmente es el que solicita se le otorgue el cargo de tutor correspondiente.

El artículo 903 del Código de Procedimientos Civiles nos establece que si a la petición de declaración de minoridad se acompaña la certificación del registro civil, se hará la declaración de plano. En caso de no tener al momento de la petición, tal certificación, se hará tal declaración en audiencia, que se citará dentro del tercer día y a la cual acudirán el menor de ser posible y

el ministerio público y tal declaración o denegación se hará por el aspecto del menor o por medio de información de testigos.

Para poder hacer la declaración de demencia de una persona es necesario la realización de otro tipo de diligencias las cuales se abordarán en punto por separado dada su importancia, lo que sí es necesario hacer mención que no se puede nombrar un tutor a un incapaz por demencia sin que exista la seguridad de su incapacidad.

III.2. EL PRINCIPIO DE PRUEBA EN GENERAL EN LAS JURISDICCIONES VOLUNTARIAS.

Las características de los procesos que como voluntarios regula el Código de Procedimientos Civiles, consiste en que la intervención del juez no tiene simple calidad de documentación, es decir, que el juez no es simplemente un fedatario, ya que debe resolver la petición correspondiente, mediante una tramitación similar a la contenciosa, en la que se reciben pruebas y se dicta una resolución; misma que debe tener fuerza constitutiva que crea derechos y obligaciones en favor del promovente y de terceros; en el caso específico de la tutela, crea derechos y obligaciones entre el tutor y el pupilo, de lo que se desprende que la actuación del órgano jurisdiccional no es meramente administrativa, sino que se crean situaciones jurídicas nuevas a través de las sentencias que

se pronuncian, sin las cuales no puede considerarse integrada determinada situación jurídica.

El artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles nos establece que la jurisdicción voluntaria comprende todos los actos que por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, quedando entendido que a tal solicitud se deberán agregar los medios de prueba que se tengan para poder acreditar tanto la legitimación procesal como la razón de la tramitación de dicha jurisdicción, podemos resumir diciendo que aunque se trate de un juicio en el que no existen partes, al acudir al juez competente es necesario aportar los medios de prueba necesarios que le permitan al juzgador valorar la solicitud planteada y dar la resolución que corresponda conforme a derecho, siendo estos medios de prueba los mismos que se utilizan en las controversias, es decir: documentales, testimoniales y presuncionales; utilizándose para casos más específicos como son la declaración de demencia, las periciales.

III.3. LA PRUEBA TESTIMONIAL EN PARTICULAR EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA DESIGNACIÓN DE TUTOR.

El Título Decimoquinto de las jurisdicciones voluntarias del Código de Procedimientos Civiles, en su Capítulo II del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos

cargos, contiene en su artículo 903 que a la letra dice: "SI A LA PETICIÓN DE DECLARACIÓN DE MINORIDAD SE ACOMPAÑA LA CERTIFICACIÓN DEL REGISTRO CIVIL, SE HARÁ LA DECLARACIÓN DE PLANO. EN CASO CONTRARIO, SE CITARÁ INMEDIATAMENTE A UNA AUDIENCIA DENTRO DEL TERCER DÍA, A LA QUE CONCURRIRÁN EL MENOR SI FUERE POSIBLE Y EL MINISTERIO PÚBLICO. EN ELLA, CON O SIN LA ASISTENCIA DE ÉSTE Y POR LAS CERTIFICACIONES DEL REGISTRO CIVIL SI HASTA ESTE MOMENTO SE PRESENTARAN, POR EL ASPECTO DEL MENOR, Y A FALTA DE AQUÉLLAS O DE LA PRESENCIA DE ÉSTE, POR MEDIO DE INFORMACIÓN DE TESTIGOS, SE HARÁ O DENEGARÁ LA DECLARACIÓN CORRESPONDIENTE".

De la lectura de este precepto, podemos desprender que para hacer la declaración de minoridad de edad en vía de jurisdicción voluntaria, la prueba contundente es el atestado del registro civil relativo al nacimiento del menor, es decir una prueba documental, que por ser documental pública, hace prueba plena, a falta de tal prueba documental, ofrece como otra alternativa la información de testigos, es decir que nos permite el ofrecer una prueba testimonial para poder acreditar los extremos de la solicitud.

Como ya se trató en puntos anteriores, los medios de prueba en las jurisdicciones voluntarias, son los mismos que en los juicios

contenciosos, por lo que la prueba testimonial se rige en los mismos términos en ambos procedimientos.

Para poder iniciar el estudio de la prueba testimonial, es necesario conocer los principios de la prueba en general y los medios de prueba.

Desde un punto de vista lógico, las partes o los promoventes, podrían acreditar al juez la verdad de los hechos, ya sean convertidos o no, valiéndose de cualquier medio que a su concepto, puedan crear la convicción necesaria para que el juzgador acepte como verdadero un hecho concreto.

Sin embargo el legislador ha establecido los medios probatorios, como deben ser ofrecidos para que sean admitidos, la forma de desahogarse y valorarse dentro de cada procedimiento, ya sea contencioso o en vía de jurisdicción voluntaria.

No obstante que la doctrina moderna se inclina porque el juzgador no tenga medios de prueba determinados, nuestra legislación en su artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles los determina en forma específica, los cuales en el juicio ordinario tienen en común su paso por cuatro períodos, el de ofrecimiento, la admisión, desahogo y su valoración.

Por lo que respecta a los juicios tramitados en vía de jurisdicción voluntaria, es en el acto de presentación ante el juez competente, cuando se deben aportar los medios de prueba que se tengan a la mano para obtener la aprobación de los mismos.

Ahora bien, es muy importante hacer notar que no obstante que en materia de tutela, la cual se solicita en vía de jurisdicción voluntaria, al hacer el escrito inicial, en el cual se anexa la documentación necesaria para acreditar todos y cada uno de los puntos expuestos, porque no se ofrece prueba testimonial, en nuestro Tribunal Superior de Justicia, siempre se señala día y hora para que tenga verificativo la audiencia a que se refiere el artículo 894 del Código de Procedimientos Civiles, el cual a la letra dice: "CUANDO FUERE NECESARIA LA AUDIENCIA DE ALGUNA PERSONA, SE LE CITARÁ CONFORME A DERECHO ADVIRTIÉNDOLE EN LA CITACIÓN QUE QUEDAN POR TRES DÍAS LAS ACTUACIONES EN LA SECRETARÍA DEL JUZGADO PARA QUE SE IMPONGA DE ELLAS Y SEÑALÁNDOLE DÍA Y HORA PARA LA AUDIENCIA A LA QUE CONCURRIRÁ EL PROMOVENTE, SIN QUE SEA OBSTÁCULO PARA LA CELEBRACIÓN DE ELLA LA FALTA DE ASISTENCIA DE ÉSTE".

Es en este precepto en el que el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal a través de sus jueces familiares, encuentra su fundamento legal para solicitar en una mayoría aplastante de casos

de nombramiento de tutor, para solicitar la recepción de información testimonial, no obstante que el promovente de las diligencias no los haya ofrecido y es precisamente aquí en donde surge la **PROBLEMÁTICA PROBATORIA QUE GENERA LA TUTELA A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL**; pues no obstante de contener el escrito inicial de jurisdicción voluntaria la acreditación legal de todo lo expuesto, el juez somete el juicio a una prueba testimonial innecesaria, que lo único que nos genera es una peligrosa pérdida de tiempo, y que verdaderamente no arroja una luz verdadera al juzgador, por ser en su mayor número de casos una prueba que se fabrica, prepara y perfecciona en los pasillos del mismo tribunal, impidiendo que la impartición de la justicia sea pronta y expedita, y tratándose más aún de menores o incapaces.

Con lo que se genera una problemática probatoria, que vista a la luz del derecho constitucional es violatoria de la garantía que nos otorga el artículo 17 de nuestra Carta Magna, el cual a la letra dice: **"NINGUNA PERSONA PODRÁ HACERSE JUSTICIA POR SÍ MISMA, NI EJERCER VIOLENCIA PARA RECLAMAR SU DERECHO.**

TODA PERSONA TIENE DERECHO A QUE SE LE ADMINISTRE JUSTICIA POR TRIBUNALES QUE ESTARÁN EXPEDITOS PARA IMPARTIRLA EN LOS PLAZOS Y TÉRMINOS QUE FIJEN LAS LEYES, EMITIENDO SUS RESOLUCIONES DE MANERA PRONTA, COMPLETA E IMPARCIAL. SU SERVICIO SERÁ GRATUITO,

QUEDANDO, EN CONSECUENCIA, PROHIBIDAS LAS COSTAS JUDICIALES.

LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES ESTABLECERÁN LOS MEDIOS NECESARIOS PARA QUE SE GARANTICE LA INDEPENDENCIA DE LOS TRIBUNALES Y LA PLENA EJECUCIÓN DE SUS RESOLUCIONES.

NADIE PUEDE SER APRISIONADO POR DEUDAS DE CARÁCTER PURAMENTE CIVIL*.

Debido a que si se están otorgando al juez familiar todos los elementos necesarios para que él pueda conocer la necesidad del establecimiento de una tutela, como lo son el acreditamiento de un estado de minoridad a través de un acta de nacimiento, o bien la incapacidad por enfermedad mental que se acredita con un certificado médico, se aboca a que se acredita por los medios de prueba ya establecidos el interés que el promovente pueda tener, que no se perjudica derechos de terceros que pudieran tener derecho u obligación de ejercer la tutela, que en número muy importante de juicios entorpece o definitivamente detiene un juicio, el cual debería de tener como interés principal la protección del menor o del incapaz y no tratar de proteger derechos de otras personas, que si bien es cierto se encuentran vinculadas con el menor.

No tienen el interés de cumplir con sus obligaciones naturales, como es el caso de los padres que abandonan a sus hijos, a los cuales el juez familiar al no dejar fuera del juicio, no otorgan una tutela a la persona que desde el momento que promueve las diligencias sí se encuentra en la posibilidad y quiere hacerse cargo del cuidado de dichos menores o incapaces, originando con esto una clara violación de las garantías de impartición de justicia pronta al bien mayor a tutelar que es la persona del que no puede representarse por sí mismo.

Como podemos observar se violan los plazos y términos que fijan las leyes, y en lugar de emitir una pronta resolución, de una manera absurda retrasan el procedimiento, sin tomar ninguna medida para proteger la persona o bienes del presunto incapaz, poniendo en entredicho la eficacia de la administración de la justicia que reza el precepto constitucional transcrito, produciéndose una problemática probatoria en materia de tutela a la luz del derecho constitucional, el cual nos garantiza una impartición pronta y real de justicia, lo que debería ser aún más marcado tratándose de menores o incapaces mentales.

III.4. LA DECLARACIÓN DE MINORÍA DE EDAD.

Para poderle nombrar a un incapaz en razón de su edad, un tutor, es necesario declarar al mismo previamente, en estado de minoridad.

El capítulo correspondiente al nombramiento de tutores y curadores del Código de Procedimientos Civiles, el cual en su artículo 902, nos establece que ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

De igual manera nos establece el mismo precepto legal, que dicha declaración de minoridad puede ser pedida por el mismo incapaz (menor) si ha cumplido dieciséis años, por el Ministerio Público adscrito al juzgado familiar que conozca del asunto o cualquiera de los funcionarios contemplados por el artículo 941 del mismo ordenamiento legal.

Por otra parte el artículo 903 del Código de Procedimientos Civiles, nos establece que si a la petición de declaración de minoridad se acompaña la certificación del registro civil, es decir, la copia certificada del acta de nacimiento del menor se hará la declaración de minoridad de plano.

En caso de no contarse con el correspondiente atestado del registro civil, se citará a una audiencia dentro del "TERCER DÍA" a la que concurrirá el menor si fuere posible, y el Ministerio Público, en la cual por el aspecto del menor y a falta de éste, por medio de información testimonial, se hará o denegará la declaración solicitada.

De lo establecido por el artículo 903 en estudio y que son los medios probatorios en materia de tutela y los términos para tales efectos, surge una nueva razón para establecer que existe problemática probatoria que se genera en materia de tutela a la luz del derecho constitucional, al no ser en la práctica respetados los términos, en primer lugar, ni lo preceptuado por el artículo en comento, ya que como es sabido por todos los litigantes, cuando a un escrito inicial de jurisdicción voluntaria no se acompañan las pruebas documentales que acrediten los extremos del mismo, es objeto de una prevención de conformidad con el artículo 257 del mismo ordenamiento, con la finalidad de que se anexen las pruebas documentales necesarias, en caso contrario no se da curso a la solicitud que contiene el escrito inicial.

Concluyendo que una vez que ha sido declarado el estado de minoridad de una persona, el juez familiar debe proceder a nombrar un tutor, el cual podrá ser provisional o definitivo según el estado procesal que guarden los autos del juicio y lo cual es motivo de

estudio por separado, lo cual dicho sea a contrario sensu sin declaración judicial de minoridad no puede ser nombrado un tutor.

III.5. LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD POR DEMENCIA PARA NOMBRAR TUTOR EN LOS JUICIOS DE INTERDICCIÓN.

Al igual que para nombrar un tutor a un menor de edad es necesario, declarar previamente su estado de minoridad, para nombrar un tutor a un incapaz mayor de edad, es necesario declarar previamente su estado de incapacidad mental, lo cual se encuentra debidamente establecido y reglamentado por el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal.

Como es lógico de suponer y con la finalidad de dar una mayor y mejor protección a la persona y los bienes de un incapaz en razón de demencia, para que se pueda declarar el estado de incapacidad de una persona, es necesario llevar a cabo un procedimiento más minucioso, el cual es regulado de conformidad con los artículos 904 y 905 de nuestro Código de Procedimientos Civiles.

El artículo 904 del mencionado ordenamiento establece las medidas precautorias que el juez familiar debe tomar, al hacerse de

su conocimiento la demanda de interdicción, con la finalidad de proteger los bienes y la persona del presunto interdicto.

En el precepto en comento se establece un término de SETENTA Y DOS HORAS, para que se lleve a cabo un reconocimiento médico, el cual tendrá que ser realizado por médicos alienistas, término que en la práctica cotidiana no se lleva a cabo, así como tampoco se llevan a cabo las medidas precautorias que dicho artículo establece se deben tomar para asegurar la persona y los bienes del presunto interdicto.

Lo que sí es importante hacer notar, es que si se respeta lo establecido por cuanto a los exámenes médicos que se realizan a la persona del presunto incapaz, los cuales siempre son realizados por médicos alienistas, es decir especialistas en la materia y en caso de ser necesario se lleva a cabo hasta un tercer reconocimiento médico, cuando llegare a existir alguna discrepancia entre los reconocimientos médicos realizados al presunto interdicto y que son dos, los establecidos por la ley.

Desde un personal punto de vista, considero que en la mayoría de los casos, al nombrar un tutor a un incapaz, por demencia, el juez familiar se concentra más al cuidado de los bienes, que de la misma persona del incapaz, impidiendo al tutor el poder disponer de los bienes que puedan existir, logrando en muchas ocasiones que el

incapaz no pueda gozar de las comodidades que sus bienes le puedan proporcionar y finalmente para quién sería mejor el uso y disfrute de los bienes, que para el mismo propietario, y es cotidiano encontrar resoluciones en materia de nombramiento de tutores que ordenan que el tutor no puede disponer de los bienes del pupilo, sino en una ínfima parte, lo cual no permite el dar una vida digna al mismo pupilo.

Debemos tomar en consideración que la buena fe, se presume y generalmente las personas que promueven un juicio de interdicción, son las personas más cercanas al incapaz y las que lo han cuidado desde su nacimiento, por lo cual, yo considero que se debería dar mayor libertad en cuanto al manejo de los bienes del pupilo que realiza el tutor, porque finalmente no se toma ninguna medida ni existe autoridad alguna que se encargue de velar por el cuidado que se hace a la persona del incapaz, a la forma en que son atendidos, alimentados, en lugar de preocuparse por el destino que tengan los bienes, los cuales en el último caso no son disfrutados de ninguna manera por el incapaz.

El llevar a cabo un minucioso procedimiento, tomar todas y cada una de las medidas precautorias, que señala la ley, finalmente no sirve de mucho, pues al finalizar dicho procedimiento no se cuenta con la autoridad que se haga cargo de la vigilancia del

cumplimiento de los deberes y obligaciones que el tutor tiene para con su pupilo.

Ahora bien, el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles, establece términos para llevar a cabo las probanzas, términos que en la práctica no se pueden llevar a cabo y que a la luz del derecho constitucional genera problemática probatoria, al no poder llevarse a cabo lo establecido por el artículo 17 constitucional.

III.6. TUTOR PROVISIONAL Y TUTOR DEFINITIVO, SUS DIFERENCIAS.

Es importante señalar que la ley no es muy clara, en cuanto a la determinación y en consecuencia a la diferenciación de tutor provisional o interino y tutor definitivo, por lo que la diferencia entre estos cargos la encontramos en que el tutor provisional o interino lo nombra el juez familiar como una medida precautoria (artículo 904 fracción III inciso a del Código de Procedimiento Civiles), para asegurar en la medida de lo posible la persona y los bienes del pupilo, lo que significa, que tal designación, la de tutor provisional o interino, se realiza a través de un auto y únicamente por lo que respecta a la tutela de un incapaz por razón de

demencia, ya que por lo que hace a un incapaz en razón de su minoría de edad, a éste no se le hace nombramiento de tutor interino o provisional, sino hasta que por sentencia se hace el nombramiento de tutor definitivo.

Otra de las diferencias que se encuentran y que definitivamente podría considerarse como la más importante, es que el tutor provisional tiene como función, la de proteger la persona del pupilo y únicamente conservar el patrimonio del sujeto a su tutela provisional (artículo 905 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles); mientras que el tutor definitivo, una vez que le ha sido conferido el cargo por sentencia definitiva y se ha hecho la aceptación del mismo, podrá realizar actos de administración de los bienes de su pupilo, procurando que el patrimonio que exista se utilice en la alimentación, atención médica y cuidados del sujeto a tutela; esto desde el punto de vista teórico, pues en la práctica sabemos que para que pueda el tutor realizar realmente actos de administración, es necesario autorización judicial, lo cual se obtiene a través de la tramitación de incidente, es decir con el transcurso de varios meses de por medio, por lo que el tutor se ve imposibilitado a cumplir en forma real con sus obligaciones para con su pupilo.

III.7. TESIS JURISPRUDENCIALES SUSTENTADAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA RELATIVAS A LA TUTELA.

Con la finalidad de poder concluir con lo que los litigantes en materia familiar llaman la última palabra en lo que a resoluciones respecta, se tratará en forma breve de conocer en materia de tutela que ha sido sustentado por las máximas autoridades judiciales, esto tomando en consideración que por tratarse de un juicio que se tramita en Vía de Jurisdicción Voluntaria no es objeto en la gran mayoría de los casos de recursos judiciales que tengan por objeto modificar la resolución ya sea del juez de primera instancia, es decir, juez familiar o bien de las resoluciones que se dicten en segunda instancia a través de las salas familiares, por lo que antes de poder hablar de conclusiones, es necesario conocer en la medida de lo posible hasta la última instancia las resoluciones que se toman en el tema que nos ocupa.

Así nos encontramos que los principios fundamentales de la tutela como son el objeto y la competencia del juez familiar en materia de tutela han sido perfectamente definidos por el pleno de nuestras máximas autoridades judiciales las cuales han determinado:

INSTANCIA : PLENO
 FUENTE : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
 ÉPOCA : 5A
 TOMO : IV
 PÁGINA : 1005
 RUBRO : TUTELA, OBJETO DE LA.
 TEXTO : 'EL OBJETO DE LA TUTELA ES LA
 GUARDA DE LA PERSONA Y BIENES DE LOS QUE, NO
 ESTANDO SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD, SON
 INCAPACES PARA GOBERNARSE POR SÍ MISMOS'.

PRECEDENTES:

AMPARO CIVIL EN REVISIÓN. CORTINA GARCÍA
 MANUEL. 8 DE MAYO DE 1919. MAYORÍA DE SEIS
 VOTOS. LA PUBLICACIÓN NO MENCIONA EL PONENTE.

INSTANCIA : PLENO
 FUENTE : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
 ÉPOCA : 5A
 TOMO : XVIII
 PÁGINA : 151
 RUBRO : TUTELA
 TEXTO : 'EL JUEZ DEL DOMICILIO DEL INCAPAZ
 ES EL COMPETENTE PARA CONOCER DE LAS
 CUESTIONES DE TUTELA DE CUALQUIER ESPECIE QUE

ESTA TESIS NO DEBE
 SALIR DE LA BIBLIOTECA

SEA, Y AUN DE LA TESTAMENTARIA, CUANDO ÉSTA SURJA DESPUÉS DE CONCLUIDO EL JUICIO SUCESORIO, O CUANDO EL TESTAMENTO NO TIENE MÁS OBJETO QUE EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR, PUES EN ESTE ÚLTIMO CASO, NO SERÍA INDISPENSABLE PROMOVER UN JUICIO TESTAMENTARIO, CUYA FINALIDAD ESENCIAL ES LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES PARA DESPUÉS DE LA MUERTE'.

PRECEDENTES:

TOMO XVIII, PÁG. 151.- COMPETENCIA.- NIETO JUAN N.- 25 DE ENERO 1920.

TRATANDO DE CONSERVAR EL ORDEN QUE EN EL PRESENTE TRABAJO SE HA ESTABLECIDO, CONTINUAMOS CON LO QUE EN MATERIA DE TUTELA LEGÍTIMA ENCONTRAMOS:

INSTANCIA : TERCERA SALA
FUENTE : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
ÉPOCA : 7A
VOLUMEN : 217-228
PARTE : CUARTA
PÁGINA : 327

RUBRO : TUTELA LEGÍTIMA. ARBITRIO JUDICIAL PARA DETERMINAR EN FAVOR DE QUIEN PROCEDE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MORELOS).

TEXTO : "EL ARTÍCULO 590 DEL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN EL ESTADO DE MORELOS ESTABLECE QUE CUANDO HAYA DOS O MÁS HIJOS (MAYORES DE EDAD, COMO LO PREVIENE EL ARTÍCULO 589 DEL MISMO ORDENAMIENTO LEGAL), SERÁ PREFERIDO EL QUE VIVA EN COMPAÑÍA DEL PADRE O DE LA MADRE, Y AÚN MÁS, SIENDO VARIOS LOS QUE ESTÉN EN EL MISMO CASO, EL JUEZ ELEGIRÁ AL QUE LE PAREZCA MÁS APTO, LO CUAL IMPLICA UN AMPLIO ARBITRIO PARA EL JUZGADOR, PARA DETERMINAR CUÁL DE LOS QUE TIENEN ESE DERECHO-OBLIGACIÓN ES EL QUE PODRÁ CUMPLIR MEJOR CON LOS OBJETIVOS DE LA TUTELA.- DE ESTA MANERA, PUEDE CONCLUIRSE QUE LA DETERMINACIÓN DE UN JUEZ, DE OTORGAR LA TUTELA A LA PERSONA CON QUIEN VIVÍA EL SUJETO A INTERDICCIÓN, NO ES VIOLATORIA DEL ARTÍCULO 590 CITADO, INDEPENDIEMENTE DE LA CIRCUNSTANCIA QUE EN CADA CASO PODRÍA O NO ACREDITARSE, DE QUE LO HAYA LLEVADO A VIVIR CON ELLA POR LA FUERZA Y SIN SU CONSENTIMIENTO".

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 7805/86. TOMÁS JIMÉNEZ
CONTRERAS. 22 DE ABRIL DE 1987. 5 VOTOS.
PONENTE: VICTORIA ADATO GREEN DE IBARRA.

NOTA:

ESTA TESIS TAMBIÉN APARECE EN:
INFORME DE 1987, TERCERA SALA, TESIS 347, PÁG. 247.

INSTANCIA : PLENO
FUENTE : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.
ÉPOCA : 5A
TOMO : VI
PÁGINA : 891
RUBRO : TUTELA LEGÍTIMA.
TEXTO : "LA TUTELA LEGÍTIMA DEL MARIDO
INCAPACITADO, CORRESPONDE A SU CONSORTE Y, DE
ACUERDO CON LA ANTIGUA LEGISLACIÓN SOBRE EL
DIVORCIO, LA SEPARACIÓN DE CUERPOS,
CONSECUENCIA DE AQUÉL, NO HACÍA DESAPARECER
LA OBLIGACIÓN DEL CÓNYUGE CAPAZ, DE EJERCER LA
TUTELA DEL QUE HABÍA CAÍDO EN INCAPACIDAD".

PRECEDENTES:

TOMO VI, PÁG. 891.- AMPARO EN REVISIÓN.-
RAIGOSA DE BERMEJILLO MARÍA.- 22 DE JUNIO DE
1920.-

INSTANCIA : CUARTA SALA

FUENTE : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

ÉPOCA : 5A

TOMO : LXII

PÁGINA : 882

RUBRO : TUTELA LEGÍTIMA, PREFERENCIA DE LA.-

TEXTO : 'SI UN AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO SOLICITA PARA UNOS MENORES UNA TUTELA DATIVA Y EN EL CURSO DE LAS DILIGENCIAS APARECE QUE EXISTE PERSONA DETERMINADA A QUIEN CORRESPONDE LA TUTELA LEGÍTIMA, EN VIRTUD DE LA PREFERENCIA DE ÉSTA, RESPECTO DE AQUÉLLA, EL JUEZ, SIN CAMBIAR LA CUESTIÓN QUE ANTE ÉL SE PLANTEA Y SIN DESVIRTUAR LA CAUSA LEGAL DEL NEGOCIO PUEDE DISCERNIR EL CARGO DE TUTOR A LA PERSONA A QUIEN CORRESPONDA LA TUTELA LEGÍTIMA, Y DE NO OBRAR LA AUTORIDAD APEGADA A ESTA TESIS, VIOLARÁ LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES'.

PRECEDENTES:

TOMO LXII, PÁG. 882.- AMPARO EN REVISIÓN 6747/3
6, SEC. 1ª.- RAMÍREZ DE VALERO MARGARITA.- 17
DE OCTUBRE DE 1939.- UNANIMIDAD DE 4 VOTOS.

DE LA LECTURA DE LAS TESIS JURISPRUDENCIALES
PODEMOS DESPRENDER QUE EN MATERIA DE TUTELA LEGÍTIMA
LA INTERVENCIÓN DE NUESTRA MÁXIMA AUTORIDAD JUDICIAL
ES EN RELACIÓN A DETERMINAR LA PERSONA EN LA CUAL
RECAERÁ DICHO DERECHO-OBLIGACIÓN QUE COMO A TRAVÉS
DEL PRESENTE TRABAJO HA QUEDADO CLARO QUE SI BIEN NO
EXISTE ARTÍCULO EXPRESO QUE ASÍ LO DETERMINE, EL
PARIENTE MÁS CERCANO EXCLUYE AL MÁS LEJANO, QUEDANDO
LA OBLIGACIÓN AL JUEZ DEL CONOCIMIENTO DETERMINAR CUÁL
ES EL MÁS APTO PARA EL EJERCICIO DE TALES FUNCIONES, EN
RAZÓN DEL PARENTESCO Y CONVIVENCIA QUE SE TENGA CON
EL PUPILO.

TOMO XCII, PÁG. 571.- AMPARO EN REVISIÓN 4592/46,
SEC. 2ª.- VARELA LUIS B.- 16 DE ABRIL DE 1947.-
UNANIMIDAD DE 4 VOTOS.

INSTANCIA : TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO
FUENTE : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
ÉPOCA : 8A
TOMO : XIII MARZO
PÁGINA : 513

RUBRO : TUTELA DATIVA. NO SE EXTINGUE AUTOMÁTICAMENTE, CUANDO EL MENOR ALCANZA LA MAYORÍA DE EDAD DURANTE EL LITIGIO EN EL QUE ES REPRESENTADO POR SU TUTOR.

TEXTO : *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 SOLO HECHO DE QUE AQUÉL ALCANZÓ LA MAYORÍA DE EDAD DURANTE EL PROCEDIMIENTO; PUES LO CORRECTO ES QUE AL CONOCER DE ESTA CIRCUNSTANCIA, EL TRIBUNAL REQUIERA AL PUPILO PARA QUE COMPAREZCA EN EL JUICIO POR SÍ MISMO, O BIEN POR CONDUCTO DE DIVERSA PERSONA QUE LO REPRESENTA

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 TUTOR DENTRO DEL PROCEDIMIENTO EN QUE HABÍA VENIDO COMPARECIENDO COMO TUTOR*.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

PRECEDENTES:

AMPARO DIRECTO 32/94. SUCESIÓN INTESTAMENTARIA A BIENES DE BALTAZAR HERRERA GARCÍA. 10 DE FEBRERO DE 1994. UNANIMIDAD DE VOTOS.

PONENTE: GUILLERMO BALTAZAR ALVEAR.

SECRETARIO: JOSÉ LUIS SOLÓRZANO ZAVALA.

POR LO QUE RESPECTA A LA JURISPRUDENCIA QUE EN MATERIA DE TUTELA DATIVA SE HA SUSTENTADO, NO SE PONE EN DISCUSIÓN LA FORMA DE DETERMINARLA, YA QUE LA MISMA ES MUY CLARAMENTE ESTABLECIDA POR LOS PRECEPTOS LEGALES CORRESPONDIENTES, POR EL CONTRARIO DE LA LECTURA DE LAS TESIS SUSTENTADAS SE DESPRENDE EL VALOR DE LA VOLUNTAD DEL PUPILO A DESIGNAR SU REPRESENTANTE LEGAL.

CONTINUANDO CON LO QUE EN MATERIA DE TUTELA
TESTAMENTARIA SE HA ESTABLECIDO.

INSTANCIA : TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO
FUENTES : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
ÉPOCA : 7A
VOLUMEN : 169-174
PARTE : SEXTA
PÁGINA : 210
RUBRO : TUTELA TESTAMENTARIA. NO ES
VÁLIDA LA DESIGNACIÓN 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.
TEXTO : '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
ESTA 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 POSIBLES, PUES DE LO CONTRARIO ESTE 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 ÉL, DADO QUE ESA CONDICIÓN RESULTARÍA LEGALMENTE IMPOSIBLE DE CUMPLIR EN RAZÓN A QUE, DE LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 397 Y 358 DEL REFERIDO CÓDIGO CIVIL, SE DEDUCE QUE LA TUTELA SÓLO PROCEDE CUANDO SE TRATA DE UN MENOR DE EDAD QUE NO ESTÉ SUJETO A LA PATRIA POTESTAD DE UNO DE SUS ASCENDIENTES; ADEMÁS, TRATÁNDOSE DE LA TUTELA PROVENIENTE DE DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA, SU PROCEDENCIA ESTÁ 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 PROHIBE 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 PROHIBE DESIGNAR TUTOR AUN CUANDO SEA PARA ADMINISTRAR LOS BIENES QUE DEJA EL TESTADOR, EN LOS CASOS EN QUE EL INCAPAZ ESTÉ 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.

PRECEDENTES:

AMPARO EN REVISIÓN 372/83. GUILLERMINA VIRNIES COLORADO. 23 DE JUNIO DE 1983. UNANIMIDAD DE VOTOS. PONENTE: MARIO GÓMEZ MERCADO.

DE LA LECTURA DE ESTA TESIS JURISPRUDENCIAL QUEDA CLARAMENTE SEÑALADO QUE EL TESTADOR NO PUEDE IMPONER SU VOLUNTAD SOBRE EL PRIMERÍSIMO LUGAR QUE OCUPA LA LEGÍTIMA REPRESENTACIÓN DEL QUE EJERCE LA PATRIA POTESTAD, QUEDÁNDONOS ÚNICAMENTE POR TRANSCRIBIR LO QUE EN MATERIA DE TUTELA ESPECIAL SE HA SUSTENTADO.

INSTANCIA : TERCERA SALA

FUENTE : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

ÉPOCA : 5A

TOMO : LXIV

PÁGINA : 115

RUBRO : TUTELA

TEXTO : "EL ARTÍCULO 486 DEL CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO, NO ES APLICABLE A LOS CASOS DE MINORIDAD, SINO A LOS DE INCAPACIDAD POR OTRAS CAUSAS, POR LO QUE NO PUEDE DECIRSE, FUNDÁNDOSE EN DICHO ARTÍCULO, QUE DESDE EL MOMENTO DE SU MATRIMONIO, UNA MENOR HAYA QUEDADO BAJO LA TUTELA DE SU MARIDO Y ÉSTE COMO SU REPRESENTANTE LEGAL, CON LA CAPACIDAD PARA PROMOVER JUDICIALMENTE EN SU NOMBRE".

PRECEDENTES:

TOMO LXIV, PÁG. 115.- AMPARO EN REVISIÓN
5426/1938, SEC. 2ª.- PEÑA GARCÍA MARÍA ELVIRA.- 2
DE ABRIL DE 1940.- UNANIMIDAD DE CUATRO VOTOS.

INSTANCIA : TERCERA SALA

FUENTE : SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

ÉPOCA : 5A

TOMO : LXIV

PÁGINA : 115

RUBRO : TUTELA ESPECIAL

TEXTO : "CONFERIDA UNA TUTELA ESPECIAL, EL
TUTOR NO PUEDE REPRESENTAR AL MENOR
EXCEDIÉNDOSE EN LAS FACULTADES QUE SE DIERON".

PRECEDENTES:

TOMO LXIV, PÁG. 115.- AMPARO EN REVISIÓN
5426/1938, SEC. 2ª.- PEÑA GARCÍA MARÍA ELVIRA.-
2 DE ABRIL DE 1940.- UNANIMIDAD DE CUATRO
VOTOS.

DE LA LECTURA DE LAS DOS TESIS JURISPRUDENCIALES QUE ANTECEDEN PODEMOS CLARAMENTE DESPRENDER QUE EN MATERIA DE TUTELA ESPECIAL LA MISMA NO PUEDE EXCEDER AL FIN ESPECÍFICO PARA EL QUE FUE DETERMINADA Y MENOS AÚN Oponerse a los intereses del pupilo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La tutela es la institución jurídica más importante que regula nuestra legislación civil, más importante aún que la regulación de la patria potestad, en virtud de que esta última se origina de una manera natural, de una estrecha relación entre padre e hijo.

SEGUNDA.- Como consecuencia de la conclusión que antecede, es que la tutela se regula a través de 191 artículos plasmados en el Título Noveno del Código Civil vigente.

TERCERA.- Del análisis, lectura y estudio del Título Noveno del Código Civil vigente y que es el que regula aparentemente todo lo relacionado con la tutela, podemos desprender que el legislador se preocupó primordialmente por los bienes del sujeto a tutela, por la conservación y acrecentamiento de su patrimonio, regulando todos los aspectos tendientes a tal efecto, dejando en un segundo plano o casi nulo plano, lo que es más importante, la persona, educación, salud física y mental del sujeto a tutela.

CUARTA.- Por lo que respecta al procedimiento judicial para el nombramiento de tutor, resulta desgastante y prolongado el cubrir y acreditar al juez familiar una legitimación activa pasando una vez más la persona del sujeto a tutela a un segundo plano.

QUINTA.- Es para el juez familiar más importante proteger y dejar a salvo los derechos de terceras personas o de alguna de las personas que ejerzan la patria potestad de un incapaz, dejando al sujeto a tutela en un absoluto estado de indefensión, al no resolver la solicitud que de nombramiento de tutor contienen todos y cada uno de los juicios promovidos con tal finalidad.

SEXTA.- No obstante existir un nombramiento de tutor provisional o interino, al iniciar el procedimiento, a estos nombramientos no se les concede valor jurídico alguno, por las autoridades ante las cuales se van a hacer valer, hasta que dichos nombramientos no se conviertan en definitivos, dejando una vez más a la persona del pupilo en un segundo plano, el cual en la gran mayoría de los casos se ve impedido a cobrar una pensión alimenticia o ser inscrito en una institución educativa o médica, que debería ser la mayor de las preocupaciones del juez familiar.

SÉPTIMA.- Como consecuencia de la conclusión que antecede, se considera de suma importancia que se tomen las medidas necesarias, para que los nombramientos que de tutor provisional o interino sean otorgados por el juez familiar, tengan un valor pleno ante las autoridades para las cuales se van a hacer valer, con la única finalidad de dar una mayor protección a la persona del pupilo.

OCTAVA.- Se considera necesaria la revisión y principalmente absoluta la necesidad de adicionar nuestro Código Civil vigente, tomando las medidas necesarias para la protección de la persona del pupilo, siendo el bien mayor a tutelar no su patrimonio, sino la vida misma, la salud y la educación del sujeto a tutela.

NOVENA.- De igual forma se considera que por lo que respecta al procedimiento para el nombramiento de tutor, nuestros jueces familiares deberían de utilizar de una norma más adecuada las amplias facultades que en materia de familia y principalmente de menores le otorgan los artículos 940, 941 y 942 del Código de Procedimientos Civiles, con la finalidad de dar prontitud y eficacia que en la gran mayoría de los casos se requiere en un nombramiento de tutor.

DÉCIMA.- Tomando en consideración que la mayoría de las personas que promueven un nombramiento de tutor son familiares muy cercanos del pupilo y que desde el escrito inicial dejan debidamente acreditada su legitimación, es innecesario el requerir la recepción de una información testimonial que únicamente va a dar como resultado el conocimiento de lo ya debidamente acreditado con los documentos exhibidos, los cuales hacen por sí mismo prueba plena.

DECIMOPRIMERA.- De la experiencia adquirida por la práctica cotidiana de litigar en materia familiar, podemos concluir innecesaria la práctica del desahogo de una prueba testimonial en procedimientos para el nombramiento de tutor, en virtud de que dicha prueba es objeto de manipulación o preparación, así como en un gran número de ocasiones, al no poderse llevar a cabo la misma, es decir la recepción de la prueba ofrecida o requerida, ya sea por causas ajenas y diversas, viene a retrasar el ya de por sí prolongado procedimiento establecido para el nombramiento de tutor.

DECIMOSEGUNDA.- Es necesaria la participación más activa tanto de los encargados de la impartición de justicia (juez familiar) como de nuestros legisladores y los encargados de la formación de profesionistas en derecho, con la finalidad de adicionar, modificar y aplicar adecuadamente las normas establecidas para procurar un mayor beneficio a la persona misma del pupilo, lo que no significa que su patrimonio no sea importante, pero considero de una manera muy personal que es mucho más importante su propia persona.

BIBLIOGRAFÍA

- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, 1990.
- BELLUSCIO, Augusto César. Manual de Derecho da Familia. 5ª ed. rev. Buenos Aires. 1995.
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. 4ª ed., rev. Edit. Porrúa, México 1997.
- DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. 4ª ed., Editorial Porrúa, México 1993.
- DE LA CUESTA Y AGUILAR, Joaquín. La Tutela Familiar y Disposiciones a favor del Menor e Incapaz. Edit. Bosch, Barcelona 1994.
- FLEITAS ORTIZ DE ROSAS, Abel M. Derecho de Familia, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando. Introducción al Estudio del Derecho. 7ª ed., Editorial Porrúa, México 1993.
- GALINDO GARFIAS, Antonio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A., 15ª ed., México 1997.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil, 14ª ed., Editorial Porrúa, México 1995.

LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Patria Potestad, Tutela y Curatela.
Edit. De Palma, Buenos Aires 1993.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia, Editorial Porrúa,
México 1992.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto. La Familia en el Derecho Civil
Mexicano. 2ª ed., Edit. Panorama, México 1998.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia.
Fondo de Cultura Popular, 1994.

----- . Derecho de Familia.
UNAM. México, 1998.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, 6ª ed., Edit.
Porrúa, México 1992.

LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, VIGENTE.

REVISTAS

ALCALÁ ZAMORA Y TORRES. El Área de la Tutela, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. T. IX, núm. 33, enero, febrero, marzo 1947, México.

CAMPOS HERNÁNDEZ, Manuel. El tutor de hecho y sus posibles consecuencias, Revista de Derecho Procesal. Año IX, núm 4 Oct.- Dic. 1963 Madrid, España.