

398



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES



"LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR POR ABUSO EN EL
EJERCICIO DE SU ENCARGO RESPECTO A LOS BIENES
DEL PUEBLO"

29559

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
OLIVIA VELAZQUEZ MENDOZA

ASESOR: LIC ISIDRO MALDONADO RODEA



NAUCALPAN DE JUAREZ, ESTADO DE MEX.

JULIO, 2001



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.

A MI FAMILIA PORQUE CON SU AFECTO Y APOYO ME HAN IMPULSADO A SER MEJOR PERSONA Y PROFESIONISTA Y GRACIAS A ELLO HE OBTENIDO LA FE EN MI MISMA QUE ESPERO ME LLEVE A LOGRARLO.

A LA ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN POR CONCEDERME EL PRIVILEGIO DE FORMAR PARTE DE ELLA Y OBTENER LA FORMACION ACADEMICA CON QUE DEMUESTRE EL POR QUE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO SERA SIEMPRE LA MAXIMA CASA DE ESTUDIOS.

A MIS MAESTROS Y SINODO PORQUE DE ELLOS HE ADMIRADO SU ESFUERZO POR ELEVAR EL NIVEL ACADEMICO DE NUESTRA UNIVERSIDAD, ASÍ COMO HE APRENDIDO EL EMPESO CON QUE DEBEMOS ESTUDIAR Y TRABAJAR PARA HACER DE LA NUESTRA UNA SOCIEDAD MEJOR .

A MIS COMPANEROS Y AMICOS PORQUE GRACIAS A SUS CONSEJOS Y A LA CONFIANZA QUE HAN DEPOSITADO EN MI, NO HE PERDIDO EL RUMBO DE LOS IDEALES QUE ME HE TRAZADO.

"LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR POR ABUSO EN EL EJERCICIO DE SU
ENCARGO RESPECTO A LOS BIENES DEL PUPILO".

INDICE.

INTRODUCCIÓN.	1
CAPITULO UNO. MARCO TEÓRICO DE LA TUTELA.	4
1.1 ASPECTOS GENERALES.	4
A) Concepto de tutela.	4
B) Concepto de tutor.	5
C) Objeto de la tutela.	5
D) La Patria Potestad.	6
E) Incapacidad Natural y Legal.	10
1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA.	13
1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.	17
A) Roma.	17
B) México.	28
CAPÍTULO DOS. REGULACIÓN LEGAL DE LA TUTELA.	33
2.1 TIPOS DE TUTELA.	33
A) Testamentaria.	33
B) Legítima.	35
C) Tutiva.	38
2.2 ÓRGANOS TUTELARES.	41
A) El tutor.	41
B) El curador.	47
C) El Consejo Local de Tutelas.	49
D) El Juez de lo Familiar.	50
2.3 SISTEMAS TUTELARES.	54
A) Tutela de Autoridad.	54
B) Tutela de Familia.	55
C) Sistema Mixto.	55
CAPÍTULO TRES. DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN TUTELAR.	58
3.1 GUARDA DE LA PERSONA.	59
3.2 REPRESENTACIÓN.	61
3.3 GUARDA DE LOS BIENES.	62
A) Inventario.	63
B) Rendición de cuentas.	65
C) Entrega de bienes.	66
CAPÍTULO CUATRO. LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR.	70
4.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL.	71
A) Concepto y especies.	71
B) Elementos.	75
C) La reparación del daño.	77
4.2 LA RESPONSABILIDAD PENAL.	79
A) Abuso de confianza.	80
B) Fraude.	81
CONCLUSIONES.	84
PROPUESTA.	89
BIBLIOGRAFÍA.	91

INTRODUCCIÓN.

Al ser la familia el núcleo principal de toda sociedad, requiere una buena organización porque dentro de ella se van a adquirir las bases necesarias para el desarrollo futuro de todo ser humano.

El Derecho Familiar es el encargado de regular todas las relaciones que comprende la familia, tales como el matrimonio, divorcio, parentesco, etcétera.

En el presente trabajo, se analizarán los aspectos más sobresalientes de la tutela por ser parte del Derecho de Familia y por el significado social que tiene, puesto que en ella se manejan intereses de personas desprotegidas como los menores de edad y mayores incapacitados cuyas características no deben de menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la familia. De ahí la importancia de otorgar a éstas personas un representante legal que proteja sus derechos y cumpla con sus obligaciones.

El trabajo se integra de cuatro capítulos. En el primero se dará el marco conceptual que definirá a la tutela y presentará los demás aspectos doctrinales que permitan obtener un mejor conocimiento acerca del fin que persigue la institución tutelar, haciendo también, un breve recorrido histórico de la misma.

El segundo capítulo trata de la regulación de la tutela en la legislación civil mexicana, es decir, se analizarán los diversos tipos de tutela que se conocen: la testamentaria, la legítima y la dativa. En otro apartado se encontrará lo relativo a los órganos que conforman a ésta institución tales como el tutor, el curador, el Juez de lo Familiar y el Consejo Local de Tutelas. También se hablará brevemente de lo relativo a los sistemas tutelares

En el tercer capítulo se precisarán de manera concreta todas las funciones que deberá llevar a cabo el tutor, ya sea respecto al cuidado del menor o incapacitado, a la representación que deberá hacer de éste dentro o fuera de juicio, así como lo relativo a la administración de sus bienes.

En el capítulo cuarto se estudiará lo relacionado a la responsabilidad en que puede incurrir el tutor por abusar de las facultades que la ley le otorga con relación al manejo de los bienes del pupilo, haciendo un breve estudio de lo que se entiende por responsabilidad civil y responsabilidad penal.

Tales son las cuestiones que tratará el presente trabajo, para el cual, se ha pretendido manejar los elementos más esenciales de la tutela como figura jurídica, así como los tipos de responsabilidad en que incurre el tutor, para estar en posibilidad de proponer alternativas de solución al abuso que de sus facultades hace el tutor, respecto al mal manejo de los bienes del incapacitado.

CAPÍTULO UNO.

" M A R C O T E Ó R I C O D E L A
T U T E L A "

CAPITULO UNO.
" MARCO TEÓRICO DE LA TUTELA."

1.1 ASPECTOS GENERALES.

Todo trabajo de investigación requiere para llevarse a cabo, la definición de conceptos esenciales que permitirá al lector una mejor comprensión del tema a exponerse. Para el presente, entonces, se deberá explicar lo siguiente:

A) TUTELA.- Etimológicamente la palabra tutela deriva de la raíz latina "tueor" que significa "defender, proteger".

"Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces. para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio."¹

De la anterior definición se puede deducir que si no hay una persona capaz de cuidarse a sí misma por razón de su edad o incapacidad. la ley le brinda esa protección a

¹Ignacio Galindo Garfias. DERECHO CIVIL. Ed. Porrúa. p. 689.

través de una persona con capacidad para ello llamada "tutor", pues, como se verá a continuación, la doctrina nos dice lo siguiente:

B) TUTOR.- "Es aquélla persona física a quien legalmente compete la gestión tutelar de un menor o de un incapacitado."²

Las funciones del tutor, configuran la parte más importante de la institución tutelar pues bajo su responsabilidad está el cuidado del incapacitado o menor, así como los bienes de éste. Por esto, la ley le ha impuesto al tutor una serie de obligaciones perfectamente definida, con ciertas limitantes pero también algunos derechos que compensen la carga de trabajo que tiene que llevar a cabo.

C) OBJETO DE LA TUTELA.- El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 449, señala que:

"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."

Antes de analizar lo referente al objeto de la tutela como institución, el mencionado artículo habla de dos conceptos que se hace necesario precisar: patria potestad, incapacidad natural e incapacidad legal

² Manuel Chávez Ascencio. LA FAMILIA EN EL DERECHO. Ed. Porrúa. p. 368.

D) PATRIA POTESTAD.- Etimológicamente, ésta figura proviene del latín "patrius" que significa "lo relativo al padre" y de "potestas" que quiere decir "potestad".

A la patria potestad se le ha definido como "el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres."³

Por su parte, el maestro Galindo Garfias señala que "la patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere".⁴

La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres, pero cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia, la patria potestad sobre los menores la ejercerán los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el Juez de lo familiar. En los casos de adopción, la patria potestad la ejercen únicamente las personas que lo adopten.

³ Marcel Planiol. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO CIVIL. Ed. Porrúa. p. 233.

⁴ Op. cit. p. 667.

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. El Juez de lo Familiar resolverá en caso de haber desacuerdo, oyendo al Ministerio Público. En estos caso, el menor quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos (custodia), mientras que el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservará los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a lo convenido por ambas personas que ejercen la patria potestad o de acuerdo a las modalidades de la resolución judicial, en caso de haberla. No obstante que no tengan la custodia de sus descendientes, los que ejerzan la patria potestad tienen derecho de convivir con éstos, sin que puedan impedirse las relaciones personales entre el menor y sus parientes; es decir, sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho éste derecho de convivencia.

Por otro lado, los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los hijos; es por ello que en caso de que éstos posean bienes, ya sea adquiridos por su trabajo, o bien, por cualquier otro título, se nombrará un administrador por mutuo acuerdo entre ambos padres, abuelos o adoptantes, respecto a los bienes del hijo. Es decir, sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho éste derecho de convivencia. Ahora bien, los bienes adquiridos como producto de su trabajo, pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo; mientras que de los bienes adquiridos por cualquier otro medio, pudiendo ser por una donación, herencia, etcétera, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración

y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejercen la patria potestad.

Cuando por ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de dicha administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces. Los que ejercen la patria potestad tienen prohibido hacerlo, con inclusión de los bienes muebles preciosos; a menos que se trate de un caso de absoluta necesidad y se cuente con autorización judicial. Además, éstos tienen prohibido celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor de que se coticie en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

También es obligación de los que ejercen la patria potestad, dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos y entregarles. luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Es facultad de los jueces tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes de los hijos se derrochen o se disminuyan, así como nombrar al tutor que deberá representar a los hijos en juicio o fuera de él, cuando existan intereses opuestos entre éstos y los que ejercen sobre ellos la patria potestad.

Aquéllos a quienes corresponde ejercer la patria potestad, aunque no pueden renunciar a ella, pueden excusarse si comprueban fehacientemente que tienen sesenta años cumplidos, o cuando por su mal estado de salud no puedan atender debidamente a su desempeño.

La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación, como lo señala el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal. Su pérdida se ordenará sólo por resolución judicial cuando existan cualquiera de las siguientes causas:

1.- Cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho.

2.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.

3.- En el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida.

4.- El incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad.

5.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de su hijos.

6.- Por el abandono que el padre o la madre hicieran de los hijos por más de seis meses.

7.- Cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual hay sido condenado por sentencia ejecutoriada.

8.- Cuando el que la ejerza sea condenado dos o más veces por delito grave.

Por otra parte, se termina el ejercicio de la patria potestad:

a) Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.

b) Con la emancipación derivada del matrimonio.

c) Por la mayor edad del hijo.

d) Con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.

También puede ocurrir que se suspenda el ejercicio de la patria potestad:

I. Por incapacidad declarada judicialmente.

II. Por la ausencia declarada en forma.

III. Cuando el consumo del alcohol, el hábito de juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor.

IV. Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión.

E) INCAPACIDAD NATURAL Y LEGAL.

Como lo menciona el artículo 449 C. C., la tutela va a procurar la protección de la persona del menor o incapaz, siempre y cuando no esté sujeto a patria potestad y tenga incapacidad natural y/o legal para valerse por sí mismo.

Al respecto, la misma ley aclara a qué se refieren las incapacidades mencionadas anteriormente, en el siguiente artículo:

Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que lo supla.

Mientras que la incapacidad legal se refiere a aquélla de la que habla el artículo 643 C.C. que a la letra dice:

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

II. De un tutor para negocios judiciales.

Es decir, la incapacidad natural se refiere a aquéllas circunstancias en que se encuentra el individuo que derivan de la naturaleza, como el retraso mental; mientras que la incapacidad legal se refiere a ciertos actos jurídicos en particular como es el caso ya mencionado de los menores de edad emancipados por razón del matrimonio que tienen, sin embargo, incapacidad legal para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes raíces.

Por lo tanto, el objeto de la tutela contemplado en el artículo 449 C.C., reviste tres aspectos muy importantes, que son:

a) En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados,

b) De sus bienes,

c) Y de su representación interina en los casos especiales que señale la ley.

Destaca entonces, como fin primordial de la tutela, el cuidado de la persona del incapaz, pues al respecto, también el artículo 500 del mismo ordenamiento legal, aclara que "... a los menores que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación y asistencia que requiera...".

Sin embargo, también es importante el cuidado de los bienes, del menor o incapaz, pues en estos casos el tutor desempeñará su función de administrador de los bienes del incapacitado, debiéndose sujetar a los preceptos creados por la ley, como el 537 fracción IV C. C. del Distrito Federal que ordena al tutor: "... a administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años...".

Además la fracción III del mismo artículo, dice: "El tutor está obligado a formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad."

Es decir, la protección de los bienes del menor o incapaz, está garantizada por la administración que lleve a cabo el tutor, bajo la vigilancia del curador quien deberá denunciar todo acto que considere ha causado un

daño a aquél.

Por otro lado, la representación del menor se refiere a todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y otros estrictamente personales" (Art. 537 fracción V C. C.)

1.2 CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA.

La tutela, como otras instituciones de derecho, posee sus propias características que la distinguen de otras figuras legales: es una institución de orden público, obligatoria, general, supletoria, personal, temporal, unitaria, remunerada, en ocasiones excusable, y posterior a la declaración de minoría de edad o incapacidad.

El artículo 452 del Código Civil para el D. F., expresa: "La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima."

Es decir, la característica de orden público se refiere a que la tutela, al igual que todas las leyes en materia familiar, tiene su origen en la ley que emana del Estado; su ejercicio es un mandato legal y un cargo que la ley impone.

No debe confundirse ésta característica con la misión que se encomienda a través de la tutela, que sí tiene un carácter puramente privado. En otras palabras, desempeñar la tutela de un menor o incapaz es una actividad entre particulares (privada) que, sin embargo, se considera de orden público o interés general como todas las leyes que se refieren al estado de la persona y la familia.

De lo anterior, se deriva como consecuencia, que la tutela posee un carácter obligatorio. Solamente podrá una persona rehusarse a desempeñar el cargo por aquéllas excusas que la ley señala expresamente en el artículo 511 del C. C.:

- 1.- Los servidores públicos;
- 2.- Los militares en servicio activo;
- 3.- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
- 4.- Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- 5.- Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;
- 6.- Los que tengan sesenta años cumplidos;
- 7.- Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;
- 8.- Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Se dice que las facultades otorgadas al tutor son generales porque comprenden, además del cuidado de la persona del menor o incapacitado, la administración de sus bienes y un poder para actos de dominio como el gravar o enajenar bienes inmuebles con autorización del juez, así como facultades para pleitos y cobranzas con el fin de que se represente al menor dentro y fuera de juicio.

A pesar de ésta característica, el tutor debe observar ciertos límites al realizar sus funciones, ya que la ley establece una serie de restricciones, como la necesidad de obtener autorización judicial para realizar

gastos extraordinarios de administración, número de empleados y sus correspondientes sueldos, etcétera.

El carácter supletorio de la tutela hace referencia a que ésta institución sustituye a la patria potestad, pero solamente en el caso de los menores de edad.

Es decir aquéllos menores que no tienen familiares que ejerzan la patria potestad sobre ellos, entrarán en la tutela como una forma de substitución de aquélla. Pero los mayores de edad que sufran alguna discapacidad mental o cualquier otra de las que menciona la ley, entrarán en tutela como una institución original, y no supletoria de la patria potestad.

La tutela comprende una función estrictamente personal, ya que el tutor, como se vio anteriormente, no puede excusarse de su cumplimiento a menos que exista una causa legítima, ni puede delegar en otra persona su cumplimiento.

Por ello, es requisito indispensable, que el tutor sea una persona física, salvo en el caso de las instituciones de beneficencia que serán las que cuiden al menor, pero siempre bajo la responsabilidad del administrador.

El carácter unitario de la tutela, significa que solamente es una persona la encargada de desempeñarla. El artículo 455 del C.C., menciona que "ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y un curador definitivos."

Es decir, un incapacitado sólo puede tener un tutor.

pero éste sí puede tener bajo su responsabilidad, el cuidado de hasta tres menores, dejando abierta la posibilidad de que si éstos son hermanos entre sí, se les puede nombrar un sólo tutor y no tres.

La tutela tiene un carácter temporal en el caso de los menores, pues al llegar a la mayoría de edad, la tutela se termina. En la tutela de los mayores de edad incapacitados, la tutela durará mientras subsista dicha incapacidad.

Además, la tutela es un cargo remunerado, pues la ley autoriza que el tutor testamentario reciba la cantidad fijada en el testamento; mientras que los tutores legítimos y dativos percibirán una remuneración fijada por el juez, la cual no podrá ser menor del 5% ni mayor del 10% de la renta líquida de los bienes del menor o incapacitado. No obstante, en el caso de que los bienes mencionados tuvieran incremento debido a las diligencias del tutor, la remuneración podrá aumentarse hasta un 20% si el juez lo autoriza.

La tutela implica un cargo obligatorio que, sin embargo, puede ser excusable si la persona indicada para ejercerla se encuentra en alguno de los supuestos comprendidos dentro del ya citado artículo 511 del Código Civil para el Distrito Federal.

Si a pesar de lo anterior, el que tiene a su favor alguna de éstas excusas acepta el cargo, se entiende que renuncia a la misma, al igual que aquél quien no la invoca en el término que concede la ley. En estos casos, se nombrará provisionalmente un tutor interino.

La tutela es un cargo posterior a la declaración de interdicción de incapacidad, esto debido a que así lo establece el Código Civil en su artículo 462, el cual, a la letra dice: "Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella."

El Código adjetivo de la materia, añade al artículo anterior, que la declaración del estado de minoría de edad o de incapacidad por las causas a que se refiere la fracción II del artículo 450 del C. C. pueden pedirse por cualquiera de las siguientes personas:

- 1.- Por el mismo menor si ha cumplido 16 años.
- 2.- Por su cónyuge.
- 3.- Por sus presuntos herederos legítimos.
- 4.- Por su albacea.
- 5.- Por el Ministerio Público.

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 a una audiencia dentro del tercer día a la que concurrirá el menor si fuere posible y el Ministerio Público. Con las certificaciones del Registro Civil, por el aspecto del menor y por la información de testigos, si no se encuentra éste presente y se carece de actas, se realizará o negará la declaración correspondiente.

1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

A) ROMA. - Se atribuye al jurisconsulto Servio el

siguiente concepto de tutela:

"La tutela es un poder dado y permitido por el Derecho Civil sobre una cabeza libre, para proteger a quien, a causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo."⁵

La tutela estaba considerada como una "carga pública" y para desempeñarla era necesario ser libre, *civis* (ciudadano romano) y del sexo masculino, siendo sometidos a éste poder los *impúberes* de ambos sexos, es decir, las mujeres de doce años y los varones de catorce. La tutela nacía siempre que un acto cualquiera hacía "*sui iuris*" (independiente de la patria potestad) a un *impúber*; normalmente era la muerte del "*paterfamilias*" (jefe de la monarquía doméstica, romano libre y "*sui iuris*" con plena capacidad de goce y ejercicio), o la emancipación del hijo *impúber*.

La tutela era clasificada en: testamentaria, legítima, y *dativa*.

Testamentaria.- Este derecho lo tenía el *paterfamilias* sobre los *impúberes*. Si el padre designaba tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento lo confirmaba el magistrado sin ninguna información. En cambio, si la designación la hacía la madre, la confirmación sólo tiene lugar después de una información sobre la honradez y aptitud del tutor. Y si la designación del tutor la hacía un extraño o el patrono del *impúber*, el magistrado debía confirmar el nombramiento

⁵ Antonio de Ibarrola. DERECHO DE FAMILIA. Ed. Porrúa. p. 476.

después de la información y únicamente si el impúber era instituido heredero.

Sólo se nombraban tutores testamentarios a los que por derecho se podían elegir como herederos, excluyéndose a los peregrinos (extranjeros con derecho a establecerse en Roma), "dediticios" (esclavos convertidos en hombres libres que por algún motivo tenían prohibido vivir en Roma), y latinos "iunianos" (habitantes de los territorios conquistados por Roma); en cuanto al esclavo, la designación tenía efecto si se le manumitía haciéndole "civis", es decir, si su dueño voluntariamente le otorgaba su libertad.

La tutela legítima sólo procede a falta de la anterior. La Ley de las XII Tablas llamó como tutor al agnado más próximo, (con parentesco sólo por línea paterna) y habiendo varios en el grado, todos eran tutores.

Justiniano, al crear un nuevo sistema de sucesiones "ab intestato", modificó los principios de ésta tutela, y desde entonces la tutela y la sucesión eran otorgadas al pariente más próximo, bien fuera agnado o cognado (con parentesco por ambas líneas), prefiriéndose a la madre o al abuelo del impúber con preferencia a los colaterales. Si no existía agnado, en el Derecho antiguo, pasaban tanto la sucesión como la tutela a los gentiles.

La tutela dativa también llamada "decretalis", fue llamada así puesto que el tutor es nombrado por decreto del magistrado.

Durante mucho tiempo, si no había tutor testamentario

ni legítimo. el impúber quedaba sin él.

Esta laguna se llenó primero por la Lex Atilia que da derecho a nombrar tutores al pretor urbano asistido por la mayoría de los tribunos de la plebe.

Después, surgieron las leyes Iulia Titia que concede el mismo poder a los gobernadores de las provincias; pero bajo el emperador Claudio pasó a los cónsules el derecho de nombrar tutores.

Marco Aurelio, creó para este cargo un pretor especial llamado "praetor tutelar" quienes sólo podían nombrar tutor previa información sobre su moralidad y fortuna.

Los interesados en el nombramiento del tutor eran los obligados como: la madre del menor, los presuntos herederos del mismo, los libertos de su padre, pero también era un derecho que cualquiera podía ejercitar solicitando al magistrado el nombramiento de un tutor.

Principalmente las funciones del tutor eran resumidas en la "autocratis interpositio" y en la "gestio" del patrimonio del pupilo.

El tutor se encargaba de la fortuna del pupilo y no de su guarda ni de su educación. El pretor era el que designaba, en presencia de los parientes más cercanos del impúber, a la persona destinada a educarle.

Este nombramiento podía hacerlo la madre o cualquier persona cuyo mérito o afecciones fuesen una garantía para el menor.

Antes de entrar en funciones, el tutor debía realizar:

1.- Un inventario de los bienes del pupilo, ya que de no hacerlo se le consideraba culpable de fraude; es decir el objeto de esta formalidad era asegurar la restitución al fin de la tutela.

Es decir, si el tutor no ha hecho un inventario sin excusa legítima se le consideraba culpable de fraude obligandole a indemnizar al pupilo del perjuicio que haya podido causarle, cuya indemnización se fija después del juramento del incapaz.

2.- Algunos tutores debían suministrar "satisfactio", es decir prometer por estipulación conservar intacto el patrimonio del pupilo y presentar fiadores solventes que tomen el mismo compromiso; la promesa se hace al pupilo.

Estando ausente o no teniendo incapacidad del habla, estipula por él uno de sus esclavos y no teniendo esclavos o no pudiendo comprarle se hace estipular a un esclavo público. Desde el momento en que ya puede él hablar se le permite hacerlo.

Los tutores testamentarios y los nombrados después de información por los magistrados superiores no están sometidos a ésta obligación.

Sólo se impone a los tutores legítimos y a los que fueron nombrados por los magistrados locales sin información alguna porque inspiraban menos confianza.

Para los primeros era el pretor y aquellos magistrados para los otros, a los que pertenecía cuidar de que el tutor diera ésta garantía.

A veces también podía exigirse por el juez en el curso un proceso.

La formalidad de la "satisfatio" parece haber sido introducida por los cónsules bastante tiempo después de la Ley Atilia.

Fue enseguida reglamentada por las constituciones, de donde resultaba que si el tutor daba garantía podía forzarsele con una valoración de garantía sobre sus bienes propios en beneficio del pupilo.

3.- Una última formalidad se impone al tutor en el Derecho de Justiniano. Este emperador tomó en la Novela 72 cierto número de medidas destinadas a proteger los intereses del pupilo cuando era acreedor o deudor del tutor. Este, antes de hacerse cargo debe declararlo al magistrado y ésta declaración le hace excluir de la tutela.

Si no ha dicho nada, siendo acreedor queda desposeído de su crédito, o siendo deudor no puede prevaleerse de ningún pago hecho en el curso de la tutela.

Es decir. contra la insolvencia y fraude del tutor. el derecho romano le otorgó un sistema de garantías muy completo al pupilo

Por ejemplo. si éste resultaba acreedor del tutor al final de la tutela, disfrutaba de un "privilegium exigendi" que le permitía cobrar con preferencia a los acreedores quirografarios del tutor, pero no a los acreedores hipotecarios.

Cuando el tutor otorgaba "satisfactio", el pupilo podía ejercer la acción "ex stipulatu", bien sea contra él o contra los fiadores de la tutela.

Si el pupilo no podía cobrar al tutor ni al fiador aún le quedaba ejercitar una acción contra los magistrados municipales encargados de exigir fiadores, pero que no lo hicieron, o bien, aceptaron fiadores insolventes.

Por último, si el pupilo era afectado por algún acto del tutor, el pupilo podía exigir la rescisión con ayuda de la "in integrum restitutio".

La tutela terminaba por causas que podían venir del pupilo "ex causa parte pupilli", o bien del tutor "ex parte tutoris". En el primer caso la tutela concluía definitivamente, en el segundo sólo existía la conclusión de las funciones del tutor.

Los casos en que la tutela terminaba definitivamente por causas del pupilo eran: por la llegada de la pubertad. aunque las mujeres estaban en un estado de tutela perpetua por razón del

sexo (en el derecho antiguo); por la muerte del pupilo; por su "capitis deminutio" máxima, media o mínima, dándose en adrogación.

Por causa del tutor los supuestos eran: por muerte del tutor; por su "capitis deminutio" máxima y media en todos los casos y por la mínima tratándose de un tutor legítimo; por la llegada de un plazo o de una condición limitando las funciones del tutor; por virtud de una excusa presentada en el curso de la tutela o por destitución.

Cabe señalar que algunas de las "excusationes" eran: cuando el tutor ocupaba un cargo público como el de magistrado, profesor, sacerdote, o por razones personales como el tener una avanzada edad o una enfermedad grave, pobreza extrema, etcétera.

Mención aparte merece la tutela de las mujeres, ya que la mujer adulta "sui iuris" estaba sometida a tutela perpetua llamada "tutela mulierum" que podía ser ejercitada por un tutor testamentario, legítimo o dativo, al igual que en la tutela de los menores.

En este caso, el tutor carecía de la "negotiorum gestio", ya que la mujer administraba su patrimonio, pero necesitaba la "auctoritas" para realizar ciertos actos como el enajenar "res Mancipi", para hacer testamento, para aceptar una herencia, para contraer toda clase de obligaciones, entre los más importantes.

La tutela testamentaria era ordenada en testamento por quien ejerciera la patria potestad o la "manus" sobre la esposa aunque desde el siglo VI se permitió al marido (si tenía a su mujer en "manu") dejarle por testamento la

elección del tutor, nombrado "tutor optivus."

La tutela legítima tenía lugar a falta de tutor testamentario y competía ejercerla a los agnados y gentiles, o al manumisor y sus hijos, de manera que podían ser tutores de la mujer los impúberes, locos, mudos y demás incapaces. En ocasiones, la mujer podía escapar de éste tipo de tutela y tener un tutor a su gusto con ayuda de una "coemptio fiduciae causa"; es decir, la mujer previamente acordaba con una persona de su confianza para que éste la vendiera a quien ella quisiera, y una vez emancipada por éste, se convertía en su tutor "fiduciario."

La tutela dativa se introdujo más tarde que las anteriores y procedía a falta de tutor testamentario o legítimo, siendo conferida por el magistrado a instancia de la mujer, bajo la exigencia de que el tutor propuesto se hallare presente.

Las leyes Iulia y Papia Poppaea, declararon libres de la tutela a las mujeres "ingenuas" que tuvieran tres hijos, y a las "libertas" que tuvieran cuatro. Finalmente Teodosio y Honorio concedieron el "ius liberorum" a todas las mujeres con lo cual desapareció la tutela legítima de los agnados.

Por otra parte, la Ley de las XII Tablas impuso, junto con la tutela, a la curatela, como un medio para proteger a los incapacitados accidentales: los "furiosi" y los "prodigi" ("cura furiosi") y a los menores púberes ("cura minorum").

Esta protección se extendió después a los "mente

capiti", los sordos y los mudos. Esta ley encomienda la curatela de los "furiosi" siempre que carezca de paterfamilias y de tutor, a los agnados y a los gentiles. A falta de curador legal, se provee al nombramiento por el magistrado. La curatela testamentaria no existe, pero si a un loco su padre le nombra un curador en el testamento, el Pretor puede confirmarlo.

La palabra curador nos viene del latín "curator", derivado de "curare" que significa "cuidar", teniendo ésta institución como fin, la protección del patrimonio de los menores púberes (a los catorce años se alcanza la pubertad en la antigua Roma), pero menores de veinticinco años, o incapaces.

Desde que se manifiesta la locura de los "furiosi", la curatela legítima recae en los agnados más próximos como los hijos. Si no los hay recae en los gentiles y a falta de éstos, el magistrado les nombra un curador.

Mientras prevalece su estado de locura, el enfermo no puede realizar ningún acto jurídico, por lo que el curador debe cuidar el patrimonio de éste y rendir cuentas al final de la curatela, no pudiendo nunca otorgar su "auctoritas", sino únicamente administrar.

También se le designa un curador a los "prodigi", considerados éstos, como aquéllas personas que dilapidaban sus bienes heredados de una sucesión "ab intestato" del padre o del abuelo paterno. Es decir, con el objeto de que no derrochara sus bienes, éste era declarado en estado de interdicción y se le colocaba bajo la curatela de sus agnados, o a falta de éstos, de los gentiles.

Cabe señalar que el origen de la "cura minorum" se dio hacia el año 191 a. C., aproximadamente. Dada la inexperiencia de los jóvenes que alcanzan la plena capacidad a los catorce años, la Lex Plaetoria o Laetoria, estableció una serie de sanciones contra los que engañan en los negocios a los mayores de esa edad y menores de la de veinticinco. Posteriormente, se fue generalizando la costumbre de que éstos fueran asistidos por un tercero en la realización de negocios jurídicos.

Además, el pretor creó una "exceptio legis plaetoriae o laetoriae", contra aquél que se hubiere aprovechado de su inexperiencia para exigir el cumplimiento de un negocio. Si el negocio hubiese sido ya ejecutado, el pretor auxiliaba al menor con una "in integrum restitutio propter actatem" que tenía por objeto el anular los efectos del acto lesivo y volviendo las cosas a su estado original.

Excepcionalmente, el impúber en tutela podía tener un curador si su tutor alegaba una excusa temporal o para el caso de que éste fuese incapaz de realizar solo sus funciones.

La diferencia entre tutela y curatela se ha tratado de establecer con fundamento en varios criterios: se dice que la tutela es aplicable sólo a los menores impúberes, mientras que la curatela se da para protección de las personas que han alcanzado la pubertad pero son menores de veinticinco años, así como otro tipo de incapacitados. También se observa la diferencia entre ambas con base en que la tutela se otorga para la protección de la persona; mientras que la curatela, para los bienes. Sin embargo, ambas figuras tendían a proteger prioritariamente los

bienes del pupilo más que su persona, pues con la evolución del derecho romano, ambas figuras terminan teniendo un mismo fin: la administración de bienes.

B) MEXICO.

La influencia que el derecho recibió en la época colonial tuvo grandes tintes del antiguo derecho español cuyas fuentes eran los "FUEROS MUNICIPALES", "FUERO VIEJO", y "FUERO REAL" (que, a su vez, seguían las pautas del derecho romano y germánico), así como las leyes de "PARTIDAS" (siete en total).

Dentro de este cuerpo legal, la tutela era "la guarda otorgada al huérfano libre menor de catorce años y a la huérfana menor de doce años; que no se puede ni sabe amparar."⁶

La tutela era, principalmente, un medio de custodia para la persona del pupilo, más que para sus bienes; por ello, se consideraba obligatoria aunque los menores no la quisieran; y se terminaba cuando el pupilo llegaba a la pubertad.

Por el contrario, la curatela se otorgaba a los adultos menores de veinticinco años y a los mayores de esa edad que fueran locos, fatuos o pródigos. Ocasionalmente, se otorgaba también a los pupilos en tutela por ausencia, incapacidad temporal o impedimento del tutor. Su fin era la guarda de los bienes del menor y de manera secundaria, la de su persona; no podía imponerse si el adulto no la quería y terminaba cuando el pupilo cumplía veinticinco

⁶ Manuel Chávez Ascencio. op. cit. p. 345.

años o desaparecía su incapacidad.

La tutela podía ser testamentaria, legítima o dativa, siendo la primera excluyente de las otras dos, y la legítima de la dativa; por lo tanto, si había tutor testamentario, la madre podía quedar excluida. La tutela legítima seguía la línea y grados de la herencia y todos los parientes podían ser compelidos a desempeñarla.

Solamente podían argumentarse como excusas para el desempeño de la tutela: ser menor de veinticinco años, pródigo, deudor o acreedor del menor; además de aquellos que se encontraban en servicio militar, enfermos, y fueran clérigos o profesores.

Antes de entrar en el desempeño de sus funciones debían los tutores y curadores, dar fianza por la responsabilidad en que pudieran incurrir durante sus funciones: hacer un inventario de los bienes del menor y con su producto procurar la manutención de éste, teniendo ya, desde entonces, la prohibición de enajenar, gravar o hipotecar los bienes raíces si no era para necesidades urgentes del menor.

En el México independiente, el primer Código Civil que se creó fue el de 1870, cuya particularidad es la de establecer el objeto de la institución tutelar y mantenerla constante hasta nuestros días. En gran parte, éste ordenamiento legal fue transcrito para el Código de 1884, y éste a su vez, con algunas variantes, desembocó en el que actualmente nos rige que data de 1928.

En los dos primeros, la tutela era considerada un cargo personal cuyo desempeño sólo podía excusarse por las

causas previstas por la misma ley; no se contemplaban todos los órganos que hoy se conocen como parte de la tutela, sino únicamente al tutor y al curador.

Salvo para sus propios hijos, anteriormente las mujeres no podían desempeñar el cargo de tutor, ni los extranjeros cuyo domicilio fuera en el Distrito Federal o California.

Desde 1870, se confirió al curador la función de "vigilante fiscal" del tutor, ordenando así el nombramiento de éste para todos los menores sujetos a tutela, teniendo desde entonces, las principales funciones con que cuenta hoy en día, pudiendo renunciar a los diez años y ser indemnizado de los gastos que hiciere.

Por su parte, el Código de 1928, tuvo como una de sus más grandes innovaciones, el establecer que la tutela fuera una institución de guarda y protección de la persona del menor o incapacitado con preferencia sobre la administración de sus bienes.

Además, se creó al Consejo Local de Tutelas y a los Jueces Pupilares con el propósito de que velaran por el bien de los menores o incapacitados, e imponiéndose al Estado, como otra de sus obligaciones, el sustentar y educar a los menores sin familia ni bienes propios.

Cabe hacer la aclaración, que anterior a la aparición formal del primer Código Civil, en 1818, la Ley de Enjuiciamiento Civil, estableció tres clases de curatela: la "ad bona", la "ejemplar", y la "ad litem".

La primera de ellas se otorgaba por razón de la

minoría de edad, concediéndose a los púberes menores de veinticinco años, pero solamente existían la testamentaria y la dativa. La segunda se otorgaba a todos los incapacitados sin importar su edad y ya se contemplaban los tres tipos que hasta la fecha se conocen: testamentaria, legítima y dativa, correspondiendo desempeñar la legítima al padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapaz; mientras que la dativa, era desempeñada por la persona que designara el juez (si faltaban los familiares anteriores) y prefiriéndose a los demás parientes o amigos de los padres o el mismo incapacitado para desempeñarla. Por último, la curatela "ad litem" era otorgada para aquéllos que estando sujetos a patria potestad, tutela o curatela, no pudieran ser representados en juicio y era el juez quien hacía el nombramiento del curador de entre parientes, o conocidos de la familia, así como del propio juez con la posibilidad de que el propio menor designara al curador que quisieran si ya habían cumplido más de catorce o doce años según su sexo.

Por último, los avances que contiene nuestra actual legislación en materia de tutela, con respecto a las anteriores son: si el juez no hace el nombramiento del tutor oportunamente, será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al menor por ésta causa: de igual manera será responsable si no exige al tutor el otorgamiento de la caución. Además, si por alguna razón, el tutor debe de ser separado de su cargo, se concede a los familiares del pupilo, así como al Ministerio Público el derecho de promover dicha separación.

CAPÍTULO DOS.

"REGULACIÓN LEGAL DE LA
TUTELA"

CAPITULO DOS.

" REGULACIÓN LEGAL DE LA TUTELA".

2.1 TIPOS DE TUTELA.

A) TESTAMENTARIA.- Dispone el artículo 470 del Código Civil para el Distrito Federal que: "el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme al artículo 414. tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza. con inclusión del hijo póstumo."

Es decir, el derecho a nombrar tutor testamentario le corresponde al ascendiente que sobreviva, suponiendo que el otro al que le corresponde ha muerto. No obstante, aunque ambos vivan, se puede nombrar tutor testamentario en el caso de que le otro ascendiente no pueda ejercer la patria potestad por haberla perdido o estar en suspensión de éste derecho.

Además, el Código en cita dispone que "el nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados"; pero que "si los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela" (artículos 471 y 472 respectivamente).

A pesar de lo anterior, la misma ley permite el nombramiento de tutor por parte de un extraño y no

únicamente a los ascendientes pues "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" (artículo 473 del C.C.).

Esta facultad del extraño no familiar, queda excluida para el caso de aquellas personas sujetas a interdicción por incapacidad intelectual, ya que solamente pueden nombrarle tutor testamentario el padre o la madre que ejerzan la tutela.

Por otra parte, también pueden nombrar tutor testamentario el adoptante que ejerza la patria potestad de su hijo adoptivo, pues como fundamento se encuentra el artículo 395 del C.C. que dice "el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos".

Sin embargo, puede presentarse una excepción al respecto cuando el adoptante está casado con alguno de los progenitores del adoptado, en cuyo caso, no podrá nombrar tutor testamentario excluyendo a su cónyuge.

Fuera de éstos casos, no permite la legislación civil ningún otro que de lugar a la tutela testamentaria.

En cuanto al número de tutores, se permite que si son varios los menores, podrá nombrárseles un tutor común o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos. En éste último caso, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien substituirán los demás por orden

de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción.

Por último, dentro de éste tipo de tutela, se proveerá al nombramiento de tutor interino por parte del juez, en caso de que, por algún motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario. Además, se debe cumplir con todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, mientras no sean contrarias a las leyes, y solamente podrán modificarse cuando el juez las considere dañosas a los menores oyendo al tutor y al curador.

En resumen, en la tutela testamentaria, el sujeto activo será el tutor nombrado en testamento; mientras que el sujeto pasivo lo serán los menores o incapacitados sujetos a patria potestad, siendo el objeto, la exclusión de la patria potestad a los ascendientes del siguiente grado. Es decir, el padre que sobreviva podrá excluir a los abuelos paternos y maternos; pero si alguno de éstos estuviera ejerciendo la patria potestad, quedarán excluidos los otros abuelos. En síntesis, lo que se busca es la protección de los menores e incapacitados por parte de las mejores personas, a juicio de quien ejerce la patria potestad cuando ésta prevé el momento en que llegare a faltar.

B) LEGÍTIMA.- Éste tipo de tutela corresponde a aquéllas personas que por su parentesco deben responder al nombramiento y ejercer el cargo. La tutela legítima se otorga por la ley en defecto de la testamentaria, es decir, a falta de un tutor nombrado en testamento, se procede al llamamiento de los parientes del menor.

El artículo 482 del C. C., señala: "ha lugar a la tutela legítima:

I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario.

II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio."

En cuanto a las personas que deben desempeñarla, el artículo 483 C.C., especifica:

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

II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

Este orden, podrá alterarlo el juez de lo familiar, atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela.

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.

Agregan los artículos 484 y 485 del C. C., respectivamente, que: "si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto par el cargo; pero si el menor hubiere cumplido los dieciséis años, él hará la elección. La falta temporal del tutor legítimo se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores."

Cabe señalar que las disposiciones anteriores. rigen para el caso de la tutela legítima de los menores de edad. pero éste no es el único supuesto previsto por la ley para

el otorgamiento de ésta tutela, pues además existe para los mayores de edad incapacitados (deficientes mentales, sordomudos, ebrios y los que abusen de drogas enervantes); así como para los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia.

Para los cónyuges declarados en estado de interdicción, la tutela corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge; en caso de que no hubiere cónyuge, los hijos mayores de edad serán tutores de su padre o madre viudos, pero si hubiere varios hijos, se preferirá al que viva con el padre o la madre; y siendo varios lo que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.

Además del cónyuge y los hijos, le corresponden ejercer la tutela legítima a los padres respecto a sus hijos solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo sobre quién de los dos la ejercerá, ya que sólo puede haber un tutor, como lo ordena el principio de la "unidad del cargo".

A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a lo antes expuesto deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales dentro del cuarto grado, inclusive.

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

En cuanto a la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia (también llamados expósitos), la ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las facultades, obligaciones y restricciones establecidas para los demás tutores. Se considera expósito al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado. El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor; si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos.

Por su parte, los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de la institución; y en los casos de que se recojan a menores que hayan sido objeto de violencia familiar, tendrán la custodia de éstos en los términos que prevengan las leyes y los estatutos de la institución, dando aviso al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y no se encuentre señalado como responsable del evento de violencia familiar.

C) DATIVA.- Es aquélla que se presenta cuando no existe tutor testamentario ni legítimo; o bien, cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente a ejercer su cargo.

Solamente podrá el menor designar a su tutor dativo.

si ha cumplido dieciséis años, en cuyo caso, el juez sólo confirmará la decisión si no hay motivo para reprobarla: pero si lo hiciere tendría que oír primero el parecer del Consejo Local de Tutelas.

En el supuesto de que el menor no ha cumplido los dieciséis años, el nombramiento del tutor lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público quien deberá cuidar que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor. Éste mismo procedimiento se seguirá cuando no se apruebe el nombramiento hecho por el menor de dieciséis años.

Incurrirá en responsabilidad, el Juez que no haga oportunamente el nombramiento del tutor, por lo que responderá de los daños y perjuicios que se ocasionen al menor por esa falta.

Cuando el menor de edad contrae matrimonio, se dice que ha quedado emancipado, es decir, que adquiere la capacidad de ejercer sus derechos y contraer obligaciones; sin embargo, siempre deberá tener un tutor dativo para asuntos judiciales.

La característica de que la tutela es una institución creada para la protección del menor, más que de sus bienes, queda de manifiesto en el artículo 500 C. C., que a la letra dice: "a los menores que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en éste caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación y

asistencia que requiera. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, en su caso, y aún de oficio por el Juez de lo Familiar.

En los casos señalados anteriormente, tienen obligación de desempeñar la tutela, mientras duran en sus cargos:

1.- El Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, mediante los delegados que éste designe al efecto.

2.- Los titulares de los órganos políticos administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal.

3.- Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde vive el menor.

4.- Los integrantes de la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal que disfruten sueldo del erario.

5.- Los titulares de establecimientos públicos de asistencia social.

Tratándose de expósitos o abandonados que no hayan sido acogidos por un particular o por instituciones de asistencia social, la tutela siempre corresponderá al Gobierno del Distrito Federal.

Cabe señalar que las personas nombradas con anterioridad podrán ser tutores dativos por nombramiento del Juez de lo Familiar, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuran en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutela de forma gratuita.

2.2 ORGANOS TUTELARES.

La tutela posee cuatro órganos fundamentales: tutor, que es la persona física encargada de ejercer la tutela; curador, quien será el encargado de vigilar el desempeño del tutor; el Juez de lo Familiar en quien radica la impartición de justicia en lo relativo a todos los aspectos de la institución tutelar; y el Consejo Local de Tutelas que es el órgano de vigilancia e información en la materia.

El Ministerio Público y demás parientes o terceros, no configuran como órganos de la tutela; sin embargo, la legislación civil los menciona como una parte importante de éste tema, así que solamente se hará una breve referencia al papel que desempeñan éstos dentro de la tutela.

A) EL TUTOR.- Ya se mencionó en la parte inicial del capítulo uno de éste trabajo cómo es definido el término de tutor, pero a manera breve, se trata de la persona encargada de hacer funcionar la tutela de manera correcta; es decir, es en quien recae la responsabilidad de llevar a cabo el objeto de dicha institución.

Existen varias formas de realizar el nombramiento del tutor, teniendo como antecedente lo que nos dice el artículo 461 C.C.: "la tutela es testamentaria, legítima o dativa"; de donde se desprende que los tutores pueden ser nombrados por testamento, por elección del menor confirmada por el juez, por nombramiento exclusivo del juez, y por ley.

En el primer caso y como su nombre lo indica, es

aquél que se nombra por testamento para llevar a cabo el ejercicio de la tutela. Generalmente sobre quien recae éste tipo de responsabilidad es en los ascendientes del menor, ya que es su deber elegir a la persona más apta para cuidar del menor y los bienes de éste, aunque existen casos en que un extraño o el adoptante también pueden nombrarle tutor en su testamento, tal como se explicó anteriormente en lo referente a la tutela testamentaria.

Otro tipo de tutor es aquél quien va a ser elegido por el propio menor cuando ha cumplido los dieciséis años de edad, correspondiéndole al juez únicamente la facultad de confirmarla. Pero el nombramiento será hecho exclusivamente por el juez de lo familiar en caso de que el menor no cuente con la edad requerida o cuando por alguna razón (a criterio del juez) no pueda ser confirmada la elección hecha por aquél. Ambas formas de nombramiento ocurren dentro de la llamada tutela dativa.

Por último, el tutor designado por ley es aquél que se deriva de la tutela legítima, pues ésta va a señalar el orden en que los parientes del menor deben ser llamados a ocupar el cargo, esto es, los hermanos y demás parientes colaterales.

En éste punto resulta necesario aclarar que la designación del tutor se realiza una vez que se logre la sentencia que declare el estado de minoridad o incapacidad que exige el artículo 462 C. C. y habiendo concluido el juicio previsto en el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles, lo que ya se explicó dentro de las características de la tutela.

Solamente podrá desempeñar el cargo la persona que de

de acuerdo al artículo 503 del C.C. no sea hábil para tal efecto, a saber:

- 1.- Los menores de edad.
- 2.- Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- 3.- Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado.
- 4.- Los que, por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de éste cargo o a la inhabilitación para obtenerlo.
- 5.- El que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso.
- 6.- Los que no tengan un modo honesto de vivir.
- 7.- Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado.
- 8.- Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándola así expresamente al hacer el nombramiento.
- 9.- Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas.
- 10.- El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela.
- 11.- Los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto.
- 12.- El que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela.
- 13.- Los demás a quienes lo prohíba la ley.

Una vez hecho el nombramiento del tutor, éste debe manifestar si acepta o no el cargo y prestar la garantía exigida por la ley para que se le discierna el cargo. Tras lo anterior, el futuro tutor dispone de cinco días contados a partir de la notificación del nombramiento para que el designado proponga algún impedimento o excusa.

A manera de explicación, la garantía exigida por la ley que se mencionó en el párrafo anterior, está sustentada por el artículo 519 C. C.: "El tutor, antes de que se le discierna el cargo prestará caución para asegurar su manejo. Ésta caución consistirá:

- I. En hipoteca o prenda;
- II. En fianza.
- III. En cualquier otro medio suficiente autorizado por la ley.

La garantía prendaria que preste el tutor se constituirá depositando las cosas dadas en prenda, en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos; a falta de ella, se depositarán en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad.

La razón de ésta disposición es que el tutor, al administrar los bienes del menor o incapacitado, podría causarle perjuicios, por lo que debe garantizar el manejo de éstos con una caución. No obstante, la legislación ofrece la posibilidad de una excepción en el artículo 520 del C. C.; es decir, están exceptuados de la obligación de dar garantía:

- 1.- Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de ésta obligación el testador;
- 2.- El tutor que no administre bienes;

3.- El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que, conforme a la ley, son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, así como los cónyuges e hijos, salvo que el juez, con audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas sí lo crea conveniente.

4.- Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

El plazo de que dispone el tutor para otorgar la garantía exigida es de tres meses contados a partir del día en que aceptó su nombramiento. Mientras no lo haga, un juez interino administrará los bienes, pero si aquél no pudiera definitivamente dar la garantía, se procederá al nombramiento de otro tutor.

Si la cantidad de que dispone el tutor no alcanzar a cubrir lo exigido, podrá otorgar parte en hipoteca, parte con prenda, y parte con fianza. Si se elige la hipoteca como forma de garantía, ésta se constituirá mediante escritura pública inscrita en el Registro Público de la Propiedad del lugar de ubicación del inmueble. Por lo que respecta a la prenda, la institución de crédito autorizada a que se refiere el ya mencionado artículo 519 C.C., son los Almacenes Generales de Depósito, en los términos de la Ley General de Organización y Actividades Auxiliares del Crédito. En cuanto a la fianza, ésta puede otorgarse tanto por una institución legalmente autorizada como por personas físicas o morales que acepten constituirse en fiadores.

Cuando el tutor sea también coheredero del incapaz y no tenga más bienes que los hereditarios, la garantía será la misma porción hereditaria, pero si ésta no es igual a

la porción del incapaz, entonces la garantía se integrará con bienes propios del tutor o con fianza.

El importe de la garantía deberá fijarse con base en la cuantía de los bienes de la manera siguiente:

1.- Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo.

2.- Por el valor de los bienes muebles.

3.- Por el valor de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez.

4.- Si se tratara de negociaciones mercantiles e industriales, por el 20% del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros, si están llevados en debida forma, o a juicio de peritos.

Podría ocurrir que los bienes del incapacitado aumentaran, en cuyo caso, el monto de la garantía también deberá aumentar, pero si disminuyen, se deberá solicitar por el tutor, el Ministerio Público o el Consejo Local de Tutelas que el importe de la garantía sea disminuida.

Una vez aceptado el cargo y otorgada la garantía, se procede al discernimiento del cargo, que el maestro Galindo Garfias define como sigue: "El discernimiento del cargo es el acto judicial por medio del cual el juez de lo familiar, después de comprobar que los intereses del menor o incapacitado queden debidamente asegurados con la caución otorgada por el tutor, lo inviste de los poderes de representación y gestión de la potestad para el cuidado del menor, que requiere su ejercicio de tutela. Sólo después del discernimiento del cargo, el tutor puede

realizar los actos propios de la función de la tutela."⁷

Solamente los directores de inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia no requieren el discernimiento del cargo, ni tampoco las personas que acojan a expósitos.

B) EL CURADOR.- Primeramente deberá entenderse por curatela el medio por el cual "se instituye un vigilante al tutor para protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a substituir a aquél en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y el pupilo."⁸

Por lo tanto, el curador será la persona prevista por la ley para realizar una vigilancia específica sobre la persona encargada del cuidado del menor o incapacitado, esto es, el tutor, y cuyas funciones se encuentran descritas por la ley de la materia.

Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrán un curador, salvo en los casos de la tutela de los expósitos o abandonados y de aquéllos que estén sujetos a tutela dativa y no posean bienes (artículo 618 del C. C. con relación al 492 y 500 C. C.).

La designación del curador podrá ser hecha por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años, pero en caso contrario o cuando se rechace por el juez dicho nombramiento, éste último hará el nombramiento de entre la lista que realiza cada año el Consejo Local de Tutelas.

⁷ Op. cit. p. 701.

⁸ Chávez Ascencio. op. cit. p. 370.

siempre y cuando el futuro curador o adolezca de algún impedimento o excusa de las que señala el Código Civil. También podrán hacer el nombramiento del curador los menores emancipados por razón de matrimonio cuando se encuentren bajo la tutela que específicamente se otorga para actos judiciales de éstos menores.

Las principales obligaciones del curador son:

1.- Defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.

2.- Vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado.

3.- Dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.

4.- Cumplir con las demás obligaciones que la ley señala; es decir, intervenir en la formación de los inventarios, ser oído cuando se trate de variar la carrera que esté estudiando el menor, hacer que se listen bienes omitidos en el inventario, prestar su consentimiento para que se enajenen o graven los bienes del menor, intervenir cuando el tutor trate de transigir algún negocio y cuando el tutor desee hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado, prestar su consentimiento cuando el tutor pretenda arrendar por más de cinco años, pedir la separación al juez del tutor negligente que maltrate al menor o administre mal sus bienes, obligar al tutor a rendir cuentas, así como examinarla y hacerle las observaciones que crea pertinentes.

Cuando no cumpla el curador con éstos deberes, será

responsable de los daños y perjuicios que sufra el menor; pero también tiene como derechos, el pedir que se le releve si ya han pasado diez años desde que se encargó de la curaduría, y cobrar honorarios en la forma que disponga el arancel a los procuradores.

Sus funciones cesarán cuando el pupilo salga de la tutela y sólo tendrá como impedimentos y excusas para ejercer su cargo, las mismas que la ley señala para el caso de los tutores.

C) EL CONSEJO LOCAL DE TUTELAS.- Es un órgano de vigilancia e información para cumplir las funciones que expresamente le confiere el Código Civil, en relación a la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y/o legal para gobernarse a sí mismos.

En cada delegación tendrá que haber un Consejo Local de Tutelas, por lo que hay dieciséis en el Distrito Federal, dependientes de una oficina a cargo de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, que a su vez forma parte del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.

Éstos consejos están compuestos por tres personas: un presidente y dos vocales que duran un año en el ejercicio de su cargo. Son nombrados por el titular del gobierno capitalino o por quien él autorice al efecto o por los delegados, según el caso, en el mes de Enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida. Debido a una falta de actualización del Código Civil no se menciona que

actualmente corresponde hacer las designaciones mencionadas al Procurador de la Defensa del Menor y la Familia.

Entre las labores del Consejo están:

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

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

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

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

5.- Cuidar de que los tutores destinen, de preferencia, los recursos del menor a la curación de sus enfermedades.

6.- Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma en los Juzgados Familiares; y así, se esté en posibilidad de observar el desempeño ordinario de los cargos de tutor y curador.

D) JUEZ DE LO FAMILIAR.- Es la autoridad encargada de intervenir en los asuntos que tengan que ver con la familia, entre los cuales, se encuentra la tutela.

La Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del

fuero común del Distrito Federal determinan que los Jueces Familiares son los encargados de conocer los negocios relacionados con el Derecho Familiar, ya sea en jurisdicción voluntaria o en juicios contenciosos relativos al estado de interdicción y tutela. En otras palabras, los Jueces de lo Familiar ejercerán una sobrevigilancia (en primera instancia lo hace el curador y en segunda el Consejo Local de Tutelas) sobre los actos del tutor para impedir que transgreda los límites que la ley le impone.

En consecuencia, el Juez de lo Familiar tendrá innumerables funciones, de los cuales, las más importantes en relación a la tutela son:

Cuidar provisionalmente de la persona y bienes del menor hasta que se nombre un tutor y dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicio alguno; pero si no cumple, además de las penas en que incurra conforme a las leyes, será el responsable por los daños y perjuicios que sufra el menor o incapacitado (medidas provisionales).

En cuanto al nombramiento del tutor, debe hacer dicho nombramiento en caso de conflicto de intereses entre éste y el pupilo. También nombrará tutor para los menores que no tengan bienes, en cuyo caso, el nombramiento resultará de entre los que señala el artículo 501 del C. C. (Presidente Municipal, Regidores, etcétera). Además, proveerá inmediatamente de un tutor al menor en caso de muerte del ya designado, así como en el caso de que quien fallezca sea la persona que ejercía la patria potestad. También le corresponde conocer de las excusas que interpongan los tutores para no ejercer el cargo y de las

separaciones que lleguen a ocurrir.

Cuidará que el tutor otorgue la garantía que la legislación le exige, y será responsable subsidiariamente con él si no lo hiciera. Fijará la cantidad que se habrá de invertir en alimentos y educación del menor y dará su autorización para que el tutor ponga al pupilo en una institución de beneficencia si carece de los medios suficientes para hacerlo y los familiares no quisieran o pudieran colaborar para ello.

Aprobará la cantidad que se invertirá en gastos de administración, y en cuanto al número de empleados y sueldos también determinará lo procedente. Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez decidirá si se continúa con el negocio escuchando el informe de dos perito. Si se van a enajenar bienes inmuebles, deberá dar su autorización y vigilar en que se invierte lo obtenido, así como cuando se trata de dar en arrendamiento por más de cinco años los bienes del pupilo. También deberá aprobar el juez lo relativo a la erogación de gastos extraordinarios por parte del tutor y cuando éste pretenda pagarse un crédito contra el pupilo, así como autorizar a aquél para recibir dinero prestado.

Por último, fijará la indemnización que deba corresponderle al tutor que sufra algún daño cuando no haya intervenido de su parte culpa o negligencia; cuidará que en el mes de enero de cada año, se presente el certificado médico acerca del estado del individuo sujeto a interdicción y nombrará al curador en términos del artículo 625 C. C., escuchando de éste todas las quejas relativas al desempeño del tutor.

MINISTERIO PÚBLICO Y PARIENTES.— Como ya se dijo al principio de éste apartado, ni el Ministerio Público ni los demás parientes del menor o incapacitado son considerados órganos de la institución tutelar: únicamente se mencionará qué papel juega cada uno de éstos dentro de la misma.

Al Ministerio Público se le considera un representante de la sociedad y, aún cuando muchos podrían pensar que su función se desarrolla sólo en los asuntos de carácter penal, la realidad es que también interviene en los relativos al derecho familiar. Por ejemplo, tiene facultad para promover la separación del tutor cuando éste no haya caucionado su manejo o se encuentre en alguna de las circunstancias que contempla el artículo 504 C.C. (de lo que se hablará más ampliamente en el siguiente capítulo); podrá solicitar al juez que dicte las providencias que se estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo; tiene acción para solicitar que la garantía otorgada por el tutor se aumente o disminuya en proporción con el aumento o disminución de los bienes del incapacitado; y, deducirá la acción correspondiente para que se reembolse al gobierno los gastos que hubiere hecho para los incapacitados indigentes si se llega a conocer que sí contaba con parientes obligados a sufragar dichos gastos.

Al igual que el Ministerio Público, los parientes también pueden solicitar al juez que dicte las providencias necesarias para la conservación de los bienes del pupilo: solicitar que sea separado de su cargo el tutor que deba serlo de acuerdo a la ley civil o en caso de maltrato o negligencia en los cuidados debidos al incapacitado o de mala administración de los bienes; pedir

que se incluyan bienes omitidos en el inventario hecho por el tutor: deberán de ser tutores, en el caso de la tutela legítima: y, junto con los terceros (no familiares) avisar al juez de lo familiar del fallecimiento de la persona que ejercía la patria potestad sobre el menor, así como en caso de muerte del tutor para que se designe otro.

2.3 SISTEMAS TUTELARES.

Dentro de lo que se considera como Derecho Moderno, son tres los sistemas tutelares que se siguen: sistema de tutela de autoridad, de familia, y el sistema mixto.

A) TUTELA DE AUTORIDAD.- Considera que la protección al pupilo o incapacitado es un asunto del Estado, por lo que no debe delegarse ésta función a la autonomía de organismos privados.

Los países que siguen este sistema, consideran que todos los actos relativos a la tutela, corresponde resolverlos a los Tribunales, pues se trata de un asunto jurídico. Sin embargo, hay otros que prefieren ver en la tutela un asunto de origen social que, por lo tanto, debe ser vigilado por las autoridades administrativas.

Se tienen noticias de que el origen de éste sistema se encuentra en el Derecho italiano, cuyo mérito fue crear al juez tutelar en quien depositó todos los poderes de dirección y vigilancia en orden al ejercicio de la tutela con el beneficio de administración única que otorgara mayores responsabilidades tanto al juez como al tutor.

Adoptan este tipo de tutela países como Alemania, Austria, Suiza y Rusia, principalmente.

B) TUTELA DE FAMILIA.- Este sistema concibe a la tutela como una misión cuyo desempeño corresponde a la familia, puesto que no hay mejor institución que proteja a los menores de edad o incapacitados que sus propios familiares; es decir, las personas que por sus sentimientos, convivencia y parentesco con él, se sientan comprometidos moralmente a procurar su bienestar.

El Consejo de Familia es el órgano de alta dirección y vigilancia, teniendo el tutor la obligación de someterse a los dictados de ésta asamblea, que a la vez, tiene facultades de corrección.

Fue el Código Civil francés, el que influyó decisivamente en ésta materia, pues la tutela en Francia, dice Planiol: "es un mecanismo con tres ruedas: el Consejo de Familia, el tutor, y el "subrogé tuteur" que vigila a aquél y le reemplaza en caso de ser necesario. Es pues, la tutela un pequeño gobierno que tiene su asamblea deliberante, su poder ejecutivo y hasta su pequeño asesor."⁹

Es en España, además de Francia, donde se sigue éste sistema, principalmente.

C) SISTEMA MIXTO.- Éste sistema, aunque originalmente encarga la función tutelar a la familia del menor o incapacitado de manera obligatoria, también permite la inspección y vigilancia de dicha labor a los órganos del Estado con el auxilio de las leyes correspondientes a la materia.

⁹ Op. cit. p. 478.

El legislador, para ello, prevé una serie de obligaciones al tutor con ciertas limitantes que no podrán transgredirse sin antes informar al Juez de lo Familiar o al Consejo Local de Tutelas.

El maestro Antonio de Ibarrola, es de la opinión de que nuestro sistema legal en México adopta las características de éste sistema mixto. No obstante estar de acuerdo con tal afirmación, también presento la opinión del profesor Manuel Chávez Ascencio en el sentido de que nuestro régimen encuadra mejor dentro de los sistemas de autoridad porque intervienen de manera decisiva, la autoridad judicial a través de los Jueces de lo Familiar y la autoridad administrativa por conducto de los Consejos Locales de Tutelas.

CAPÍTULO TRES.

"DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN TUTELAR"

CAPÍTULO III.

"DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN TUTELAR"

Previo al desempeño de las funciones del tutor, se parte del supuesto de que no existe persona quien ejerza la patria potestad sobre el menor o incapacitado, o bien, que éste no se encuentre internado en alguna institución de beneficencia ni haya sido acogido por persona alguna. En segundo lugar, es el juez, quien al conocer éste hecho cuidará provisionalmente del menor hasta que se le nombre un tutor. Tratándose de los menores de edad les corresponde la tutela correspondiente descrita en la legislación civil, y de la cual ya se habló con anterioridad; pero en el caso de los mayores de edad, les corresponde la tutela de incapaces. En ambos casos, es necesario que exista la declaración de minoridad o incapacidad en sentencia, respectivamente.

Posteriormente, se procede a la designación del tutor, quien, una vez comprobado que no es inhábil, aceptará el cargo, otorgará la garantía a que está obligado, y por último, se le hará el discernimiento del cargo, todo lo cual ya fue expuesto en el capítulo anterior. A continuación, el tutor puede ya, entrar en el desempeño de sus funciones.

En términos generales, dispone el artículo 537 del C. C. para el Distrito Federal, que: "El tutor está obligado a:

I. A alimentar y educar al incapacitado;

II. A destinar, de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las ilícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos;

III. A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad. El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;

IV. A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años. La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;

V. A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;

VI. A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.

Con relación a las dos primeras fracciones, el tutor deberá, primeramente, cuidar de la persona del pupilo de la manera que a continuación se describe.

3.1 GUARDA DE LA PERSONA.— Como ya se dijo, el tutor deberá cuidar la salud mental y física del pupilo por lo

tanto, está encargado de procurar su rehabilitación si padece alguna adicción o enfermedad.

Tratándose de los incapacitados, el tutor tendrá la obligación de hacer examinar al pupilo por dos médicos psiquiatras y presentar el correspondiente informe al juez en el mes de enero de cada año, así como adoptar las medidas que crea convenientes para lograr su alivio o mejoría.

Si el juez ya la fijado la cantidad que haya de invertirse para la educación del menor, entonces el tutor deberá de proporcionarle no sólo la primaria como instrucción elemental, sino también la educación secundaria, preparatoria y superior, la cual, si ya fue elegida por quien ejercía la patria potestad, no deberá ser cambiada por el tutor.

Por otra parte, el menor deberá ser educado en la religión a la que pertenecía en vida de sus padres; pero tratándose de los expósitos o abandonados, entonces el tutor los instruirá en la religión que él tenga.

En cuanto a los gastos de alimentación, deberá entenderse por alimentos, según lo dispone el artículo 308 del Código Civil:

I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de

discapacidad o declarados en estado de interdicción. lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.

Estos gastos serán fijados por el juez, con audiencia del tutor, y podrán aumentar o disminuir dependiendo de las condiciones que se den para ello tomando en cuenta que se trata de menores con bienes.

Si de las rentas que se obtengan de éstos no se alcanzaran a cubrir dichos gastos, el juez decidirá si es necesario que el menor aprenda un oficio o se adopte otro medio, con el fin de evitar que se enajenen los bienes. Si el menor todavía tiene parientes, deberá exigírseles judicialmente la prestación alimenticia, pero si no existen parientes o no pudieran hacer lo que se les solicita, se internará al pupilo en una institución de beneficencia. Si esto no pudiera realizarse y se tratara de menores indigentes, los gastos de alimentación correrán a cargo de las rentas públicas del Distrito Federal.

3.2 REPRESENTACIÓN.- Del artículo 537 C.C. ya expuesto en el inicio del presente capítulo, es la fracción V la que constituye el fundamento legal de ésta función por parte del tutor.

La representación legal tiene por objeto suplir la ausencia de capacidad de obrar de algunas personas y se encuentra previsto por el artículo 23 C. C. que establece:

"... la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes..."

El tutor, como representante legal del menor o incapacitado, tiene un poder general con facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio, pero limitado porque requiere de la autorización del juez para algunos actos que pretenda realizar, y de lo que se hablará con posterioridad.

Los actos de representación que debe llevar a cabo el tutor son:

Debe comparecer cuando el pupilo pretenda adoptar para otorgar su consentimiento. Presentar una solicitud al juez cuando el pupilo afectado de sus facultades mentales pretenda hacer su testamento en un intervalo de lucidez. En los casos en que el pupilo deba elegir entre recibir una herencia o un legado y no pueda hacerlo, lo hará su tutor. Además, aceptará éstas mismas herencias o repudiarlas con la autorización del juez. Le corresponde la designación del albacea cuando el testador no lo hubiere hecho o si el nombrado no desempeñare el cargo; pero si el heredero menor de edad o incapacitado fuer el único, entonces el tutor será el albacea y, por último, responderá por los daños que el pupilo pudiera ocasionar a otros.

3.3 GUARDA DE LOS BIENES.— Las fracciones III y IV del artículo 537 C. C., son las que encierran el otro fin de la tutela: la protección de los bienes del menor o

incapacitado.

Para poder ejercer su función de administrador, el tutor requiere que previamente se haya nombrado curador, pues de lo contrario sería separado de la tutela y se le haría responsable de los daños y perjuicios que sufriera el pupilo.

A) INVENTARIO.- Como una de sus primeras obligaciones, el tutor deberá hacer un inventario solemne y circunstanciado de todo lo que forme parte del patrimonio del menor dentro del término que señale el juez y que no deberá exceder de seis meses. Intervendrán en la formación del inventario, el curador y el mismo incapacitado si ha cumplido dieciséis años.

En cuanto a los requisitos que aquél deberá cumplir, la ley señala que el acato será solemne, esto es, que esté presente una autoridad que lo presida, los testigos, que se exprese el consentimiento, y que se firme por las partes interesadas. Por otra parte, lo circunstanciado significa que deberá hacerse con todo detalle, sin omitir ninguna particularidad como la descripción del bien mueble o inmueble, su ubicación, marca, número de identificación, valor asignado, etcétera: requiriéndose que el avalúo de los bienes muebles sea hecho por un valuator oficial o por el Nacional Monte de Piedad, mientras que los inmuebles, por una institución de crédito.

Si el menor adquiere bienes con posterioridad, éstos deberán incorporarse inmediatamente al inventario, pero si se ha omitido listar algunos, la solicitud para hacerlo se presentará al juez por parte del curador, el mismo menor, o alguno de su parientes.

En cuanto a la administración, propiamente dicha, de los bienes, hay actos que el tutor puede llevar a cabo por sí mismo, otros que sólo podrá realizar con autorización del juez (limitaciones), y otros que, en definitiva le están prohibidos.

En general, el tutor puede llevar a efecto todos los actos comunes y corrientes de la administración para los cuales la ley no requiera formalidad suplementaria. Por ejemplo, podrá realizar todos aquéllos gastos ordinarios de conservación y reparación; recibir el dinero proveniente de las redenciones de capitales; puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por menos de cinco años, etcétera.

Por el contrario, necesita la autorización judicial para fijar la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración, así como el número de empleados y sus sueldos, los cuales no podrán aumentarse sino con dicha aprobación. También con autorización: fijará la cantidad que se invierta en la educación y alimentación del incapacitado; enajenará o gravará los bienes inmuebles o muebles del pupilo y únicamente en caso de absoluta necesidad o evidente utilidad; realizará gastos extraordinarios que no sean de conservación y reparación; para hacerse pago de sus créditos con los bienes del menor; para rentar los bienes de éste por más de cinco años; para recibir dinero prestado en nombre del pupilo; así como para transigir los negocios de éste, entendiéndose por transacción "un contrato por el cual, las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura" (artículo 2944 C. C.).

Todos éstos actos del tutor que requieren la autorización del juez para poder llevarse a cabo, son considerados como "limitaciones". Sin embargo, éstas no son las únicas, ya que también deberá: consultar al menor en los actos importantes de la administración si ya es capaz de discernimiento y ha cumplido dieciséis años; además, deberá dejarle a éste la libre administración de los bienes que haya adquirido con su trabajo.

Únicamente le está prohibido al tutor: contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela; comprar o arrendar bienes del incapacitado o hacer contrato respecto a ellos para sí, su cónyuge, hijos o hermanos; aceptar la cesión de un derecho de crédito contra el pupilo; hacer donaciones a nombre de éste; pero se le tiene prohibido no aceptarlas al igual que las herencias y legados.

Otras de las obligaciones del tutor son: rendir cuentas al juez, y entregar los bienes al término de la tutela.

B) RENDICIÓN DE CUENTAS.— No es otra cosa que dar razón de la administración, la cual deberá detallarse haciendo una relación de todas las operaciones y actos llevados a cabo durante el tiempo de la gestión. Deberá hacerse dentro de la misma, un estado de ingresos y egresos y una referencia de cualquier otra operación que hubiere practicado. Así mismo, se incluirán todos los créditos de los que no se hubiere logrado el pago, acompañándose todos los documentos de referencia y un balance que permita conocer si hay saldo a favor o en

contra del pupilo.

En el mes de Enero de cada año es cuando deberá rendirse al juez, la cuenta de la administración, que es llamada "cuenta ordinaria". Pero también existe obligación de rendirla cuando, por causas graves que calificará el juez, la exijan el curador, el Consejo Local de Tutelas o el mismo menor que haya cumplido dieciséis años ("cuenta extraordinaria"). Al finalizar la tutela, deberá rendirse la "cuenta general", dentro del término de tres meses que podrá ampliarse por otros tantos si fuere necesario.

Dispone el artículo 610 del C. C. que la rendición de cuenta y entrega de los bienes se efectuará a expensas del incapacitado; pero cuando intervenga dolo o culpa de parte del tutor, serán de su cuenta todos los gastos (artículo 611 C. C.).

C) ENTREGA DE BIENES.- Al término de la tutela, el tutor deberá hacer entrega de los bienes que le fueron dados en administración. Para ello, se presentan a continuación los supuestos por los que aquélla se extingue, según el artículo 606 C. C.:

1.- Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad.

2.- Cuando el incapacitado sujeto a tutela entra a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción.

Es decir, la incapacidad del pupilo puede ocurrir: cuando cumple la mayoría de edad; cuando recupera la patria potestad sobre él la persona que la ejercía antes de serle suspendida; cuando el menor de dieciocho años

contrae matrimonio (se emancipa y solamente requiere tutor para negocios judiciales); o cuando el mayor de edad recupera la salud física o mental por la cual se le había declarado en estado de interdicción.

Como consecuencia, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y demás documentos, conforme al último balance realizado. El momento para la entrega será durante el mes siguiente a la terminación de la tutela, y en cuanto a la forma, deberá ser solemne y circunstanciada (al igual que el inventario).

Si como resultado hubiere un cargo contra el tutor, éste deberá liquidar la deuda, pues de lo contrario, quedará vigente la garantía dada al principio de la administración. Para ello cuenta el pupilo con un plazo de cuatro años para ejercitar su acción contra el tutor, al igual que para reclamar daños y perjuicios o responsabilidad por mala administración.

Cabe hacer la aclaración de que la obligación de otorgar una caución por parte del tutor, fue incluida en el apartado 2.2 al hablarse del principal requisito que exige la ley para que éste pueda entrar en funciones.

Por último, sólo resta señalar que serán separados de la tutela:

I. Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;

II. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;

III. Los tutores que no exhiban los certificados

médicos ni rindan sus informes y cuentas dentro de los términos fijados por los artículos 544 bis. 546 y 590;

IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;

V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159;

VI. El tutor que permanezca ausente por más de tres meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela; y

VII. El tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso, en contra de la persona sujeta a tutela.

CAPÍTULO CUATRO.

"LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR"

CAPITULO CUATRO.
"LA RESPONSABILIDAD DEL TUTOR"

Tras haber examinado los diversos tipos de tutela así como su regulación jurídica, se inicia aquí el estudio de la responsabilidad en que incurre el tutor por abusar de las funciones que le hubieran sido otorgadas.

Al mencionar en el primer capítulo de éste trabajo los antecedentes históricos de la tutela, quedó establecido el principio de la responsabilidad por parte del tutor, pues se le imponía a éste una serie de obligaciones que debía cumplir durante su encargo apegándose a limitaciones que, de transgredirse, daban derecho al pupilo a ejercitar varias acciones en su contra, como : las mencionadas "actio rationibus distrahendis" o la "acusatio suspecti tutoris".

En aquél entonces, era utilizada la palabra "obligación" en el sentido de un deber jurídico; es decir: "La obligación romana nació en tiempos remotos dentro del terreno de los delitos. Originalmente, la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia un derecho de venganza, el cual, mediante una composición, podía transformarse en el derecho de la víctima o de su familia de exigir cierta prestación. Un miembro de la familia del culpable quedaba "ab-ligatum", o sea, "atado", como una especie de rehén. Por lo tanto, la obligación antigua era una atadura en garantía del incumplimiento de la obligación."¹⁰

¹⁰ Guillermo Floris Margadant. DERECHO PRIVADO ROMANO. Ed. Esfinge. p. 308.

Toda persona que adquiriera una obligación tenía la responsabilidad de cumplir, ya que se establecía una relación entre los individuos en donde una tenía la facultad de exigir de la otra cierta prestación o comportamiento.

Así mismo, en nuestro derecho la tutela tiene un carácter de obligatoriedad, por lo tanto, si se presentara incumplimiento o abuso de facultades por parte del tutor, éste se hará acreedor a ciertas sanciones por haber incurrido en responsabilidad, ya sea civil o penal.

4.1 LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

A) CONCEPTO Y ESPECIES.- "Responsabilidad, en su acepción jurídica, significa tanto como obligación que una persona tiene con respecto a otra de reparar los daños y resarcir los perjuicios que haya ocasionado como consecuencia de un acto propio o ajeno, o por el efecto de las cosas u objetos inanimados o de los animales."ⁱⁱ

Existen varios tipos de responsabilidad civil: la directa e indirecta, la objetiva y subjetiva, y la contractual y extracontractual.

Se llama responsabilidad directa aquélla que recae sobre quien debe responder por lo que ha hecho, e indirecta quélla que recae sobre quien debe responder por lo que no ha hecho. Es un ejemplo de la primera, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas en el artículo 537 C. C. por parte del tutor:

ⁱⁱ Rafael de Pina Vara. DERECHO CIVIL MEXICANO. Ed. Porrúa. 232.

mientras que, de la segunda, la responsabilidad del tutor por los daños que cause el incapacitado que se encontrare bajo su cuidado (artículo 1921, en relación con el 1919 y 1920 C. C.).

La responsabilidad subjetiva es la que recae sobre una persona determinada como consecuencia de un acto propio que ha causado un daño a otra. "Junto a ésta responsabilidad, emparejada con ella, aparece, en la doctrina y en la legislación, la que fuera de toda idea de culpabilidad, emana de un riesgo creado que se traduce en un evento dañoso de cuyas consecuencias perjudiciales está obligada a responder la persona que, en cierto modo, se encuentra en situación de recibir algún beneficio de la actividad susceptible de ocasionar el daño."¹²

Por otra parte, la teoría de la responsabilidad objetiva consiste, en establecer que para que surja la exigencia de la reparación del daño ilícito extracontractual (que se explicará más adelante) no se requiere el elemento culpa, por lo que lo único que se precisa es probar que el daño existe, no siendo necesaria la intención de dañar o la imprudencia. Se dice que ésta teoría tiene un fundamento de naturaleza económica pues, en presencia de dos patrimonios, el titular de aquél que cause un daño está obligado a repararlo al titular de aquél que lo recibe.

Para éstas dos últimas teorías, es de suma importancia el papel que desempeña la figura del riesgo creado, pues debe entenderse a éste como la consecuencia derivada de la operación de mecanismos peligrosos; es

¹² Idem. p. 233.

La responsabilidad contractual es aquélla que tiene su origen en el incumplimiento de una obligación plasmada en un contrato preexistente. Por lo tanto, deberán indemnizarse los daños y perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento.

Por último, la responsabilidad extracontractual tiene su fundamento en la realización de un acto ilícito de una persona contra otra, o bien en el resultado de la gestión de negocios o en las consecuencias de un riesgo creado. Éste tipo de responsabilidad existe cuando una persona causa un daño a otra, respecto de la cual no estaba ligada por vínculo alguno anterior; ya sea por sí misma, por medio de otra de la que responde o por obra de una cosa de su propiedad. Podrían llamarse fuentes de la responsabilidad extracontractual: el enriquecimiento ilícito, la gestión de negocios, los hechos ilícitos y el riesgo creado.

A efecto de aclarar lo anteriormente expuesto, el C. C. en sus artículos 2108 y 2109 menciona respectivamente: "Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación." Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

El enriquecimiento ilegítimo se refiere a que "el que sin causa se enriquece en detrimento de otro, está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido" (1882 C. C.). La causa de éste enriquecimiento puede ser el recibir alguna cosa que no se tenía derecho de exigir y que por error ha sido indebidamente pagada.

La gestión de negocios se establece en el artículo 1896 del C. C.: "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio."

Respecto al riesgo creado, su fundamento legal se encuentra en el artículo 1913 C. C., que dice: "Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligado a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Por lo que se refiere a los actos ilícitos, su fundamento se encuentra en el artículo 1910 C. C., que a la letra dice: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."

Pero no solamente existe ésta clasificación acerca de la responsabilidad, pues la doctrina contempla también otras dos grandes reformas de aplicar la responsabilidad: la llamada "responsabilidad por culpa" y la conocida como "responsabilidad objetiva o absoluta". En el caso de la primera, la aplicación de sanciones al individuo considerado responsable supone la "culpa" por parte del autor del hecho ilícito. Esto es, las consecuencias de sanción se aplican al responsable sólo cuando el autor del hecho ilícito tuvo la intención de cometerlo (o bien,

habiéndolo previsto no lo impidió). A la responsabilidad objetiva, por el contrario, no le importa la culpa del autor; hasta que el hecho se realice (con o sin culpa del autor) para que se apliquen las consecuencias de sanción al individuo considerado responsable.

B) ELEMENTOS.- En general, la responsabilidad civil requiere de la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Un hecho ilícito.
- b) La existencia de un daño.
- c) Un nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

El concepto de acto ilícito significa que se ha realizado una conducta dolosa o culposa. Es decir, que el agente ha obrado con la intención de causar el daño o éste se ha producido por imprudencia, inadvertencia, falta de atención o de cuidado, o impericia. En la doctrina francesa, el daño causado intencionalmente constituye un delito civil y el que se origina por culpa o negligencia, se denomina cuasidelito.

La ilicitud de la conducta, es el dato característico de la responsabilidad civil. El daño causado sin justificación alguna, es decir, violando los principios de orden y la justicia en los que se sustenta la convivencia social. El artículo 1830 C. C. postula el concepto de ilicitud declarando: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."

Para que proceda la reparación del daño se requiere la prueba de que el demandado ha obrado ilícitamente, sin derecho, por dolo o culpa.

El daño causado por caso fortuito o fuerza mayor, que excluyen la culpa o el dolo, no dará lugar a responsabilidad porque no ha podido ser previsto o porque habiendo sido previsto no ha podido ser evitado. Tampoco surge la responsabilidad civil, si el daño se ha causado en el ejercicio de un derecho o se produjo por el hecho de víctima. No es imputable al autor material de él.

El segundo elemento de la responsabilidad civil es el daño o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio (daño emergente). El daño reparable, comprende también la privación de cualquier ganancia lícita que se podría haber obtenido por el cumplimiento de la obligación (lucro cesante).

En la actualidad se entiende por daño también la lesión a los bienes no valuables en dinero, como aquéllos que se causan a una persona en su vida, su intimidad, sus afectos, la salud, etcétera.

Generalmente se clasifica ésta especie de daños en aquéllos que atañen a la persona en su aspecto social (honor, reputación, dignidad, pública consideración, buena fama); los que lesionan a la persona en sus sentimientos, su integridad corporal, su configuración y aspecto físico, el derecho a su imagen, al secreto de su vida íntima, su vida afectiva, etc.

Aunque el daño moral, se dice que no es susceptible de una valuación pecuniaria, es de justicia que al ofensor se le aplique una sanción como efecto de su conducta ilícita, obligando a pagar al ofendido una suma de dinero por concepto de indemnización compensatoria.

La relación de causalidad es el tercero de los elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil. En presencia del efecto (daño) el juzgador debe determinar la causa que produjo el daño y si aquella es imputable al demandado.

El problema de la responsabilidad es distinto al de la causa material o causa eficiente del daño. Es un problema de atribución de las consecuencias de derecho que se producen cuando alguien ha sufrido un daño. El nexo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño reparable (que es el daño que interesa al derecho), debe ser entendido que consiste en establecer la consistencia de los supuestos necesarios para imputar las consecuencias de derecho que produce un daño injusto. Como ocurre por ejemplo, en el caso de la responsabilidad por hechos de terceros, o por el uso de cosas peligrosas en los que la causa material del daño no es decisiva para fijar la obligación de responder del daño.

C) LA REPARACIÓN DEL DAÑO.- El artículo 1915 C.C. menciona que "... la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el establecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios..."

La cuantía de la reparación del daño material o patrimonial será fijada por el juez, de acuerdo con el resultado de la prueba pericial que determinará el valor del menoscabo causado por la conducta dañosa. En cuanto a la estimación del daño moral, el artículo 1916 en su párrafo cuarto del C.C. dispone que el juez. tomará en cuenta para determinar el monto de la indemnización. los derechos lesionados. el grado de responsabilidad. la

situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Son personas obligadas a la reparación del daño: quien ha causado ilícitamente el daño, aunque se trate de un incapaz, salvo que la responsabilidad recaiga en las personas encargadas de él (artículo 1911 C. C.). Los que ejerzan la patria potestad y los tutores tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos, excepto que los menores ejecuten los actos dañosos encontrándose bajo la vigilancia de otras personas como directores de colegio, internados, talleres, etc., pues en ese caso esas personas asumirán la responsabilidad de que se trata.

En igual responsabilidad incurren los maestros y artesanos y los patrones y dueños de establecimientos mercantiles por los daños y perjuicios causados por sus operarios, obreros, o dependientes en el ejercicio de sus funciones (artículos 1923 y 1924 C.C.), lo que la doctrina llama "culpa in vigilando". En éste mismo tipo de culpa incurren los jefes de casa o los dueños de hoteles o casas de hospedaje por los daños causados por sus sirvientes en el ejercicio del trabajo que se les tiene encomendado (artículo 1925 C. C.).

Las personas morales responden directamente por los daños que causen sus representantes en ejercicio de sus funciones (artículo 1918 C. C.). Ésta responsabilidad es consecuencia de que el representante obra en nombre y por cuenta de la persona por quien actúa, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 C. C. No obstante, el Estado tiene sólo una obligación subsidiaria de responder de los

daños causados por sus funcionarios o empleados en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. La acción sólo procederá en contra del Estado cuando el funcionario o empleado directamente responsable, no tenga bienes o éstos sean insuficientes para responder el daño causado (artículo 1927 C. C.).

El dueño de un animal debe responder del daño que éste causa, si éste se ha producido por falta de cuidado o de vigilancia del propietario. No procederá la reparación por imprudencia de la víctima, por la provocación de un tercero, por caso fortuito o fuerza mayor (artículos 1929 y 1930).

El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción (artículo 1931 C. C.). Por ruina debe entenderse el estado de deterioro de los materiales que componen el edificio, que por no haber sido reparado haya sido la causa del daño que se produjo.

El propietario es responsable de los daños causados por la explosión de máquinas o por la inflamación de sustancias explosivas; emisión de humos o gases nocivos; caída de árboles; emanaciones dañinas de cloacas o materias infectantes; por depósitos de aguas que causen humedades; por el peso o movimiento de máquinas que causen daño, o por otras causas semejantes (artículo 1932 C. C.). Todos éstos son casos de responsabilidad por el hecho de las cosas.

4.2 LA RESPONSABILIDAD PENAL.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

La responsabilidad penal, es entendida como un deber jurídico de sufrir la pena, que recae sobre quien ha cometido un delito, esto es, una acción u omisión típica, antijurídica y culpable.

Durante largo tiempo la expresión "responsabilidad" fue también utilizada en el sentido hoy acordado en derecho penal a la expresión "imputabilidad", y se tuvo por responsable a quien era capaz de responder de sus actos por haber alcanzado madurez mental y gozar de salud mental. Es manifiesto, sin embargo, que esa capacidad es sólo uno de los extremos en que reposa la responsabilidad penal por el acto típico y antijurídico cometido. Las causas excluyentes de responsabilidad penal consagradas por la ley comprende, precisamente, las situaciones en que falta alguno de los extremos de diversa índole que son necesarios para que pueda nacer el deber jurídico de sufrir la sanción aparejada por la ley a la violación de sus propios preceptos.

El tutor, entonces, puede incurrir en responsabilidad penal si se comprueba que ha cometido un delito de carácter patrimonial como el abuso de confianza o el fraude.

A) ABUSO DE CONFIANZA.- Dispone el artículo 313 del C. P. para el Distrito Federal: "Al que, con perjuicio de alguien, disponga para sí o para otro, de cualquier cosa ajena mueble, de la que se le haya transmitido la tenencia y no el dominio, se le sancionará con prisión hasta de un año y multa de 100 veces el salario, cuando el monto del abuso no exceda de 200 veces el salario. Si excede de ésta cantidad pero no de dos mil, la prisión será de uno a seis años y multas de 100 hasta 180 veces el salario. Si el

monto es mayor de dos mil veces el salario la prisión será de seis a doce años y la multa de 120 veces el salario."

El perjuicio causado por éste delito es siempre patrimonial puesto que el delito se integra con la ilícita disposición de la cosa. Disponer es ejercer derecho de propiedad en cuanto a la cosa "gozando y disponiendo" de ella (artículo 830 C. C.). Además, se trata de un delito doloso porque existe un ánimo de lucro en el agente, quien debe tener de la cosa, una posesión material y no jurídica. Por lo tanto, la disposición de la cosa por parte del agente es abusiva e implica un aprovechamiento indebido que lesiona en su patrimonio a la víctima.

El delito de abuso de confianza se persigue por querella y se sanciona el cambio ilícito de destino del bien mueble confiado previamente al tutor. Es decir, la posibilidad de un abuso de confianza por parte del tutor se da, por ejemplo, cuando disponga para sí de los recursos del incapacitado que requiere algún tipo de rehabilitación. En éste caso, el tutor solamente tiene la facultad de administrar el patrimonio del pupilo y destinarlos a la cura de sus enfermedades, pero si desvía de su destino aquello que le ha sido confiado, podría incurrir en responsabilidad penal por la comisión de éste delito.

B) FRAUDE.- El fundamento jurídico de éste delito se encuentra en el artículo 386 del C. P. para el D. F.: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. Este delito se castiga con las penas que señala el artículo 318 C.P para el D. F.:

I. Con prisión de tres días a seis meses o de treinta a ciento ochenta días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario:

II. Con prisión de seis meses a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado excediera de diez pero no de 500 veces el salario;

III. Con prisión de tres a doce años y multas hasta de ciento veinte veces el salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de 500 veces el salario.

El engaño constituye una mentira dolosa cuyo objeto es producir en la víctima una falsa representación de la verdad. Debe ser idóneo para producirla en personas del tipo medio intelectual, o sea, que debe ser bastante para vencer la incredulidad del pasivo y embaucarlo; el engaño debe ser la causa de error en el pasivo. Por último, debe estar dirigido a obtener la prestación voluntaria del mismo pasivo. Si por ignorancia, autosugestión, etc., del pasivo hiciera éste la prestación, no habría relación de causalidad entre ésta y el engaño. Este engaño puede ser verbal o escrito y consistir en hechos o versas sobre las condiciones de la prestación. El aprovechamiento del error en que se encuentre el pasivo presupone en el agente el conocimiento de la falsa representación de la verdad que aquél sufre. El dolo de fraude consiste, en el caso, en aprovecharse del error, para obtener la prestación.

Al referirse la ley penal al elemento engaño o error, se refiere al de naturaleza penal, pues es sabido que existe una forma de error de índole civil que no da lugar al ejercicio de la acción penal sino sólo a la rescisión del contrato, con resarcimiento de los daños y perjuicios causados. Para que exista el engaño o error de naturaleza

penal es necesario que exista en el autor la intención no sólo de inducir al otro a celebrar un contrato, sino de obtener ilícitamente una cosa o alcanzar un lucro indebido.

En términos del artículo 387 fracción II C. P., el tutor podría estar cometiendo el delito de fraude si "por título oneroso enajena alguna cosa con conocimiento de que no tiene derecho para disponer de ella, o la arrienda o hipoteca, empeña o grave de cualquier otro modo, si ha recibido el precio, el alquiler, la cantidad en que la gravó, parte de ellos o un lucro equivalente." Es decir, podría fincarse responsabilidad penal contra el tutor si éste dispone de los bienes inmuebles del pupilo con el fin de obtener un lucro, pero teniendo el conocimiento de que no puede hacerlo por disposición expresa de la ley. Por ejemplo, si el tutor arrienda a un tercero un inmueble del menor o incapacitado y dispone para sí el alquiler obtenido, esto podría configurar el delito de fraude pues la prohibición para ello se encuentra en el artículo 569 del C. C.

CONCLUSIONES.

En el presente trabajo quedaron plasmadas ideas generales de la tutela, mismas que, a manera breve, trataron de resumir lo más relevante del presente estudio.

La tutela es la institución que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos.

A manera de aclaración, se definió a la patria potestad como el poder que los ascendientes ejercen sobre la persona y bienes de sus descendientes menores de edad hasta que lleguen éstos a la mayoría de edad o se emancipan.

Por otra parte, la incapacidad natural obedece a circunstancias en que por su propia naturaleza se encuentra el individuo, como es el caso de los perturbados en su inteligencia; mientras que la incapacidad legal se refiere a aquéllos menores de edad impedidos para celebrar actos jurídicos en particular.

Aunque a la curatela se le ha definido en iguales términos que a la tutela, la diferencia principal entre éstas dos figuras radica en que la primera tiene por objeto vigilar el buen funcionamiento de la tutela, así como el desempeño correcto de las funciones del tutor.

En Roma, la tutela era considerada como un poder dado por el Derecho Civil sobre una cabeza libre para proteger a quien no podía defenderse por sí mismo a causa de su

edad, mientras que la curatela protegía a otro tipo de personas como los "furiosi", "prodigi", sordos, mudos y "mente capti", teniendo ambas figuras un común denominador que era el cuidado de los bienes del incapaz más que de su propia persona.

Como diferencia entre éstas, se dice que hay una gran vaguedad, pues se mencionan como tales: que la curatela se aplica a situaciones de carácter accidental como la locura; que la tutela presupone siempre la persona del pupilo, mientras que la curatela podía aplicarse a un patrimonio sin titular, etcétera. Sin embargo, al carecerse de suficientes argumentos que sustenten cualquiera de éstas diferencias, se ha entendido que son circunstancias de orden histórico las que determinaron la dualidad o coexistencia de éstas dos instituciones.

La influencia que el derecho recibió en la época colonial tuvo grandes tintes del derecho romano, mientras que, en el México independiente se mantuvieron de manera provisional la ley de las Siete Partidas que veían en la tutela a una institución para la protección de los huérfanos menores de catorce años y las huérfanas menores de doce años. En tanto que, los curadores eran los encargados de cuidar a aquéllos mayores de catorce años pero menores de veinticinco, así como a los mayores de ésta edad pero disminuidos de su capacidad mental; además, se les daba el derecho de decidir si querían o no tener un curador.

Éstas leyes ya contemplaban las diferentes clases de tutela, además de mencionar a las personas que no debían de ser tutores.

Por lo tanto, la tutela testamentaria es aquélla nombrada así por testamento hecho por alguno de los ascendientes del menor o incapacitado, la cual tiene como objetivo la elección de la persona más indicada para ocupar el cargo de tutor.

La tutela legítima corresponde desempeñarla a la persona que tenga el grado más próximo de parentesco respecto al menor o incapaz; mientras que, la tutela dativa, es aquélla que se da cuando no existe tutor testamentario ni tutor legítimo y es otorgada por el juez.

En la actualidad, los principales caracteres de la tutela son: es de interés público; su función es obligatoria; el poder conferido al tutor es general, ya que su función comprende el cuidado de la persona del menor, su sustento y educación, así como su representación en diversos actos jurídicos además de la administración de sus bienes; la tutela es una unidad indivisible puesto que el cargo se le atribuye a una sola persona y no puede fraccionarse entre varias; el ejercicio de la tutela debe ser remunerado; es excusable sólo por las causas que la misma ley establece; es supletoria de la patria potestad; la función tutelar es personal puesto que no puede delegarse su cumplimiento en otra persona; de carácter temporal pues subsiste mientras dure la minoría de edad o incapacidad que sufre el pupilo; y además, es posterior a la declaración procesal de minoría de edad o incapacidad.

Nuestra actual legislación dispone que todos los individuos sujetos a tutela, además de un tutor tendrán un curador cuyas obligaciones son defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él en caso de que estén en oposición con los del tutor, vigilar al conducta de

éste poniendo en conocimiento del juez lo que considere dañoso para el menor, así como darle aviso para que se nombre tutor cuando éste falte o abandone la tutela.

Entre las personas inhábiles para ejercer la tutela están: los menores de edad, los que hayan sido removidos de otra tutela por mal desempeño; los que hayan sido condenados por delito doloso; los deudores del incapaz, entre otros.

Además, existen ciertas causas que originan la separación del tutor en el ejercicio de su encargo y excusas para evitar el desempeño de la misma, pero aquéllos que ocupen el cargo deberán prestar una garantía que asegure el manejo de los bienes del menor, misma que será fijada con base en la cuantía de dichos bienes y que podrá consistir en prenda, hipoteca o fianza.

Entre las obligaciones más importantes que tiene el tutor se encuentran: alimentar y educar al incapacitado, representarlo en juicio o fuera de él, formar inventario del patrimonio del pupilo, así como administrar sus bienes. Además está obligado a rendir al juez, cuenta detallada de su administración en el mes de enero de cada año.

Por ser la tutela una carga que, necesariamente implica un trabajo para la persona que funge como tutor, la ley le otorga el derecho a percibir una remuneración que no podrá ser menor del 5% ni mayor del 10% de las rentas líquidas de los bienes del pupilo.

Concluida la tutela por muerte del menor, por desaparición de su incapacidad o por haber entrado en

patria potestad por reconocimiento o adopción, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan.

Con relación al mal manejo de los bienes del pupilo por parte del tutor, se puede fincar contra él la responsabilidad civil o la responsabilidad penal en caso de comprobarse que ha incurrido en algún delito.

PROPUESTAS.

Al concluir el presente estudio sobre la tutela, se puede observar que, efectivamente, la tutela es una institución a la que se le ha dado a través del tiempo la importancia que requiere; sin embargo, existen algunos puntos a los que se les debería de dar mayor importancia. Es por esto que, realizo las siguientes propuestas, mismas que pongo a consideración del lector:

Una de las obligaciones del tutor es prestar garantía al momento de tomar su cargo, sin embargo, ésta debería de ser establecida tomando como referencia la cuantía de los bienes del pupilo tal y como la ley lo establece y LA SITUACIÓN

ECONÓMICA DEL TUTOR, previo estudio socioeconómico, ya que la ley se limita a señalar que aquél quien no pueda otorgar la garantía exigida no podrá ser nombrado tutor.

En tal caso, el tutor legítimo que por tener el parentesco más próximo al menor sea el indicado para ejercer dicha función, finalmente no podrá serlo si no cuenta con la cantidad exigida para garantizar su desempeño, sin tomarse en consideración la posibilidad de que aquélla le sea disminuida en cierta proporción, dada su escasa posibilidad económica y nombrándose en su lugar, al tutor más solvente en éste aspecto, pero quizá el más lejano al incapacitado en grado de parentesco.

Al realizarse el análisis de la responsabilidad del tutor por abuso en el ejercicio de su encargo, resulta evidente que en la legislación penal no existe un precepto que sancione de manera específica éste tipo de

Al realizarse el análisis de la responsabilidad del tutor por abuso en el ejercicio de su encargo, resulta evidente que en la legislación penal no existe un precepto que sancione de manera específica éste tipo de responsabilidad.

Como consecuencia de ésta, podría resultar la comisión de ciertos delitos que ocasionan daño en el patrimonio de la víctima, donde se encuentran, entre otros, el abuso de confianza y el fraude que, aunque son aplicables a la conducta ilícita del tutor que actuó con dolo en el ejercicio de sus funciones, pienso que deberían de contemplar la posibilidad de aplicar una agravante a ésta situación dada la obligación previa que existe en la persona del tutor de proteger el patrimonio de un incapacitado.

Es decir, la legislación penal debería de ser más específica con relación a éste tipo de delitos cometidos por personas que, de antemano, adquirieron el compromiso de cuidar los bienes de un incapaz, así como su persona; y de cuyas funciones obtenían una retribución económica de entre el 5% y 10% de las rentas líquidas de los bienes de aquél. Por lo cual, considero que deberían establecerse ciertos preceptos en los que se sancione directamente la responsabilidad del tutor, tomando en cuenta que ya existe algo similar en el caso de las personas que, como servidores públicos, cometen cierta clase de ilícitos obteniendo un lucro para sí y que, sin embargo, les son aplicados los preceptos legales específicos a su forma de conducta y funciones desempeñadas.

BIBLIOGRAFÍA.

1. CHÁVEZ Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa. México, 1992.
2. IBARROLA, Antonio de. Derecho de Familia. Editorial Porrúa, México 1993.
3. ROJINA Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo II y V. Editorial Porrúa. México, 1992.
4. MAGALLÓN Ibarra, José Mario. Instituciones de Derecho Civil. Tomo VI 2a. Parte. Editorial Porrúa. México, 1997.
- 5.- MONTAÑO, Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1996.
6. GALINDO Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1993.
7. DE PINA, Vara, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa. México, 1996.
8. BORJA Soriano, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa, México, 1997.
9. ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil (Derecho de Familia). Editorial Astrea. Buenos Aires. 1994.
10. LÓPEZ del Carril, Julio J. Derecho de Familia. Editorial Aberredo Perot. Buenos Aires, 1995.
11. PARRA Benítez, Jorge. Manual de Derecho Civil. Personas y Familia. Editorial Temis. Bogotá, 1995.
12. BAQUEIRO Rojas, Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México, 1996.
13. PACHECO Escobedo, Alberto. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Panorama Editores S. A. México, 1994.
14. VALENCIA Zea, Arturo. Derecho Civil Tomo IV. Editorial Temis, Bogotá, 1993.
15. PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo III. Editorial Porrúa. México, 1992.

16. FLORIS, Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. México. 1992.
17. IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Ediciones Ariel. Barcelona, 1995.
18. VENTURA Silva, Sabino. Derecho Romano. Editorial Porrúa. México, 1997.
19. GONZÁLEZ de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Editorial Trillas. México, 1996.
20. VÁZQUEZ Ferreyra, Roberto. Responsabilidad por Daños. Editorial De Palma. Buenos Aires. 1993.

LEGISLACIÓN.

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 1997.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 1997.

Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 1999.

Código Penal Anotado. Carrancá y Trujillo, Raúl. Editorial Porrúa. México, 1993.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa. México, 1998.