

00721
254



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

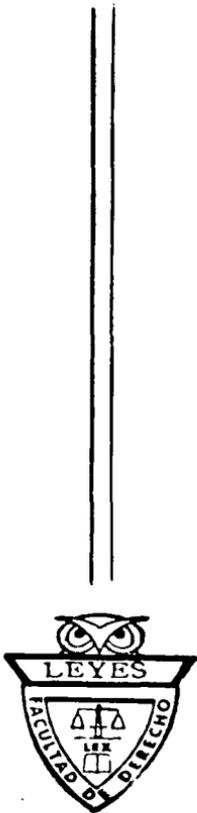
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO

PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE INTERDICCIÓN: ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE MEXICO Y ESPAÑA.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
TATIANA ELIZONDO PIÑA

DIRECTOR: MTR. ERIC TARDIF CHALIFOUR

CD. UNIVERSITARIA, A 10 DE DIC. 2003





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS
EDS/R/03

Ing. Leopoldo Silva Gutiérrez
Director General de la Administración
Escolar de la U.N.A.M.
Presente

La alumna TATIANA ELIZONDO PIÑA, ha elaborado en este seminario bajo la dirección del MTRO. ERIC TARDIF CHALIFOUR, la tesis intitulada "PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE INTERDICCIÓN: ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho

El MTRO. ERIC TARDIF CHALIFOUR, me ha comunicado que el trabajo se concluyó satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

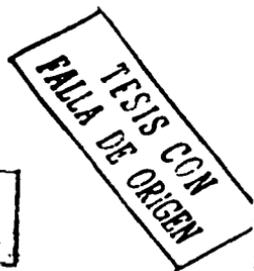
En mi carácter de directora del seminario, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna, TATIANA ELIZONDO PIÑA, ne inserto la leyenda que dice:

En sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó emitir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar para su titulación dentro de los seis meses siguientes contados de día a día a aquel en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

Atentamente
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria, noviembre 24 de 2003

LIC. SARA BIALOŠTOSKY
Directora



c.p. expediente

3

*A mi madre y padre, con todo mi
amor y gratitud.*

*A mis amadas hermanas Asifua y
Yiri, fuente de inspiración de vida y
del presente.*

*A mis maestros, por su generoso
legado en mi formación profesional.*

*A mi Director y amigo por su
irvaluable apoyo, en la realización
de este logro.*

**PATRIA POTESTAD EN EL CASO DE INTERDICCIÓN:
ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE MÉXICO Y ESPAÑA.**

INTRODUCCIÓN.

**CAPÍTULO PRIMERO.
MARCO TEÓRICO REFERENCIAL:
EL DERECHO COMPARADO**

1.1. Concepto.....	1
1.2. Objeto.....	4
1.3. Método.....	5
1.4. Relación con otras disciplinas de estudio.....	8
1.4.1. El derecho internacional público.....	9
1.4.2. El derecho internacional privado.....	10
1.4.3. La sociología.....	10

**CAPÍTULO SEGUNDO.
SEMEJANZAS ENTRE LAS LEGISLACIONES
DE MÉXICO Y ESPAÑA RESPECTO DE LA CAPACIDAD,
PATRIA POTESTAD Y TUTELA.**

2.1. Capacidad.....	12
2.1.1. Origen.....	12
2.1.2. Clasificación.....	13
2.1.2.1. Capacidad de goce.....	14
2.1.2.1.1. Concepto.....	14
2.1.2.2. Capacidad de ejercicio.....	17
2.1.2.2.1. Concepto.....	17

2.1.2.2.2. Capacidad substancial y procesal.....	18
2.1.3. Diversos grados de la capacidad.....	19
2.1.3.1. El concebido.....	20
2.1.3.2. El menor de edad.....	21
2.1.3.3. El menor de edad emancipado.....	23
2.1.3.4. La mayoría de edad.....	24
2.1.4. Diversos grados de incapacidad.....	25
2.1.4.1. Clasificación.....	28
2.1.4.1.2. Incapacidad natural e incapacidad legal.....	28
2.1.4.3. Plena incapacidad del concebido.....	29
2.1.4.4. El menor de edad no emancipado.....	29
2.1.4.5. Los mayores de edad incapacitados.....	29
2.1.4.6. El mayor de edad privado de sus facultades.....	30
2.2. Patria potestad.....	31
2.2.1. Concepto.....	31
2.2.2. Nacimiento.....	33
2.2.3. Deberes- derechos derivados de la misma.....	34
2.3. Tutela.....	40
2.3.1. Origen.....	40
2.3.2. Concepto.....	41
2.3.3. Especies.....	42
2.3.3.1. De los menores de edad.....	43
2.3.3.2. De los incapaces.....	43
2.3.4. Clases.....	44
2.3.4.1. Testamentaria.....	44
2.3.4.2. Legítima.....	45
2.3.4.3. Dativa.....	46

2.3.5. Sujetos.....	46
2.3.5.1. Tutor.....	47
2.3.5.2. Pupilo.....	49
2.3.6. Extinción.....	50

CAPÍTULO TERCERO.

DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES DE MÉXICO Y ESPAÑA RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD, EL ESTADO DE INTERDICCIÓN Y LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD.

3.1. Patria potestad.....	52
3.1.1. Prórroga y rehabilitación de la patria potestad en España.....	53
3.2. Interdicción.....	57
3.2.1. Incapacidad.....	57
3.2.2. Incapacitación.....	58
3.3. Declaración de Incapacidad.....	63
3.3.1. Procedimiento judicial.....	64
3.3.1.1. Jurisdicción y competencia.....	64
3.3.1.2. Postulación.....	67
3.3.2. Legitimación procesal.....	68
3.3.2.1. Respeto de los menores de edad.....	70
3.3.2.2. Respeto de presuntos incapaces mayores de edad.....	70
3.3.3. Intervención del Ministerio Fiscal.....	71
3.3.4. Medidas especiales del procedimiento.....	72
3.3.4.1. Medidas cautelares.....	72
3.3.4.2. Pruebas.....	75
3.3.4.3. Respeto de la sentencia.....	76

I

3.4. Declaración de incapacidad en México.....	77
3.4.1. Procedimiento judicial.....	77
3.4.1.1. Jurisdicción y competencia.....	78
3.4.1.2. Postulación.....	79
3.4.2. Legitimación procesal.....	80
3.4.3. Intervención del Ministerio Público.....	82
3.4.4. Medidas especiales del procedimiento.....	83
3.4.4.1. Jurisdicción voluntaria.....	83
3.4.4.2. Juicio ordinario civil.....	87
3.4.4.3. Medidas cautelares.....	88
3.4.4.4. Respeto de la sentencia.....	89

CAPÍTULO CUARTO.

LINEAMIENTOS PROPOSITIVOS PARA LA APLICACIÓN DE LA PRÓRROGA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

4. Objetivo de la adopción.....	91
4.1. Hipótesis normativas susceptibles de adopción.....	92
4.1.1. Primera hipótesis: la prórroga de la patria potestad.....	93
4.1.2. Segunda hipótesis: la rehabilitación de la patria potestad.....	95
4.2. Constitución.....	96
4.3. Contenido.....	97
4.3.1. Aspecto personal.....	97
4.3.2. Aspecto patrimonial.....	99
4.4. Terminación de la prórroga y rehabilitación de la patria potestad.....	100
4.5. La declaración de incapacidad.....	101
4.5.1. Justificación.....	101
4.5.2. Modificación del artículo 450 del Código Civil del Distrito Federal.....	103

7

4.5.3. La jurisdicción voluntaria y el juicio ordinario civil.....	103
4.5.3.1. Sistemática legislativa.....	104
4.5.3.2. Legitimación.....	105
4.5.3.3. La participación del presunto incapaz en el procedimiento.....	108
CONCLUSIONES.....	115

R

INTRODUCCIÓN.

El propósito de la presente tesis, es hacer un estudio sobre un nuevo mecanismo jurídico para la protección legal de los menores incapaces que alcanzan la mayoría de edad y personas mayores de edad con alguna causa de incapacidad, que buscan desarrollarse dentro de una sociedad en vías de desarrollo, pero inmersa en un mundo globalizado, pleno de exigencias sociales, económicas, políticas y sobre todo jurídicas. Se considera importante realizar el presente estudio, ya que en la actualidad y en nuestro país se da un tratamiento jurídico igual en cuanto a la extinción de la patria potestad tanto a menores incapaces como aquellos menores que adolecen de una incapacidad natural de ejercicio y que alcanzan la mayoría de edad sin que se extinga aquella, siendo que estos últimos no se encuentran en un estado de igualdad con respecto de aquellos, por sus mismas condiciones físicas y mentales.

Por lo expuesto, consideramos que las personas con discapacidad mayores de edad deben tener un tratamiento jurídico diverso a las medidas establecidas, teniéndose como hipótesis del presente trabajo, que se prorrogue la patria potestad -entendiendo a ésta como el conjunto de derechos y obligaciones que poseen ambos progenitores respecto de sus menores descendientes- respecto de menores de edad que al alcanzar la mayoría de edad, continúan con alguna causa natural que les limita o priva de su capacidad de ejercicio. Lo anterior con el objetivo de brindarles mayor protección a las personas que son incapaces por causa natural como ya se precisó, así como para garantizar el cumplimiento y goce de todas las obligaciones y derechos a que hemos hecho referencia, de aquellos

padres y madres que hasta el momento han venido cumpliendo cabalmente, y de tal forma que no tengan que caer en un supuesto jurídico como la tutela, que sin restarle ninguna importancia a esta institución, consideramos que no es la figura idónea para garantizar todos los derechos del incapaz mayor de edad ni de sus padres.

En nuestra opinión asumimos que quedan desprotegidos los incapaces al extinguirse la patria potestad por una presunción legal como lo es, que la plena capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad al alcanzar los dieciocho años de edad, teniendo que someterse a la tutela nombrándoseles un tutor, que en el mejor de los panoramas será alguno de los progenitores, o si no cualquier otra persona según las reglas que para tal efecto establece el Código Civil para el Distrito Federal.

La elaboración del presente trabajo tiene un contenido de utilidad pública, ya que se abordará el estudio de un supuesto hipotético en que se aportará un tratamiento jurídico que estimamos eficaz respecto de los incapaces mayores de edad por causa natural, con respecto a la extinción de la patria potestad.

El análisis que se desarrollará a lo largo del presente trabajo tiene como objetivo desprender los elementos característicos y fundamentales de tres figuras por igual importantes como lo son la capacidad, la patria potestad, y la tutela; examinando dos sistemas jurídicos, México y España, que si bien son de la misma familia jurídica, respecto de estas figuras existen diferencias en su regulación por lo que consideramos importante destacarlas con el

propósito final de su aplicación práctica con respecto a la hipótesis de estudio y de esta forma justificar a la misma.

Hemos seleccionado a España dentro de otros países de la familia jurídica romano-germánica, por dos razones fundamentales:

-La primera de ellas es por el aspecto histórico que vincula a este país con el nuestro, pues desde la llegada de los españoles a Tenochtitlán hasta el denominado periodo de "México independiente", este país estuvo regulado por legislación española, siendo esta la base primaria para la construcción de nuestro propio sistema jurídico, es por ello que encontraremos en este trabajo múltiples similitudes en la regulación de las figuras jurídicas materia del presente trabajo;

-La segunda razón la constituye el hecho de la situación socio-política en ambos países que bajo toda proporción guardada son compatibles, ya que España aún siendo miembro de la Unión Europea, no se encuentra entre los miembros más avanzados de la misma. Su situación social no se ha mostrado lo suficientemente evolucionada con respecto a otras sociedades, esto probablemente tiene su causa en la situación económica y política del país que le tomó más tiempo el llegar a estandarizar su nivel económico, político y jurídico para ingresar a la Unión Europea. Por su parte México es un país en vías en desarrollo, preocupado por la consolidación de una sociedad democrática, procurando sembrar una conciencia del respeto de los derechos humanos, de tolerancia entre los distintos grupos que conforma la sociedad mexicana en general. Así pues pensamos que son más los factores que tienen en común que los divergentes.

El tema se ha considerado importante no sólo por ser interesante y abrir las expectativas de un trabajo de recepción profesional, sino más allá de ello, es un tema que tiene un fuerte contenido social, que en el momento histórico que estamos viviendo adquiere mayor relevancia ya que cada día se buscan más y mejores espacios para las miles de personas que viven en nuestro país y que cuentan con alguna limitante a su capacidad física, psicológica y/o social.

Aprovechar las herramientas que brinda el derecho comparado ha sido uno de los objetivos de este trabajo, para lograr extraer la esencia de cada institución jurídica analizada y en esa medida adaptar los mejores elementos que contiene cada regulación, con el objeto de proponer una adición a nuestro Código Civil.

El desarrollo del trabajo comienza con una breve introducción al derecho comparado, para delimitar su alcance y contenido, acercarnos a su objeto, sus métodos y relaciones con otras ramas del derecho; en esta medida trazaremos la dirección del estudio comparativo.

Prácticamente para el caso que nos ocupa, vamos a estudiar las instituciones de derecho sustantivo de la **capacidad**, la **patria potestad**, y **tutela**; destacando primeramente la semejanzas que se tienen ambas legislaciones. Posteriormente se analizarán las discordancias, para llegar a una conclusión propositiva de importar esta figura al derecho mexicano.

La **capacidad** es la fuente de estudio, pues para poder hablar de incapacidad e interdicción es preciso saber que comprende a la capacidad en cuanto a sus clasificaciones, alcances y sujetos.

La **patria potestad** es la institución rectora de este trabajo, toda vez que la legislación española es mas adelantada que la legislación mexicana al establecer la prórroga de la patria potestad como un elemento jurídico eficaz en la protección de las personas que se encuentra en un estado de incapacidad ya sea dentro de la minoridad de edad o superada ésta.

El motivo de estudio de **la tutela** es fundamentalmente porque dentro de la legislación mexicana es la única figura que prevé la protección y representación de de los incapaces mayores de edad.

Finalmente proponemos la importación de esta figura previniendo su correspondiente adaptación al sistema jurídico mexicano.

CAPÍTULO PRIMERO.
MARCO TEÓRICO REFERENCIAL:
EL DERECHO COMPARADO

El objetivo del este capítulo es conocer de manera general qué es el derecho comparado, en qué consiste, cuál es su método y finalmente que relación tiene con otras ramas del estudio. Para establecer un marco teórico de referencia, que nos servirá para comprobar la hipótesis de estudio.

1.1. Concepto.

“El derecho comparado consiste en comprobar positivamente, por medios determinados y con un objeto fijo, lo que hay de particular y lo que hay de común entre dos o varios derechos nacionales o supranacionales, tomados en el amplio sentido de la palabra”.¹ De la definición aportada por el doctor Naojiro Sujiyama, podemos destacar dos elementos importantes: el primero de ellos refiere a la comprobación positiva, es decir, la obtención de un resultado tangible, y el segundo que lo llama “objeto fijo”, que significa, contar con un objeto delimitado, bien definido que nos permita obtener la comprobación positiva del estudio.

Mario Sarfatti, estudia al derecho comparado en dos contenidos: uno es la ordenación expositiva de los datos y otro, es el

¹ NAOJIRO Sujiyama, *Ensayo de una concepción sintética del derecho comparado*, Ed. Porrúa, México, 1941, p.37

examen comprobatorio. "El derecho comparado podrá ser un método de estudio sólo por lo que se refiere a la complicada ordenación de datos en forma puramente expositiva, y, esta exposición habrá preparado el examen comprobatorio, con una finalidad precisa, ver lo que hay de común en varios derechos positivos de distintos países".²

La comprobación requiere algo más que la exposición de textos legislativos, y con ello nos delimita bien las dos cuestiones a examinar: "la pura exposición de textos de diferentes legislaciones y la comprobación de tales datos para obtener los elementos que haya en común".³

Con los conceptos expuestos, podemos destacar que existen elementos coincidentes, pues ambos autores coinciden en que la comprobación de los datos es importante, así como, el extraer los elementos en común entre los cuerpos legislativos a comparar.

Por su parte, el maestro Solá Cañizares señala que el derecho comparado consiste: "en la comparación científica de sistemas jurídicos vigentes distintos, o de un aspecto de los mismos y de las causas que los han producido y los efectos que han resultado en los medios sociales respectivos".⁴

² SARFATTI, Mario, *Introducción al estudio del derecho comparado*, Imprenta Universitaria, México, 1945, p. 5

³ *Ibidem*, p. 6

⁴ SÓLA CAÑIZARES, F., en CANO LLOPIS, Manuel, *Introducción al Estudio del Derecho Comparado Metodología y Didáctica Práctica*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 1969, 41p.

Este último concepto, encierra un poco más de contenido sociológico, primero se enfoca a sistemas jurídicos que sin duda están vinculados con toda sociedad, lo cual no hace recordar la máxima del derecho romano *ubi ius, ubi societas*; en segundo término habla de comparar aspectos comunes o distintos, causas y efectos dentro de sus mismos medios sociales; por lo que podemos decir que este autor está más preocupado por la vinculación social que tiene esta disciplina de estudio.

El maestro Sánchez Román conceptualizó a esta disciplina de la siguiente manera: "Derecho comparado es aquella disciplina jurídica que tiene por objeto la comparación de los ordenamientos jurídicos de los distintos países".

El concepto que nos precede lo consideramos uno de los más concisos y a la vez no es uno de los más completos.

Considerando los elementos vertidos por cada uno de los autores citados, es preciso redondear un único concepto para efectos de este trabajo, sosteniendo que el derecho comparado es la disciplina jurídica cuyo objeto debe ser siempre delimitado, para obtener los aspectos comunes y discordantes de los textos jurídicos, ya sean legislación, doctrina, jurisprudencia, u otros, que sean sometidos a comprobación.

1.2. Objeto.

El derecho comparado se distingue de cualquier otra disciplina jurídica, por el hecho de asumir como propio objeto de estudio una pluralidad de ordenamientos jurídicos positivos, y de asumir como objetivo final, no tanto el conocimiento de cada uno de los ordenamientos examinados detalladamente, sino la confrontación entre ellos y el consiguiente análisis de las diferencias y de las analogías de estructura y de disciplinas que sean reconocibles.

Otras disciplinas jurídicas tienen como objetivo principal el conocimiento del derecho y de manera eventual la comparación como un instrumento para llegar a él. En el caso del derecho comparado el conocimiento de los diferentes ordenamientos constituye el presupuesto y, la comparación el fin principal.

El estudio de las instituciones jurídicas extranjeras, es el presupuesto indispensable de toda investigación comparativa en el campo del derecho, sin que esto se considere su objeto, pues éste lo constituye la comparación entre diversas instituciones jurídicas de distintos países, que son para adaptar los principios, métodos y construcciones dogmáticas del otro, sea simplemente para poner de relieve las disconformidades o las coincidencias.⁵

⁵ Al respecto véase, SIRVENT GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, ed.4ª, Ed. Porrúa, México, 2003, p.3

Hay que tener presente, que al realizar la comparación entre los diferentes ordenamientos jurídicos, no sólo concentrarnos en la actividad cumplida de la búsqueda y aplicación del derecho, sino además la que se realiza para crearlo, al igual que los condicionamientos de orden político- constitucional que sobre uno y otro tipo de actividad prácticamente influyen.

El derecho comparado diluye los prejuicios de nacionalidad y nos sirve para penetrar en las diferentes sociedades y culturas del mundo, contribuyendo así, a enriquecer el entendimiento entre los países; es de gran utilidad para la reforma de las leyes en los países en vías de desarrollo así como, para el crecimiento del propio sistema, de esta manera la actitud crítica que suscita, aporta más soluciones que las controversias doctrinales.

El resultado de una comparación de derechos ha de ser con fines vitales que respondan a una necesidad de aplicación práctica de nuevas normas que mejoren cierto aspecto de la vida nacional de un país. Se trabaja por algo y con un fin predeterminado.

1.3. Método.

La referencia que se hace del método, al estudiar una disciplina de estudio es obligada, pues éste es la base para acercarse al conocimiento de una disciplina, de manera científica.⁶

⁶ Método. -en sentido general, debe ser el procedimiento por medio del cual llega nuestra inteligencia a conocer la verdad.

Sobre la naturaleza del derecho comparado hay algunos autores que consideran que el derecho comparado no es una rama del conocimiento científico, sino únicamente un método de aquél, por lo cual es conveniente precisar este punto.

El derecho comparado como sistema, es una ciencia jurídica especulativa, que radica su fuerza en su rigor científico y en su sentido teleológico que contempla, sobre todo la experiencia de la vida para buscar la conducta más justa y conveniente en las diversas situaciones que pueden presentarse.

Cuando se hace comparación entre dos o más derechos, debe ser en consideración de la unidad del sistema jurídico. La función del jurista en la comparación, ha de girar sobre la investigación, elaboración del derecho normativo y aplicación actualizada de sus resultados, en función de su interpretación, sistematización e integración.

Como parte de la metodología, el comparatista debe tener agudeza en la investigación, ya que como nos dice el maestro Cano Llopis "tiene que ser un poco historiador, un poco filósofo del derecho y un bastante sociólogo, porque no puede desconocer los antecedentes históricos ni los fundamentos filosóficos de una construcción jurídica que va a operar y tiene que meditar sobre las consecuencias a que le va a llevar el derecho positivo que compara, incluso en sus aspectos

económicos y sociales.”⁷

Como ya hemos hecho referencia el derecho comparado se ocupa del derecho extranjero forzosamente, pero para hablar de derecho comparado deben mediar siempre reflexiones comparativas específicas acerca del problema del que tratan los estudios. La experiencia indica que la mejor forma de alcanzar esto consiste en que el autor defina en primer lugar los aspectos esenciales de los sistemas legales nacionales, país por país, para luego utilizar este material como base de la comparación crítica, terminando con conclusiones acerca de la política más apropiada por adoptar, lo cual exige una reinterpretación del sistema por el propio investigador.⁸

El método del derecho comparado tiene numerosas ventajas, una de las que podemos señalar es dentro del derecho nacional, que constituye una fuente de estudio para los profesionales del derecho, pues por ejemplo en el ámbito del poder judicial es una herramienta para interpretar las reformas legislativas que son adoptadas de legislaciones extranjeras. En este caso el Juez esta obligado a buscar las bases legales y doctrinarias del o los países que cuentan con esas instituciones jurídicas.

⁷ CANO LLOPIS, Manuel, *Op.cit.*, p. 76

⁸ Consideramos fundamentales estos lineamientos, porque querer entender los principios, básicos metodológicos derecho comparado, de forma diversa, nos llevaría a un trabajo desordenado sin ninguna utilidad práctica.

En razón de lo anterior, es necesario tomar en consideración todos los métodos que se emplean en la realidad para dirimir las diferencias. Estudiar a las diversas personas que participan en la vida jurídica, preguntándonos qué hacen, cómo y por qué se encuentran reguladas de tal forma, cuestionamientos todos que representan un eficaz trabajo para el derecho comparado.

1.4. Relación con otras disciplinas de estudio.

Los comparatistas al realizar sus investigaciones, lo hacen considerando diferentes países, lo cual puede hacerse en menor o mayor medida, o bien de acuerdo el estilo de cada sistema legal, los métodos de reflexión y los procedimientos que se emplean se engloban en ocasiones con el nombre de macrocomparación, en este caso, en vez de centrarse en problemas individuales concretos y sus soluciones, la investigación se concentra en los métodos de consulta de los materiales legales, los procedimientos para resolver y dirimir disputas o los papeles que desempeñan algunos actores dentro del sistema jurídico.⁹

La microcomparación se relaciona con instituciones o problemas legales específicos, es decir, con los principios a los que se recurre para resolver situaciones reales o conflictos de intereses particulares.¹⁰

⁹ Vgr. Es posible comparar diferentes técnicas legislativas, estilos de codificación y métodos de interpretación del derecho, así como exponer la importancia de los precedentes, la contribución de los académicos al desarrollo del derecho, entre otro.

¹⁰ ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, ed. 1ª, Ed. Oxford University Press, México, 2002, p 6

Resulta necesario con frecuencia el uso de ambos tipos de comparaciones al mismo tiempo, ya que a menudo es necesario estudiar los procedimientos mediante los cuales se aplican los principios a fin de entender por qué un sistema extranjero resuelve determinado problema de ésta o de aquella manera. Para ello es necesario apoyarse de otras ramas del conocimiento jurídico; algunas de las más cercanas son, el derecho internacional público y privado, la historia del derecho, y por último, la sociología.

1.4.1. El derecho internacional público.

Es indispensable no perder de vista que el derecho internacional público, constituye el llamado sistema jurídico supranacional por lo que el derecho comparado resulta indispensable para entender "los principios generales del derecho reconocidos por los países civilizados".¹¹

Hablar del reconocimiento de esos principios resulta difícil, por las diferencias de actitud básicas entre las potencias industrializadas y los países en vías de desarrollo. Uno de los objetivos del derecho comparado es determinar la mejor solución de un problema, por lo que, podríamos incluir como "principio general del derecho" la solución de un problema, que se presenta como la mejor, a partir de una evaluación adecuada del material sometido a comparación.

¹¹ Mismos que están definidos en el artículo 38 (1) c) del Reglamento del Tribunal Internacional de Justicia, como una de las fuentes del derecho internacional público.

1.4.2. El derecho internacional privado.

El derecho internacional privado, o conflicto de leyes, forma parte del derecho nacional positivo, mientras que el derecho comparado parece presentarse como una especie de ciencia pura; desde una perspectiva básica, el derecho internacional privado es más selectivo que comparativo. Por su parte, el derecho comparado se ocupa simultáneamente de varios órdenes legales, sin que ello implique por fuerza ningún objetivo práctico.

En otras palabras podemos decir que en la vinculación a la que aludimos, existe la coincidencia de que ambos parten de ordenamientos jurídicos distintos; pero mientras el derecho comparado los pone a todos en un mismo plano de investigación preocupándose exclusivamente de poner en evidencia coincidencias o disconformidades de normas o principios, en cambio el derecho internacional privado, se preocupa por determinar cuales de estas normas o de estos principios deben ser aplicados en las relaciones que tengan elementos objetivos o subjetivos de vinculación con ordenamientos jurídicos diversos.

1.4.3. La sociología.

La sociología jurídica, trata de penetrar en las relaciones causales que mantienen el derecho y la sociedad. Igualmente, busca descubrir la influencia que exige el derecho del cambio social, sea dicha influencia de tipo político, económico, psicológico o demográfico, lo que resulta muy difícil para la elaboración de teorías.

Desde hace mucho tiempo, los comparatistas saben que la única comparación provechosa, se aplica sólo a los principios que desempeñan la misma función y que por tanto abordan los mismos problemas o conflictos de intereses reales. También saben que deben desentenderse de sus propios conceptos doctrinales y jurídicos, así como librarse de sus propios contextos culturales para descubrir conceptos "neutrales" con los cuales describir dichos problemas o conflictos de intereses.

A la luz de la sociología jurídica, otro aspecto que debe de cuidarse en un estudio comparado, lo es el hecho de que el investigador debe allegarse de todas las fuentes posibles, no sólo ponderar la ley escrita, sino también las condiciones de los negocios, los usos y las prácticas, entre todas las demás cosas, que contribuyan a forjar la conducta humana en la materia de estudio.

CAPÍTULO SEGUNDO.
SEMEJANZAS ENTRE LAS LEGISLACIONES
DE MÉXICO Y ESPAÑA RESPECTO DE LA CAPACIDAD,
PATRIA POTESTAD Y TUTELA.

Para adentrarnos al tema que vamos a estudiar es primordial analizando tres figuras centrales del presente trabajo, buscando las similitudes en su contenido y regulación de los respectivos países.

Por una parte comenzamos con el estudio de la capacidad, que como elemento de la personalidad del ser humano, nos interesa estudiarlo sobre todo en los casos en que se ve mermada ya sea por causas naturales o legales.

En razón de la capacidad o incapacidad, estudiaremos las instituciones de la patria potestad y tutela, por ser las figuras consagradas para la protección de los menores e incapaces, respectivamente. De esta manera podremos advertir los beneficios que producen y la idoneidad de su aplicación, al caso concreto.

2.1. Capacidad.

2.1.1. Origen.

La capacidad jurídica en general, es el atributo de la personalidad que cobra mayor importancia, toda vez que el mismo constituye la idoneidad del individuo para ser sujeto de derechos subjetivos en general, ya que se le adquiere por el hecho mismo de su existencia y permanece hasta su muerte, puede decirse que "la

capacidad jurídica es el antecedente remoto de todos los derechos a que puede ser sujeto un individuo.”¹²

Se habla de existencia y no de nacimiento, porque desde el momento en que un individuo es concebido en el seno materno, nace a la vida jurídica gracias a la capacidad a la que aludimos, que lo vincula como sujeto de derechos aún antes del alumbramiento, protegiéndolo con todos los derechos que le corresponden de conformidad con la legislación aplicable.

De lo anterior, se desprende que el origen de la capacidad jurídica es la existencia biológica siendo un elemento fundamental como atributo de la personalidad, recordando que ésta es la conjunción de diversos elementos que dotan al ser humano de los requisitos fundamentales e indispensables para ser reconocido por el derecho como sujeto de derecho y obligaciones.

El jurista español Vicente Torralba, sostiene que: “El concepto de capacidad jurídica es puramente estático, ya que significa que, a través del mismo, el ordenamiento jurídico liga a aquél que tiene la titularidad de unos derechos y unas obligaciones. Se trata de un atributo de la persona ya que se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte.”¹³

2.1.2. Clasificación.

¹² MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones del derecho civil*, Tomo II, Ed. Porrúa, México, 1991 p.30

¹³ TORRALBA, Vicente, *Derecho Civil*, ed.2ª, Ed. EUB, Barcelona, 1995, p. 135

Tanto en el derecho español como en el mexicano la capacidad jurídica se clasifica en dos especies que a saber son:

- a).-La capacidad de goce.
- b).-La capacidad de ejercicio.

2.1.2.1. Capacidad de goce.

2.1.2.1.1. concepto.

El Maestro Rojina Villegas entiende por capacidad de goce como: "... la aptitud para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones".¹⁴

El concepto aportado, debemos señalar que coincide con la doctrina española, por ser una institución que desde su origen no evolucionado de manera tal, que haya incorporado nuevos elementos, por lo que serán semejantes.

"La capacidad de goce es elemento indispensable de la personalidad, que otorga aptitud a la persona para participar en la vida jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación."

15

En otras palabras podemos decir que no se puede concebir una noción de persona excluyendo de sí la capacidad de goce.

¹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Tomo I, ed.3ª, Ed. Porrúa, México, 1980, p.432

¹⁵ BONNECASE, Julián, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, México, 1945, pp. 377-378

Es el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal que enuncia la capacidad:

"Art. 22 La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que el individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente juicio."¹⁶

Como se mencionó en líneas atrás la capacidad de goce, puede entenderse como el presupuesto jurídico con el que cuenta todo individuo desde su concepción hasta la muerte, esto se desprende de las referencias doctrinarias aludidas, así como de nuestro derecho vigente. Ejemplos de lo anterior son la capacidad para heredar, la capacidad para recibir legados así como donaciones, que su deferimiento tiene validez jurídica aun cuando se hagan a favor de un hijo concebido no nacido.

Las legislaciones comparadas para establecer tal regulación, parten de los principios y figuras del derecho romano como lo es en la especie la del "*naciturus*" que es adoptada en los artículos citados.

El Maestro Domínguez Martínez coincide con los conceptos ya expuesto de capacidad de goce y subraya que "Ésta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es decir, es consubstancial al hombre, no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce".¹⁷

¹⁶ Las negritas son de la sustentante.

¹⁷ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil*, parte general. personas, cosas, negocio jurídico e invalidez., ed. 5ª, Ed. Porrúa, México, 1996, p.167

El maestro Mario Magallón Ibarra, la conceptúa de la siguiente manera: "Capacidad en su aspecto positivo consiste en la aptitud que tiene el individuo para disfrutar y cumplir por si mismo derechos y obligaciones. Cuando decimos disfrute nos estamos refiriendo al aspecto genérico de la capacidad, esto es, a su goce. Cuando hablamos de cumplimiento de derechos y obligaciones nos situamos ante la capacidad de ejercicio."¹⁸

Por lo que respecta al derecho español, las semejanzas son muchas ya que como lo señala Javier Fernández Merino "La capacidad es sinónimo de personalidad, es decir, la aptitud para ser activo o pasivo de relaciones jurídicas. Esta aptitud se presenta de dos manifestaciones:

- Capacidad de derecho, capacidad jurídica o capacidad de goce, es la aptitud del sujeto para la mera tenencia y goce de los derechos.

- Se denomina capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, la aptitud para el ejercicio de los derechos y para concluir actos y negocios jurídicos."¹⁹

Asimismo la capacidad jurídica como atributo de la personalidad, reúne los caracteres propios de ésta: fundamental, indivisible, irreductible y esencialmente igual, siempre y para todos los hombres.

¹⁸ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones del derecho...*, Op.cit.,31

¹⁹ FERNÁNDEZ MERINO, Javier, "El sujeto de la relación jurídica, modalidades, la persona y la personalidad" en BONET SÁNCHEZ, José Ignacio, (coord.), *Temas de derecho civil*, Vol. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1999. p. 119..

2.1.2.2. Capacidad de ejercicio.

La capacidad de ejercicio es la posibilidad de realizar, de ejercer derechos y obligaciones, como ya se mencionó más atrás sin embargo, de la mano de este concepto se encuentra otro aspecto llamémoslo negativo, que lo constituye la incapacidad del individuo de ejercer sus obligaciones y de sujetarse al cumplimiento de obligaciones. De éste hablaremos en puntos mas adelante.

2.1.2.2.1. Concepto.

“Capacidad de obrar es la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos, para ejercitar derechos sin necesidad de la intervención del representante legal. El concepto de capacidad de obrar es un concepto dinámico, ya que no se trata simplemente de la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, sino de ejercitar tales derechos y realizar los actos pertinentes respecto de las obligaciones.”²⁰

Este concepto es coincidente, con la doctrina mexicana, por las mismas razones expuestas, respecto del concepto de capacidad de goce, antes acotado.

Para el derecho español la capacidad de obrar es continente y variable. No existe en todos los hombres ni se da en el mismo grado. Para la capacidad jurídica, basta la existencia de la persona, pero para la capacidad de obrar requiere la inteligencia y la voluntad.

²⁰ TORRALBA Vicente, *Op.cit.*.

Se considera que tiene tres representaciones:

- La capacidad negocial.
- La capacidad procesal o de obrar en juicio.
- La capacidad penal o de incurrir en responsabilidad.

En derecho mexicano encontramos prácticamente los mismos elementos. La capacidad de ejercicio es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos, contraer y cumplir obligaciones. Recordando que es tan sólo una parte de la capacidad en general de las personas.

El Maestro Rojina Villegas define a la capacidad de ejercicio como: "... la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente".²¹

La capacidad de ejercicio implica estar en condiciones legales para realizar actos jurídicos válidamente, esto es, que cubran todos los elementos de existencia y requisitos de validez que la ley les impone para que tengan plena eficacia jurídica, como lo es la manifestación expresa y deliberada de la voluntad

La capacidad de ejercicio, igualmente se ve reflejada en la posibilidad que tiene el titular de actuar en juicios u otras instancias por su propio derecho, o sea por sí mismo.

2.1.2.2. Capacidad substancial y procesal.

²¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Tomo I, ed.3ª, Ed. Porrúa, 1980, México, p.433

La capacidad substancial se refiere a la aptitud para obligarse, para celebrar actos jurídicos, para contraer y cumplir personalmente sus obligaciones, para administrar y disponer libremente de los bienes.

Por capacidad procesal vamos a entender, la posibilidad de comparecer a juicio personalmente sin la necesidad de contar con un representante legal.

Cabe aclarar que el concepto de capacidad penal o de incurrir en responsabilidad, a que se refiere el derecho español, parte de la limitante legal de la edad, que se establece para determinar la presunta responsabilidad de un individuo con respecto a una conducta ilícita, es el caso de los menores de edad que no pueden ser consignados en un proceso penal, si bien la doctrina en México no incluye esta clasificación de facto si existe la misma restricción.

2.1.3. Diversos grados de la capacidad.

Para hablar de los diversos grados de capacidad, necesariamente debemos referirnos a las causas que provocan estos diferentes grados, y por lo tanto atender a dos elementos esenciales del hombre, que son la libertad y la igualdad, así pues podemos decir que la igualdad absoluta y esencial entre los hombres, no supone igualdad absoluta de derechos y deberes, toda vez que la igualdad ante la ley es meramente relativa, como resultante de una justa distribución de derechos y deberes, en relación con la aptitud que cada hombre posee para determinarse y actuar en la vida jurídica; en otra palabras podemos decir que la ley no puede prescindir de las desigualdades de la

propia naturaleza humana, y, considerando éstas, fija y regula la esfera de acción de cada individuo.

Es por esto que, el derecho crea normas jurídicas reguladoras de situaciones excepcionales que nacen para protección de quienes comprenden, así como de los individuos que los rodean. Robusteciendo lo anterior y retomando las ideas plasmadas líneas atrás podemos afirmar que, **siendo la capacidad jurídica un atributo esencial de todo hombre no todos los actos humanos surten eficacia jurídica, en cuanto a que sujeto que los realiza se halla privado de esa potencialidad jurídica susceptible de actuación, apta para ejercitarse válidamente.**

Algunos aspectos que van a trazar las directrices en los grados de capacidad lo son la edad, la nacionalidad, la salud o enajenación mental, entre otros.

2.1.3.1. El concebido.

Comenzaremos con la capacidad del concebido a la que ya se ha aludido. En primer lugar, el concebido por el hecho de serlo cuenta con la capacidad de ser designado como heredero, legatario o donatario, esto es que aún permaneciendo en el seno materno, la designación de ese individuo en las figuras señaladas es válida en la vida jurídica, siempre que no se consume una condición resolutoria

negativa consistente en que no nazca viable. Esta regulación es común a ambas legislaciones.²²

Hemos hecho referencia únicamente a derechos patrimoniales del concebido, aunque también cuenta con el derecho de ser reconocido como hijo legítimo o natural, no puede tener otra clase de derechos porque su propia naturaleza se lo impide, pero tampoco podemos dejar de observar que los derechos patrimoniales a los que hemos hecho referencia, pueden en determinadas circunstancias encerrar derechos reales que también serían válidos, como lo sería un derecho de usufructo sobre un inmueble destinado para habitación y ser legatario, situaciones como ésta nos dan una idea más precisa de lo amplio que puede llegar a ser este grado de capacidad que sin duda es la más limitada.

En conclusión, el nacimiento determina el comienzo de la personalidad, ya que el nacido puede adquirir derechos por todos los medios establecidos en la ley, pero, para poder ejercitarlos y para contraer obligaciones por sí mismo, se requiere una situación de madurez física y mental que generalmente se adquiere con la edad.

2.1.3.2. El menor de edad.

²² Art. 29 Código civil español.- El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones del artículo siguiente.

Art.30. Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno humano.

Art. 22 del Código civil para el Distrito Federal.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Toca ahora la oportunidad de estudiar la capacidad del menor de edad.

En el caso de los menores de edad desaparecen las limitaciones que tiene el concebido, pudiendo éstos adquirir bienes y derechos por cualquier forma legal, ya sea por enajenación, donación, herencia, contractual, prescripción. Igualmente, sus derechos patrimoniales se ven incrementados, los derechos personales continúan con importantes limitaciones, entre las que destacan que no es apto para contraer matrimonio en tanto no tenga la edad mínima que marca el Código Civil que en el Distrito Federal son 16 años para ambos contrayentes. Tampoco puede ser tutor ya que es requisito indispensable ser mayor de edad, ni ser adoptante por la necesidad que prevalece de que exista una diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado, ni tampoco cuenta con derechos políticos como lo son votar y ser votado, ni pertenecer a las fuerzas armadas de la República.

Por lo que, el menor de edad si tiene una mayor aptitud para ser sujeto de derechos patrimoniales pero de ninguna manera tiene plena capacidad jurídica para gobernarse a sí mismo y por lo tanto es sujeto de la patria potestad.

No obstante lo anterior, la minoría de edad, es un estado civil caracterizado por la dependencia y sumisión del menor a las personas que ejercen la patria potestad o la tutela respecto del mismo, por lo que se considera al menor como sujeto no apto para gobernarse a sí mismo, debiendo actuar por él quienes asumen su representación legal.

Doctrinarios españoles como Javier Fernández Merino, reconocen que cada vez tiene mayor importancia, la tesis de la capacidad natural del menor, según la cual, debe reconocerse al menor capacidad, incluso de obrar, en aquellos ámbitos en los que su desarrollo físico y mental lo admita. Tal corriente ha sido recogida por el Código Civil español en el artículo 162.1²³, al reconocer a los padres la representación legal de los hijos menores no emancipados. Excluye los actos relativos a derechos de personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, es decir los actos que el menor ejecutar por si mismo sin representante.

2.1.3.3. El menor de edad emancipado.

Para comenzar, la emancipación implica la situación intermedia entre la mayoría y la minoría de edad, considerando que al cumplir los dieciocho años de edad se adquiere la mayoría de edad. La emancipación se adquiere por tres circunstancias que a saber son: matrimonio del menor, por concesión de los que ejerzan la patria potestad y por concesión judicial.

Bonet Sánchez, sostiene: *"la emancipación en sentido técnico se trata de un negocio jurídico de Derecho de Familia, que tiene como principal efecto otorgar al menor de edad un estado civil intermedio entre la minoría y la mayoría de edad: el estado de emancipación."*²⁴

²³ Art. 161.- Los padres que ostentan la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. ... Se exceptúan:--- 1. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por si mismo.

²⁴ BONET SÁNCHEZ, José Ignacio, (coord.), *"El estado civil de la personas, capacidad de obrar: circunstancias modificativas"* en *Temas de derecho civil*, Vol. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, p.132

Como efectos de la emancipación en ambas legislaciones, ésta habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayoría de edad, no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales sin el consentimiento de sus padres o tutor. Sin embargo si cuenta con capacidad para comparecer a juicio. Por lo que el emancipado se equipara al mayor de edad, pero para ciertos actos necesita el complemento de capacidad de los padres o del tutor.

2.1.3.4. La mayoría de edad.

Es precisamente con la mayoría legal que surge la presunción legal de la plena capacidad de ejercicio por el sólo transcurso del tiempo, alcanzando los dieciocho años de edad establecidos como la edad legal y, por tanto los sujetos de ésta pueden disponer libremente de su persona y bienes, pudiendo comparecer a juicio.

El artículo 315 del Código Civil español establece "El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código"

Por su parte el artículo 24 del Código Civil para el Distrito Federal²⁵ confiere al mayor de edad la posibilidad de disponer libremente de sus bienes sólo con las limitaciones establecidas por la propia ley.

²⁵ Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.

El maestro Domínguez Martínez, sostiene que "la plena capacidad de ejercicio que permite al sujeto disponer libremente de su persona y de sus bienes, así como comparecer en juicio, en todo caso mediante la celebración y otorgamiento directo y personal de cuanto acto jurídico fuere necesario para ello, se alcanza cuando se es mayor de edad"²⁶

2.1.4. Diversos grados de incapacidad.

La pluralidad de casos de incapacidad ha llevado a la doctrina a clasificarlos, siguiendo una sistemática que permita un mejor estudio y regulación jurídica, ya que depende mucho de las causas que la originan como los efectos que producen cada una para el tratamiento que se les deba dar.

Es de suma importancia determinar que casos son los que conllevan una causa de incapacidad, para así advertirlos, tomando en cuenta los efectos que traen los actos o negocios jurídicos que se celebran en contravención con las normas sobre la capacidad, se pueden agrupar en tres clases tales efectos de conformidad con la regulación que existe tanto en México como en España, que a saber son:

a) El contrato celebrado por un incapaz, que no tenga el consentimiento, es nulo por inexistente.

²⁶ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil*, parte general, ed. 6ª, Ed. Porrúa, México, 1998, p.187

b) El contrato celebrado directamente por el incapaz que contenga cierto consentimiento, es susceptible de ser nulo por contener vicios en el consentimiento.

c) El contrato celebrado contra una prohibición de la ley es nulo de pleno derecho.

Dentro del derecho español se ubica a la incapacidad como fundada en circunstancias objetivas, como el menor de edad o el enfermo psíquico que no pueda gobernarse por sí mismo. "Incluso se puede distinguir entre incapacidad (carencia de capacidad debida a la edad) e incapacitación (concreción judicial de incapacidad debido a una causa de enfermedad determinada), la incapacitación puede afectar a una persona mayor de edad que previamente haya tenido capacidad plena de obrar".²⁷

En la cita inmediata anterior tenemos que en el derecho español existe una diferencia entre la minoría de edad y la incapacitación, ya que ésta supone la existencia de una causa natural (física, psicológica, etc) que limite la capacidad de obrar del individuo, pudiendo ser conjunta a la incapacidad legal (minoría de edad), o pudiendo sobrevenir una vez que ya es mayor de edad. Esta distinción nos parece elemental para el desarrollo de este trabajo, en primer lugar porque en México, no se hace a rango de ley dicha distinción, que bien valdría la pena hacerla y en segundo lugar porque esta calificación de la

²⁷, FERNÁNDEZ MERINO, Javier, "El sujeto de la relación jurídica, modalidades, la persona y la personalidad" en..., *Op.cit.*, p.120

incapacidad será el presupuesto indispensable para establecer la prórroga de la patria potestad.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo **450** establece:

"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 la supla".

III. (Derogado).

IV. (Derogado).

El Código Civil español en sus artículos 199 y 200 establece:

"Art.199 *Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley."*

"Art. 200 *Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma."*

De nueva cuenta constatamos que, una regulación redactada en los términos mas simples puede ser mucho mas eficaz; en el caso del precepto transcrito de la legislación mexicana, vemos que no puede dejar atrás el casuismo, trayendo problemas innecesarios para su interpretación y aplicación, un ejemplo positivo es la redacción del precepto español, que si bien es escueto no arroja ningún problema de aplicación o interpretación.

2.1.4.1. Clasificación.

2.1.4.1.2.. Incapacidad natural e incapacidad legal.

Cuando hablamos de incapacidad natural e incapacidad legal, se alude a la idea de que puedan concurrir ambas causas en un mismo individuo, que no obstante cuente con una incapacidad legal como lo es la minoría de edad, además cuenta con una incapacidad natural que le impide el pleno desarrollo en su esfera jurídica, al tener que actuar indirectamente esto es, no poder prescindir de un representante legal que vela por sus derechos, intereses y obligaciones.

Cabe puntualizar que los casos de incapacidad natural son prácticamente inconmensurables por ser tan variados los orígenes y los efectos que existen. Podemos citar al Maestro Domínguez Martínez que define a la incapacidad natural como "... la situación en la que un sujeto está, independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria que le impida querer y entender lo que hace..."²⁸, esto es, que sus actuaciones no son con voluntad plena sino limitada y por ello esto no puede crear consecuencias jurídicas sanas; en esta misma medida es imposible aplicar reglas especiales a cada caso, en este caso nuestra legislación actual les ha dado la misma regulación, que a otros sujetos que únicamente cuentan con una incapacidad legal.

Un aspecto que distingue en lo principal a la incapacidad natural de la legal, es que en la primera el estado psíquico anormal del sujeto

²⁸ DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil, Op.cit.*, p.189

es permanente, en cambio, en la incapacidad legal la transitoriedad es determinante, ya que alcanzando la mayoría de edad, el sujeto adquiere pleno goce de derechos y obligaciones.

2.1.4.3. Plena incapacidad del concebido.

Respecto del concebido es muy claro y sencillo comprender que posee una plena incapacidad de ejercicio, ya que la limitación a ésta es total, el concebido no tiene ninguna posibilidad de actuar u obligarse. La capacidad de goce que se le reconoce siempre se hará valer por medio de sus padres quienes tienen su representación tanto para adquirir los derechos, como para defenderlos de ser necesario.

2.1.4.4. El menor de edad no emancipado.

El menor de edad no emancipado, cuenta con una incapacidad legal considerablemente amplia, pues sólo puede tener derecho a la administración de los bienes que haya obtenido por su trabajo, nótese sólo la administración, ya que para realizar actos de dominio requiere del consentimiento de sus padres o tutores según sea el caso. Respecto de los bienes adquiridos por cualquier otro medio diverso al producto de su trabajo, estos recaen inmediatamente a la administración y resguardo de sus legítimos representantes, no cuenta con capacidad para comparecer por sí mismo a juicio siendo esta una obligación propia de sus representantes.

2.1.4.5. Los mayores de edad Incapacitados.

Primeramente habrá que determinar que entendemos por incapacitados y sin querer ser ambiciosos podemos decir que son aquellas personas que por una causa o motivo están privados de sus facultades mentales, situación que les incapacita para ser dueños de los actos que realizan, por lo que su cumplimiento carece de validez jurídica.

Quienes tienen una incapacidad natural y legal como lo señala el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, en cualquiera de los casos que señala cuentan con impedimento legal casi en todo lo que respecta a otorgar actos jurídicos por sí mismos, por lo que necesariamente deben contar con un representante legal que por ser mayores de edad recae en el tutor, pero aún así hay actos que como lo vimos en la capacidad de goce, algunas personas están tan limitadas que hasta derechos personalísimos se ven mermados, como lo es la prohibición para contraer matrimonio.

2.1.4.6. El mayor de edad privado de sus facultades mentales.

Es este grado de incapacidad el que cobra mayor relevancia en su estudio dentro de la presente investigación, pues encontramos que la capacidad de goce en este caso también se ve mermada en razón de las circunstancias especiales del individuo.

Tenemos que los mayores de edad privados de sus facultades mentales no ven afectados sus derechos patrimoniales siempre que tenga un representante legal, las que tendrán la potestad sobre la protección, aprovechamiento y administración de los bienes del pupilo.

Son los derechos personales los que sufren una mayor afectación en éste caso, verbigracia estos individuos tienen incapacidad para contraer matrimonio, la actualización de esta circunstancia durante la vida produce acción causal de divorcio, así como en materia familiar produce la suspensión de la patria potestad.

2.2. Patria potestad.

2.2.1. Concepto.

Un concepto de la patria potestad en el derecho español se expresa como "...el conjunto de deberes y derechos que los padres tienen sobre los hijos menores de edad, no emancipados, a efecto de su protección y formación."²⁹

Por su parte Luis Cisneros Guillén sostiene: "... podemos considerar la patria potestad como el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos."³⁰

En México el maestro Galindo Garfias, dice: "...la patria potestad es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad".³¹

²⁹ TORRALBA, Vicente, *Op.cit.* p.227

³⁰ CISNEROS GUILLÉN, Luis, "*La patria potestad, elementos personales, efectos en cuanto a la persona y bienes de los hijos*" en..., *Op.cit.* p. 347

³¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, ed.10, Ed. Porrúa, México 1990, p.670.

Ambroise Colin y Henry Capitant, sostienen que la patria potestad es "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados".³²

Por su parte Marcel Planiol define a la patria potestad como "El conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales".³³

Tomando en cuenta los conceptos apuntados podemos aportar un propio concepto que a saber es la autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados.

El Código Civil español regula la patria potestad en los artículos del 154 al 171, que naturalmente han sido reformados en varias ocasiones, como es el caso de la Ley 11/1981, de 13 de mayo y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección del menor.

En nuestro Código Civil para el Distrito Federal, la patria potestad esta regulada en los artículos 411 al 448.

³² COLIN Y CAPITANT, Tomo II, p. 20 en GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Ibidem*

³³ PLANIOL Marcel, *Tratado elemental de derecho civil*, Tomo II, Traducción de la 12ª edición, Ed. José Ma. Cajica Jr. Puebla, p.251

Entre los varios aspectos semejantes que guardan estas instituciones en las legislaciones comparadas, se observa que el ejercicio de la patria potestad está conferido a ambos progenitores, esto es un elemento muy importante para la hipótesis planteada en el presente trabajo, pues lo que pretendemos es que en aquellos menores de edad que cuenten con una causa de incapacidad natural que permanezca hasta alcanzar la mayoría de edad, se prorrogue la patria potestad, en lugar de que entren bajo la protección de la tutela, que es el caso de México, como veremos más adelante la tutela corresponderá en el mejor de los casos a uno de los progenitores, sin que éste tenga el derecho de poder exigir al otro, le apoye en el cargo.

Por lo que es siempre preferible que continúen obligados, ambos progenitores al cuidado, protección, representación del incapaz, con el objetivo de garantizarle un mejor futuro.

2.2.2. Nacimiento.

En cuanto a la institución de la patria potestad tenemos que esta es una institución surge de la relación paterno filial, y de la cual deriva la protección al menor, ya que los deberes y derechos que de ella se derivan, no dependen de la celebración del matrimonio, sino únicamente de la procreación, o de la adopción que impone a cargo de los padres, la ineludible obligación de proveerles la atención y educación más conveniente.

La patria potestad esta constituida por un conjunto de poderes, para colocar a los titulares de la patria potestad en la posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos. La facultad, la obligación y el poder se confieren para el cumplimiento de un deber.

Un elemento primordial de la naturaleza jurídica de la patria potestad se trata de que, si bien es cierto que es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público.

Así pues, la patria potestad esta constituida por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de derechos y obligaciones, los cuales se basan para su cumplimiento en los lazos de afectividad, que existen entre el progenitor y el menor de edad.

Como consecuencia de lo anterior tenemos que la patria potestad, para ambas legislaciones, es irrenunciable, intransferible e imprescriptible. Cabe hacer un breve acotamiento con respecto de la segunda calidad, ya que en el derecho español existe disposición legal expresa que por convenio de los padres uno puede ceder al otro el completo ejercicio de la patria potestad, aunque la regla general que impera es que se ejerza por ambos progenitores. Por cuanto hace a las otras dos calidades tienen el mismo sentido en ambos ordenamientos civiles.

2.2.3. Deberes- derechos derivados de la misma.

Antes de señalar los deberes y derechos que implica el ejercicio de la patria potestad, es preciso atender de manera breve al contenido de la misma, que abarca dos aspectos sustanciales, en primer lugar el carácter ético que implica el deber de salvaguardar el interés de la prole y un aspecto social íntimamente relacionado con el primero que constituye que los padres tienen la obligación de formar seres humanos útiles a la sociedad.

Hasta el momento hemos ponderado el aspecto de la responsabilidad de los padres, sin embargo no podemos perder de vista que también los hijos están obligados a mantener determinada conducta, siempre guiada por el respeto entre las partes.

De las relaciones jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de la correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en el que se encuentran los hijos menores de edad, comprende el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia.

En cuanto a su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, comulgamos con la opinión del maestro Ibarrola³⁴ quien lo considera el fundamento ético de las relaciones paterno filiales, de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia a quienes ejercen esta autoridad sobre el hijo.

³⁴ Al respecto, para abundar véase: DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, ed.3ª, Ed. Porrúa, México 1984,

En primer lugar puntualizaremos las obligaciones a cargo de quienes ejercen la autoridad sobre los descendientes menores de edad, en el caso de la legislación mexicana.

1.- El cuidado y la guarda de los hijos: según el artículo 303 del Código Civil, corresponde el deber de suministrar alimentos a los descendientes que estén bajo la autoridad paterna;

2.- La dirección de su educación: según lo establece el artículo 422 del Código Civil, las personas que tengan bajo su patria potestad o custodia corresponde la obligación de educarlos convenientemente;

3.- El poder de corregirlos y castigarlos: que de conformidad con el artículo 423 del Código Civil, no implica que se ejerza sobre los descendientes actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica;

4.- La obligación de proveer a su mantenimiento: que esta inmersa en la obligación de alimentos;

5.- La representación legal de la persona del menor, toda vez que el artículo 424 del Código Civil, contiene la prohibición legal que tienen las personas sujetas a la patria potestad para comparecer a juicio ni contraer ningún tipo de obligación sin el consentimiento de quienes la ejercen; y

6.- La administración de los bienes del menor: se contiene en los artículos 425 y 427 del Código Civil, sin embargo se excluyen de esta

responsabilidad los bienes y usufructos que el menor ha adquirido como producto de su trabajo. En cuanto hace a los bienes adquiridos por el menor ya sea por herencia, legado, donación, el maestro Ignacio Galindo Garfias afirma: *"la propiedad y la mitad del usufructo le pertenecen; en tanto que la administración y la otra mitad del usufructo, corresponde a las personas que ejercen la autoridad paterna."*³⁵

En el caso del derecho español este contiene prácticamente las mismas obligaciones, en cuanto al aspecto personal se establece en el **"Art. 154: los padres están *obligados a velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral*"**.³⁶

En los términos del artículo antes citado los deberes y facultades de los padres, consisten en:

- Velar por los hijos, esto es, que se ejerza en beneficio del hijo y de acuerdo a su personalidad,
- Tenerlos en su compañía, por ser el medio para cumplir con los deberes que se les imponen, para el caso de que no vivan juntos el Juez decidirá cual de los dos es el más adecuado para estar al cuidado del menor;
- La representación de los menores,

³⁵ *Op.cit.* P.683.

³⁶ Las negritas son de la sustentante.

- La obligación de alimentar a los hijos, educarlos y procurarles una formación integral, y por último.

- Con el fin de cumplir con estas obligaciones se les concede la facultad de corregir razonable y moderadamente a los hijos, recabando el auxilio de la autoridad.

Este es un aspecto, que de la simple lectura se puede verificar la semejanza que existe en las disposiciones confrontadas. Por otra parte el contenido de el artículo 156 párrafo 1º del Código Civil de España, se desprende: *"la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad."* Asimismo en otra parte establece que en caso de ausencia, incapacidad, imposibilidad o fallecimiento de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

En cuanto a la representación legal, el artículo 154 del Código Civil en comento, la atribuye a los padres así como la administración de sus bienes.³⁷

Por lo que hace a la administración de los bienes, éstos son exactamente los mismos que en nuestro derecho positivo, ya que los artículos 164 y 165 del Código Civil español, disponen que al primero, los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia

³⁷ Art.154 "... La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:--- 1.....2.Representarlos y administrar sus bienes.---Si los hijos tuvieran suficiente juicio deberán ser siempre oídos antes de tomar decisiones que les afecten".

que los suyos propios. Dentro del mismo artículo se excluyen de tal obligación:

1.- Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa, es este caso se cumplirá estrictamente la voluntad de aquel respecto de la administración de estos bienes y destino de frutos;

2.- Los adquiridos por su sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad,

3.- Los bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria.

Otras semejanzas entre los códigos confrontados es que los padres tienen la obligación de rendir cuentas sobre la administración de los bienes y usufructos a los hijos cuando estos se emancipen o bien salgan de la patria potestad. Una más es en cuanto a las excepciones de la representación que hay sobre los hijos, ya que ambas coinciden en cuanto a los derechos personalísimos, como lo es contraer matrimonio, que pueden hacerlo cuando las condiciones de madurez así lo permitan, en caso de España la edad mínima para contraer matrimonio es de 14 años mientras que en México es de 16 años.

Otro derecho personal es, la libertad de otorgar testamento a partir de los catorce años de edad, de conformidad con lo dispuesto en

los artículos 663 español y 1306 mexicano los que establecen 14 y 16 años respectivamente para adquirir la capacidad legal de testar.

2.3. Tutela.

Es preciso hacer constar que no es el objetivo del presente estudio, ser exhaustivo en la investigación de la tutela ya que lo que se pretende es patentizar la similitud tan amplia que existe en la regulación de la misma, en las legislaciones comparadas. Sin embargo, en la legislación española existe la figura de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la misma, con el objetivo de establecer más mecanismos tendentes a garantizar la protección de los incapaces.

Así pues, el tema enunciado lo abordaremos de manera general, precisando pequeñas distinciones que encontremos en la comparación de la legislación civil.

2.3.1. Origen.

La tutela tiene su origen cuando el menor no está sujeto a la patria potestad o los mayores de edad continúan con una incapacidad natural. Se trata pues, de una institución supletoria de la patria potestad que tiene como objeto proveer la representación, la protección y la asistencia de aquellos que no son capaces de gobernarse a sí mismos en cuanto a sus derechos y persona. También tiene aplicación legal cuando surgen conflictos entre el menor y quienes ejercen la patria potestad entrando esta figura en protección del menor y en los casos de declaratoria judicial de interdicción de mayores de edad a

quien se les nombra un tutor para su representación, protección y asistencia.

La tutela tiene por misión la guarda, protección y representación de los menores no emancipados y de los judicialmente incapacitados que no estén sujetos a la patria potestad, así como a la administración de su patrimonio, necesitando la autorización judicial el tutor para los actos y negocios de mayor trascendencia relativos a los que están bajo tutela.

2.3.2. Concepto.

Tutela viene del latín, deriva del verbo *tueor* que significa preservar, sostener, defender o socorrer. Por lo que nace una idea de protección. En sentido amplio es "el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria -en su beneficio- tal protección."³⁸

"La tutela es la función judicial confiada a una persona capaz y que consiste en cuidar de la persona de un incapaz y administrar sus bienes."³⁹

Este concepto aportado por uno de los grandes maestros del derecho civil, Marcel Planiol resulta ser muy completo y a la vez

³⁸ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo VI, ed. 1ª., Ed. Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, México, 896p.

³⁹ PLANIOL Marcel, en CISNEROS GUILLÉN, Luis, "La Tutela, Concepto y Clases. Órganos de la Tutela: Designación y Funciones. Extinción de la Tutela. Curatela, Defensor Judicial", *Op.cit.*, p.359

sencillo, ya que en pocas líneas, encuadra los elementos primordiales de la tutela. En primer lugar enfatiza que es una función judicial, ya que debe ser declarada y reconocida judicialmente para que surta todos sus efectos. En segundo lugar únicamente puede recaer en una persona capaz, y aquí excluye a todos los que puedan excusarse, o estén impedidos para realizar tales actividades; en tercer lugar menciona cuidar de la persona de un incapaz sin distinguir quienes pueden serlo, lo que nos parece atinado, ya que eso es materia del estudio de la institución, mas no de su concepto; por último y en cuarto lugar refiere a la administración de los bienes que es una de las responsabilidades que tiene conferidas el tutor, que por ejemplo en el caso de los emancipados es la más importante independientemente del cuidado y representación.

2.3.3. Especies

La tutela resulta aplicable en dos casos concretos de conformidad con la legislación comparada, que a saber son: por un lado frente a los menores de edad que no siendo emancipados, tampoco se encuentran sujetos a la patria potestad, por lo que al tener una incapacidad legal que les impide actuar por sí mismos, entran bajo la protección de la tutela, y la segunda que consiste en proteger a los incapaces. En este caso puede ser un menor de edad que además de estar en cualquier supuesto de los mencionados líneas atrás, este haya sido judicialmente declarado incapaz,⁴⁰ o bien que se trate de una persona mayor de edad que igualmente se haya declarado incapacitado judicialmente.⁴¹

⁴⁰ Solo en el caso de España se pone la declaración de incapacidad respecto de menores.

⁴¹ Al respecto podemos abundar: véase PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*; ed. 1º, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid España, 1989.. 563.

2.3.3.1. De los menores de edad.

Estarán sujetos a tutela los menores que no estando emancipados no estén bajo el amparo de la patria potestad, ya sea porque nunca estuvieron sujetos a la misma, por filiación desconocida, porque los padres no puedan ejercerla, sea por muerte, pérdida de la misma, incapacitación, declaración de ausencia, o bien porque los menores por cualquier motivo diverso se encuentren en estado de desamparo.

De conformidad con el artículo 450 del Código Civil del Distrito Federal, los menores de edad que cuenten con una causa de incapacidad tanto legal como natural, son de los principales beneficiarios de la tutela.

2.3.3.2. De los incapaces.

En este caso se requiere de dos elementos: una de la sentencia que declare el estado de interdicción para caso mexicano, y en España se declara incapacitación o modificación de la misma, y otro que no proceda la sujeción del incapaz a la patria potestad, en el caso de México porque sea mayor de edad, y en el caso de España además porque proceda la prórroga o rehabilitación de la patria potestad o bien que cualquiera de estas hayan cesado.

De estas personas se ocupa en su fracción II el multicitado artículo 450.

"Art. 450. *Tienen incapacidad natural y legal:*

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico. Psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol. Los psicotrópicos o los estupefacientes siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio”.

2.3.4. Clases.

La tutela se clasifica bajo tres criterios, por la forma de su deferimiento, por su contenido y por sus términos de duración. Las primeras son testamentarias, legítimas y dativa, y en las restantes caben las divisiones de ordinarias y esenciales, plenas y restringidas, definitivas y provisionales o interinas.

Para efectos del presente trabajo sólo nos ocuparemos del primer criterio de clasificación.

2.3.4.1. Testamentaria. La designación de tutor se realiza por el padre o la madre en su testamento o documento público notarial.

Como hemos dicho es mediante la declaración de la última voluntad, hecha por el ascendiente supérstite o adoptante del sujeto sobre quien se ejerce la tutela o patria potestad, o bien por el testador que deje bienes a un incapacitado, limitándose en este último caso a la administración de dichos bienes.

Un aspecto que debemos resaltar en este caso es, que sólo puede nombrar tutor testamentario quien ejerce la patria potestad del

menor o del incapaz, por lo que en los casos en que un menor de edad cuente con una causa de incapacidad natural que persista cuando éste alcance la mayoría de edad, si sus padres no designaron tutor testamentario durante la minoría de edad, ya no pueden hacerlo cuando éste sea mayor de edad; por lo que tendría que declararse a uno de ellos tutor a través de un procedimiento ordinario civil, para que una vez teniendo ya la representación legal de aquél, entonces pueda designar a su vez en testamento, un tutor para su pupilo.

2.3.4.2. Legítima.- Es la que se da en virtud del mandato contenido en la Ley. En este caso, para ser otorgado, el nombramiento sigue una prelación en razón del parentesco, desde el inmediato filial hasta colateral en cuarto grado. Esta especie, es aplicable en defecto de la anterior y obviamente cuando no haya quién ejerza la patria potestad. En el caso en que haya pluralidad de candidatos para el cargo, el Juez deberá elegir al mas conveniente para la protección del menor o incapaz, o bien en caso de que el primero hubiere cumplido 16, que ya puede hacer la elección.

La prelación del cargo tutelar en caso de los menores de edad, le corresponde desempeñarla a los hermanos prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas, por falta o incapacidad de los éstos les corresponderá a los demás colaterales dentro del cuarto grado (483 Código Civil)

Para el caso de los mayores incapacitados, el orden es diferente: primeramente los cónyuges, que son los tutores legítimos entre ellos; en defecto de éstos, lo serán los hijos mayores de edad del

padre o madre viudos.⁴²

En el caso de los mayores incapaces solteros les corresponderá a los padres, que de acuerdo con uno de los principios del derecho familiar, **ellos son por derecho tutores de sus hijos solteros o viudos, en éste caso únicamente uno de los padres podrá ser el tutor.**

A falta de los anteriores, tendrán que ser llamados sucesivamente, los ascendientes en primer grado de ambas líneas, y luego los hermanos hasta llegar a los demás parientes colaterales en cuarto grado.

2.3.4.3. Dativa.- Es designada por el Juez, en defecto de la tutela testamentaria y legítima.

La tercera y última es otorgada al arbitrio del juez competente, seleccionándose el presunto titular de una lista otorgada por el Consejo de Tutelas en los supuestos en que no sean procedentes ninguna de las anteriores. Igual que en el caso anterior, el mayor de dieciséis años tiene el derecho de seleccionar el tutor.

2.3.5. Sujetos.

Para poder entender cabalmente a la tutela, es indispensable saber quienes son los sujetos que intervienen en ella. El ejercicio corresponderá al tutor que será una persona que satisfaga todos los

⁴² Esta última disposición no debe interpretarse de manera literal y limitativa, sino debe entenderse que en el caso que haya prosperado una nulidad de matrimonio, un divorcio o cualquier otra situación en la que los padres se encuentren solos, les corresponderá a los hijos el desempeño de la tutela.

requisitos de ley, para ejercer el cargo con todas las responsabilidades que implica. El sujeto quien entra bajo la protección , se le llama pupilo, ya veremos quién puede serlo y qué papel le corresponde.

2.3.5.1. Tutor.

Sólo pueden ser tutores las personas físicas con capacidad plena y sin impedimento o excusa legal que las haga inhábiles mediante declaración judicial. Por excepción se faculta a las instituciones de crédito para desempeñar el cargo, pero es evidente que dicha guarda se construirá a la administración y disposición de bienes pues el cuidado personal del pupilo debe ser ejercido por una persona física que, en todo caso actuaría como delegado o representante permanente.

La designación del tutor requiere darse a conocer formalmente a la persona nominada a fin de que manifieste si acepta y presta, en su caso, las garantías necesarias para que el juez proceda al discernimiento el cargo, a lo cual requiere que el tutor previamente asegure las responsabilidades en que pudiere incurrir.

Corresponde al tutor ejercer una asistencia directa sobre el pupilo, y no sólo de control sino también de orientación en sus actividades ordinarias; de manera que tratándose de la tutela definitiva y ordinaria, la guarda personal, es la principal atribución a su cargo. El incapacitado goza de un domicilio especial que es el de su tutor, de tal manera que aún por lo que se refiere a sus actos personalísimos, allí se le considera que reside habitualmente junto con su tutor.

El tutor representará al incapacitado en juicio y fuera de él y en todos sus actos civiles con excepción de los estrictamente personales, entre los que se incluyen el matrimonio, el reconocimiento de hijos y el otorgamiento y revocación de testamento.⁴³

Al terminar o extinguirse la tutela, el tutor está obligado a entregar al pupilo los bienes bajo su cuidado, conforme al resultado de la cuenta general aprobada, sin que la demora procesal en la resolución de dicha cuenta, retrase la restitución procedente para la posesión y administración ordinaria de aquellos bienes.

El tutor está obligado a responder de los daños y perjuicios que le cause al pupilo, ya sea por el incorrecto desempeño de su cargo, como por rehusar o renunciar injustificadamente del cargo. No obstante que este cargo es obligatorio y de orden público, la ley prevé una retribución por su desempeño, que se obtiene a cargo de los bienes del menor o incapaz.

Un aspecto discordante entre las legislaciones comparadas es respecto de la figura del curador, mientras que en nuestro país el curador es el encargado de vigilar el desempeño del tutor en su encargo, en el caso de España, el curador tiene la obligación de asistir al pupilo en los actos en que así se haya determinado en la sentencia de incapacitación. Lo anterior es en razón de que si la persona está limitada en su capacidad sólo en determinados actos, no tiene sentido

⁴³ Art.267 (Código Civil Español) El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.

que tenga un tutor y curador, sino que basta la mera asistencia de éste último para subsanar la incapacidad del pupilo.

Cuando el Juez nombra al tutor, puede hacerlo únicamente en una sola persona, que se encargue de la administración de la persona y los bienes del pupilo o bien puede asignar a dos tutores uno que se encargue de los bienes y otros de la persona. Todo esto es coincidente entre México y España.

2.3.5.2. Pupilo.

Como lo hemos mencionado en párrafos precedentes, la persona que entra en la protección de la tutela, puede serlo un menor de edad, que no tenga quien ejerza la patria potestad sobre él, o bien sea emancipado y requiera de un tutor para realizar los actos jurídicos de acuerdo a su limitada capacidad de ejercicio. Asimismo, están los incapaces o incapacitados mayores de edad que en el caso de la legislación mexicana no tienen otra opción jurídica de recaer en tutela. En conclusión todas las personas que son sujetos de la protección de la tutela se les llama pupilos.

Ciertamente los pupilos tienen obligaciones, así como vimos algunas de las que le corresponden al tutor, el pupilo por su propio estado de incapacidad tanto natural como legal, no está revestido de múltiples obligaciones pero si de una importante que es el de guardar respeto y obediencia al tutor en todo momento, obligación que de sólo mencionarla pareciera ocioso precisarla, pero es un mínimo que corresponde al pupilo con respecto a las múltiples y estrictas

responsabilidades del tutor.

Aparejada a esta obligación del pupilo, la ley otorga una facultad al tutor que consiste en la posibilidad de corregir moderadamente al pupilo e incluso solicitar el auxilio de la autoridad judicial para alcanzar tales medios.

2.3.6 Extinción.

En cuanto a este rubro prácticamente son los mismos casos de extinción de la patria potestad, existiendo dentro de nuestra legislación otros casos que se precisarán a continuación.

Las causas que son coincidentes en ambas legislaciones son:

a.- Cuando el menor cumpla los 18 años de edad, alcanzando con ello la mayoría de edad; ya que se presume que es capaz, por lo que puede gozar y ejercer todo tipo de derechos y obligaciones.

b.- Por adopción del tutelado menor de edad; pues el acto jurídico de la adopción implica que el adoptante adquiere la patria potestad sobre el menor adoptado.

c.- Por fallecimiento del tutelado; no hay mayor comentario que hacer al respecto.

d.- Por concesión del menor del beneficio de la mayor edad; esto es por que al existir una sentencia judicial en la que Juez concede

este beneficio, es porque seguido el procedimiento conducente, el menor demostró tener la capacidad de actuar por si mismo.

e.- Por recuperación de la patria potestad por su titular, cuando la tutela se hubiera originado por su privación o suspensión; se trata del supuesto en que se haya suspendido o privado del ejercicio de la misma, por determinada causa, pero al momento en que la situación jurídica que la originó cambia, da lugar a la extinción de la tutela.

f.- Por resolución judicial que ponga fin a la incapacidad o la sustituya por la curatela, esto último en el caso de España.

Las causas que son adicionales en el derecho mexicano son:

1.- En virtud de reconocimiento del hijo nacido fuera de matrimonio que hubiera sido reconocido por alguno de los ascendientes y que por este hecho hubiera entrado en tutela.

2.- Por muerte del tutor, en este caso sus herederos o ejecutores deben dar aviso al juez quien proveerá inmediatamente de un tutor al pupilo.

3.- Por remoción del tutor, ya sea por sobrevenirle alguna causa de incapacidad o bien de inhabilidad.

CAPITULO TERCERO

DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES DE MÉXICO Y ESPAÑA RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD, EL ESTADO DE INTERDICCIÓN Y LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD.

El objeto del presente capítulo es destacar las diferencias más trascendentes en tres rubros, para estar en aptitud de hacer críticas constructivas y formarnos una opinión que nos permita idear adecuaciones a los mismos.

Comenzamos con el caso de la patria potestad, pues advertimos una modalidad de ésta en el derecho español, que corresponde su aplicación respecto de personas en estado de interdicción.

Seguiremos con el estado de interdicción, es fundamental esclarecer el contenido de este concepto y sus especies. Finalmente analizaremos los procedimientos de declaración de incapacidad, ya que en este rubro hemos distinguido múltiples diferencias.

3.1. PATRIA POTESTAD.

Se incluye dentro de este capítulo a esta figura, porque si bien, en el capítulo que antecede, distinguimos las semejanzas en la regulación entre en ambas legislaciones, y comprobamos que prácticamente son iguales, pues bien, ahora nos toca estudiar la figura de la prórroga y rehabilitación de la patria potestad, figura que no existe en México, y que consideramos bastante atinada por su sencillez en la regulación y eficacia en los resultados.

3.1. Prórroga y rehabilitación de la patria potestad en España.

El artículo 171 del Código Civil español, dispone la regulación de la prórroga de la patria potestad, que a la letra dice:

"Art. 171. La patria potestad sobre los hijos que hubieren sido incapacitados, quedará **prorrogada por ministerio de la Ley** al llegar aquéllos a la **mayor edad**. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad. La patria potestad prorrogada **en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título.**

La patria potestad prorrogada terminará:

*1º Por la **muerte o declaración de fallecimiento** de ambos padres o del hijo.*

*2º Por la **adopción del hijo**.*

*3º Por haberse declarado la **cesación de la incapacidad**.*

*4º Por haber contraído **matrimonio el incapacitado**.*

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá tutela o curatela según proceda.⁴⁴

Del precepto transcrito se advierte una figura jurídica ajena a nuestro sistema jurídico, la cual elogiamos por constituirse con el propósito de proteger de manera más eficaz a los incapaces.

⁴⁴ Las negritas y el subrayado son de la sustentante.

Esta figura es pues, el objetivo fundamental de nuestro trabajo ya que, como lo cita el maestro Jerónimo López Pérez "siendo la patria potestad el poder familiar tuitivo por excelencia, lógico y justo es que, cuando llegada la mayoría de edad, subsisten las causas de incapacitación y vive el titular de la patria potestad, sea éste y ningún otro, quien en base al mismo título que se prórroga, siga encomendado de la guarda y custodia del incapacitado, su representación y la administración de sus bienes e intereses, a no ser que haya tenido lugar la suspensión o privación de la patria potestad, en cuyo caso entrarán en juego los otros institutos tutelares".⁴⁵

Es decir la razón de ser de la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad, es que ésta no termina sí las deficiencias del hijo, no le permiten alcanzar plena independencia jurídica y sigue necesitando de protección. Se evita así, además, el complicado y retardado mecanismo de la tutela, su constitución y funcionamiento exigen una especial intervención del Juez y del Ministerio público.

Además, que es un doble supuesto, que contempla tanto la prórroga de la patria potestad, como la rehabilitación de la misma en el caso de que ya sean mayores.

Una distinción muy importante es el particular caso español, en que la curatela es en sí un mecanismo autónomo de la tutela, que se constituye cuando así lo ordena la sentencia de incapacitación, teniendo por objeto una función asistencial, que comprende el apoyo y

⁴⁵ LÓPEZ PEREZ, Jerónimo, *Prórroga y Rehabilitación de la Patria Potestad*, ed.1ª, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, p. 23

representación del incapacitado específicamente en los casos en los que se encuentre limitada su capacidad de obrar. Por lo que, en esta medida se prórroga el ejercicio de la patria potestad.

Esto es, porque como se desprende del citado artículo 171 primer párrafo, *in fine* se estará en primer lugar a lo que se disponga en la sentencia de incapacitación y posteriormente a las disposiciones contenidas en el Código Civil para la patria potestad.

Otro aspecto importante de esta figura es que deberá ejercitarse por los padres tal y como correspondería, si el hijo fuera menor de edad.

El supuesto de rehabilitación de la patria potestad, se dispone respecto del hijo mayor de edad, del que exige dos requisitos, que sea soltero y que viva en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos.

Respecto del primer requisito resulta lógico ya que en el caso del matrimonio del menor de edad genera la emancipación del mismo, en el caso del derecho español el matrimonio del presunto incapaz extingue la patria potestad. Al respecto podemos criticar esto ya que en el derecho mexicano el matrimonio celebrado por un incapaz resulta nulo y así debe ser ya que no tiene la capacidad de manifestar su consentimiento de manera libre, autónoma y veraz.

Por lo que toca al requisito de vivir en compañía de sus padres, el doctrinario español Diego Espín Cánovas al respecto sostiene: "Creemos que habrá que interpretar el precepto en el sentido de que

más que una convivencia bajo el mismo techo se trata de seguir el incapaz bajo la guarda y custodia del padre, aunque realmente esté internado en algún establecimiento.”⁴⁶

Compartimos el criterio citado, ya que, de nada serviría al incapacitado, estar todo el tiempo con sus padres, para que se configurara el requisito de convivencia, si lo que se busca es que realmente se proteja y provea al hijo de las necesidades que tenga, fomentando un desarrollo integral del mismo. Así que, si se le interna en alguna institución con ese fin resulta adecuado y además cumple con las obligaciones de la guarda y custodia. La única crítica que podríamos hacer a tal comentario, es que el autor se refiere a “*la guarda y custodia del padre*”, utiliza el modo singular sin que esto sea del todo preciso ya que, al prorrogar o rehabilitar la patria potestad, uno de sus fines es que, ambos progenitores continúen ejerciendo tanto los derechos como las obligaciones inherentes a tal institución.

El alcance de la figura en comento, estará determinado de acuerdo a la sentencia de incapacitación, esto se desprende de la parte conducente del multicitado artículo 171: “... ***en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título.***”⁴⁷

Debe interpretarse de esa manera ya que como veremos más adelante en el procedimiento de declaración de incapacidad

⁴⁶ ESPÍN CANOVAS Diego et al, “*El Nuevo Derecho de Familia*”, Ed. Reus, 1982, Madrid, p. 160

⁴⁷ Las negritas son de la sustentante.

de España, el Juez en su sentencia establece el alcance de la misma, determinando el grado de profundidad de la discapacidad o limitación que tiene la persona, por lo que de esa manera igualmente limita las actividades que le están impedidas para realizar por sí mismo; en función de esto, es que el Juez también limita el campo de acción de la prórroga de la patria potestad, la tutela y la curatela, pues todo depende de la declaración de incapacidad o incapacitación la que dará lugar a las funciones que le quedan conferidas a los padres o tutores.

Al respecto es preciso hacer la siguiente citarle mismo tenor: "El Juez, pues, podrá graduar la incapacidad y, en función de ésta, permitir al deficiente o sordo mudo realizar determinados actos o incluso, creo, llegar a establecer para él un *status* similar al del emancipado, limitando la patria potestad a completar su capacidad en supuestos de especial importancia." ⁴⁸

3.2. INTERDICCIÓN.

- Del latín *interdictio* –onis, que significa prohibición.

Dentro de la doctrina española no encontramos la referencia específica de "interdicción", sin embargo como es sinónima de incapacidad y la primera si es utilizada en el derecho y doctrina de México, hemos optado por utilizar ésta.

3.2.1. Incapacidad.- Podemos decir que la incapacidad es el género, mientras que la menor edad y la incapacitación son la especie.

⁴⁸ *Ibidem.*

La menor edad siempre fue considerada por el derecho desde Roma como circunstancia que afecta a la capacidad de ejercicio, fundada en la circunstancia natural de la edad, que conlleva la inmadurez de los individuos.

"Estado de incapacidad para obrar, que es declarado por el juez de lo familiar, respecto de aquellas personas mayores de edad, que no pueden gobernarse por sí mismas, por estar disminuidas o perturbadas en su inteligencia, o limitadas físicamente para externar su voluntad."⁴⁹

Como podemos ver de este concepto elaborado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, la declaración de interdicción sólo la hace el Juez de lo Familiar respecto de personas mayores de edad, que no pueden gobernarse por sí mismas; contrario es en el caso de España que cabe la declaración de interdicción respecto de menores de edad, cuando existe la presunción de que el estado de incapacidad va a permanecer aún después de alcanzar la mayoría de edad.

3.2.2. Incapacitación.- La incapacitación es una figura jurídica que sólo nace a la vida por una declaración judicial. O'Callaghan la define como "la privación de la capacidad de obrar a una persona física, en principio capaz, por sentencia, por causas basadas en Ley".⁵⁰ Al parecer la incapacitación es la declaración que se hace del estado de incapacidad de una persona a la que le sobrevino alguna de las causas

⁴⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Tomo IV, ed.1ª, Ed. Porrúa y UNAM, p. 778

⁵⁰ BONET SANCHEZ, José Ignacio, (coord.) "El Estado Civil de las Personas," *Op.cit.* 135

que la produce, lo que encierra la idea de que en principio, esa misma persona sí era capaz.

La figura de la incapacitación es propia del derecho español ya que en México, no existe tal y menos distinción, es más en México no se habla de declaración de incapacidad de los menores pues es más fuerte la presunción legal de alcanzar la plena capacidad de obrar con la mayoría de edad.

La declaración del estado de incapacidad presupone la concurrencia de dos elementos: uno natural llamado también por algunos biosíquico, y otro legal o normativo. El primero se configura cuando se comprueba, clínicamente, que el individuo está discapacitado físicamente o disminuido o perturbado en su inteligencia por alguna afección originada por deficiencia o enfermedad de carácter físico, psicológico o sensorial, ya sea porque la persona de cuya interdicción se trata no está en aptitud de comprender los elementos relevantes en las nuevas tareas o roles, que le permitan diferenciar los hechos que dependen exclusivamente de la memoria o la habilidad manual. Se trata de saber si el sujeto a interdicción, comprende los negocios ordinarios de la vida. El segundo de los elementos, o sea, el normativo, supone la apreciación y valoración jurídica que realiza el juez de lo familiar, respecto del estado físico, psicológico o sensorial de la persona, a fin de determinar si dicho padecimiento le impide gobernarse y obligarse por sí misma, o manifestar su voluntad por algún medio.

El Código Civil español respecto de la incapacitación establece:

"Art 199 Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley".

"Art 200 Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma".

"Art 201. Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad".

Por su parte el Código Civil del Distrito Federal dispone:

"Art. 450. Tienen incapacidad natural y legal".

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.⁵¹

Del precepto que antecede, podemos darnos cuenta que no hace una distinción entre lo que entiende por capacidad natural y legal, sino que se maneja como si fuera una sola, lo que consideramos incorrecto. En el capítulo precedente en el apartado en el que

⁵¹ Las negritas y subrayado son de la sustentante.

estudiamos la capacidad, pudimos distinguir las diferencias entre estos dos conceptos, recordando, la incapacidad natural es aquella que adquiere un individuo ya sea por nacimiento, o bien porque le sobrevenga por diversas causas que le afecten sus facultades físicas, síquicas o emocionales, esto es la incapacidad que nace por la afectación de las condiciones naturales y normales de las personas; por lo tanto la incapacidad legal es la que esta dispuesta por una norma jurídica genérica, que al contener uno o varios supuestos dispone que son incapaces quienes encuadran en tales hipótesis.⁵²

Siguiendo este orden de ideas, habrá personas que cuenten con una incapacidad natural y legal que son las que encierra la fracción II del artículo 450 del Código Civil del Distrito Federal. Sin embargo tratándose de menores de edad, estos por sí solos cuentan con una incapacidad legal, ya que es la ley la que establece la restricción de su capacidad de ejercicio, partiendo de la presunción legal de que todas las personas alcanzan la plena capacidad de ejercicio al obtener la mayoría de edad a los dieciocho años.

Por otra parte, una diferencia importante entre los dispositivos transcritos, es la que consiste en que mientras en el derecho civil español existe la declaración de incapacidad respecto de menores de edad, en el derecho mexicano únicamente consiste respecto de mayores de edad, procediendo respecto de los menores de edad la declaración de minoridad, mas no de incapacidad.

⁵² Véase. Capítulo dos de este trabajo. Capacidad.

Un aspecto coincidente e importante de destacar es que tanto el artículo 200 del Código Civil español como el 450 del Código Civil mexicano antes citados, califican como "**persistente**", la deficiencia que trae como consecuencia que el individuo no pueda gobernarse a sí mismo, por lo que no es necesario que la perturbación de la inteligencia sea continuada; la incapacidad es posible, aún tratándose de un enajenado con intervalos lúcidos.

Otra similitud más es que ambos preceptos han sido modificados para reivindicar la figura del incapacitado, para darle mayor dignidad a la persona que por alguna circunstancia se encuentra ubicada dentro de algún grado de discapacidad y más aún, que por los avances científicos, permite no solo proteger a los enumerados específicamente en la redacción original de los códigos, sino a todas aquellas personas que de una u otra suerte se encuentren con una enfermedad de carácter físico, psíquico o sensorial, y que, por ello se encuentren imposibilitados para obligarse por sí mismos.

Como comentario, podemos decir que a pesar de las reformas, en el caso de la legislación mexicana, aún es superado por España ya que esto no lista casuísticamente los supuestos en que se genera la incapacidad.

Sólo por sentencia judicial puede ser una persona declarada incapaz, con la peculiaridad que en nuestro caso la declaración de incapacidad sólo es un presupuesto para la procedencia de la tutela y que por eso se encuentra dentro del título del mismo nombre en el Código Civil del Distrito Federal.

Asimismo ambas legislaciones coinciden en que sólo por sentencia judicial puede ser declarado el estado de incapacidad, el Código Civil para el Distrito Federal:

"Art. 462 *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."*

Ahora bien, una vez que hemos aclarado el estado de interdicción en ambas legislaciones, lo procedente es estudiar el procedimiento de declaración de incapacidad.

3.3. Declaración de incapacidad.

En este apartado estudiaremos por separado el procedimiento de declaración de incapacidad en cada uno de los países materia de este trabajo, con el fin de advertir las diferencias en su regulación. Para ello concentraremos nuestra atención en los mismos puntos, respecto de ambos procedimientos.

El objeto de entrar al estudio de los procesos de declaración de incapacidad, nace por la importancia que tiene el objetivo fundamental de éstos, que es afectar la persona del presunto incapaz, la cual por ser de orden público, tiende a la protección no sólo de su persona sino de sus bienes, al no tener la aptitud de poder hacer valer por sí mismo sus derechos y obligaciones.

Comenzaremos en esta ocasión con el caso de España; esta materia ha sido modificada por la ley 13/1983, de 24 de octubre, que reforma al Código Civil en Materia de tutela, la cual trajo la nueva redacción de los artículos 199 al 313 de los cual algunos de ellos fueron abrogados. Asimismo la ley 21/1987, de 11 de noviembre, también modificó estas disposiciones al ocuparse de la adopción, la incapacidad, tutela, curatela y de la guarda de los menores o incapacitados. Por último y no por eso menos importante, la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil que vino a derogar las disposiciones adjetivas respecto de la incapacidad que estaban contenidas en los artículos subsecuentes del 200 del Código Civil español.

3.3.1. Procedimiento Judicial.

El llamado proceso de incapacidad se divide en tres procesos: el primero de ellos es el juicio de incapacidad *stricto sensu*, por virtud del cual el sujeto es inhabilitado para gobernarse por sí mismo; el segundo es el proceso de reintegración de la capacidad o modificación del alcance de la incapacidad constituida, con el cual se deja sin efecto una incapacidad declarada o en su defecto se procede a un cambio en el régimen jurídico; el tercero y último, es el proceso de incapacidad por prodigalidad.

3.3.1.1. Jurisdicción y Competencia.

El artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, establece que "la competencia de los Juzgados y

Tribunales españoles, en el orden civil, en materia de incapacitación y medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados y también en materia de filiación y de relaciones paterno”.

Respecto a la competencia objetiva,⁵³ el juicio de menor cuantía corresponde a los Jueces de Primera Instancia, los que tienen reconocida su competencia en el artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a la letra dice:

“Los Juzgados de Primera Instancia, conocerán en el orden civil:--- 1º En primera instancia de los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados y Tribunales. ---2º De los actos de jurisdicción voluntaria previstos en la ley, ---3º De los recursos que establezca la ley contra resoluciones de los Juzgados de paz de partidos,--- 4º De las cuestiones de competencia en materia civil, entre los Juzgados de Paz del partido.”

Respecto a la competencia territorial corresponde al Juez del domicilio del presunto incapaz, según se desprende del ya citado, artículo 756 Ley de enjuiciamiento civil, y que normalmente corresponderá al de sus padres.

El artículo 756 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone:

“Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera instancia del lugar en que resida la

⁵³ “La genuina competencia es la objetiva porque se refiere al órgano jurisdiccional, con abstracción de quien sea su titular en un momento determinado. En cambio, la competencia subjetiva no alude a dicho órgano jurisdiccional sino a su titular, a la persona o a las personas físicas encargadas del desenvolvimiento, del desempeño de las funciones del órgano.” GÓMEZ LARA, Cipriano, Teoría General del Proceso, ed.9ª, Ed. Oxford University Press, México, 2003, 128 p.

persona a la que se refiera la declaración que se solicite.⁵⁴

Por lo cual tenemos que se trata de un Juez de Primera Instancia que tramitará un proceso civil que de acuerdo con el artículo 484 de la Ley de enjuiciamiento civil -***“Se decidirán en el juicio de menor cuantía...2º. Las relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad, estado civil de las personas”- será de menor cuantía.*** Esta disposición nació con la ley 13/1983, ya que el legislador optó por acoger este procedimiento en lugar de la jurisdicción voluntaria, que anteriormente regía, en virtud de la importancia que reviste la declaración de incapacidad, ya que se le priva al sujeto del ejercicio por sí mismo de sus derechos, por lo que no debe de plantearse sino en un proceso de naturaleza contenciosa.

El autor Avello Fuertes, respecto del procedimiento de menor cuantía opina: *“se habla de un juicio declarativo de menor cuantía en realidad teniendo en cuenta los distintos preceptos que le son aplicables, se configura como un procedimiento suis generis, con mezcla de componentes de naturaleza contenciosa y de otros de jurisdicción voluntaria.”*⁵⁵

Por otra parte el maestro Martín Granizo sostiene: “Teniendo en cuenta que el juicio ordinario de menor cuantía, sigue siendo lento para la tramitación de las declaraciones de incapacidad; que a su vez origina mayores gastos a las partes intervinientes, (presunto incapaz y

⁵⁴ Las negritas y subrayado son de la sustentante.

⁵⁵ LÓPEZ PÉREZ Jerónimo, *Prórroga y Rehabilitación de la Patria Potestad*, Ed. Bosh, 1992, Barcelona, p.39

parientes de éste); y que puede crear como tendremos ocasión de comprobar, graves problemas doctrinales e incluso de práctica jurídica en cuanto a su aplicación en cuyos casos, hemos de criticar duramente el criterio seguido por el legislador de 1983, en lo que al establecimiento del juicio ordinario de menor cuantía como proceso tipo para estos casos se refiere⁵⁶

De las anteriores opiniones, podemos percatarnos que la doctrina se encuentra a disgusto con el procedimiento establecido, para la declaración sobre Incapacidad. Lo anterior constituirá información muy valiosa para la propuesta que plantearemos en el siguiente capítulo.

3.3.1.2. Postulación.

Por postulación vamos a entender el carácter con que se comparece al juicio sin ser parte de él, esto es, nos referimos al caso en que comparece alguien en representación de otro.

Al respecto es necesario citar en su parte conducente los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

- "Art 7. Comparecencia en juicio y representación:**
- 1. Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.**
 - 2. Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley.**

⁵⁶ *Ibidem* p.40

3....”

“Art 8 Integración de la capacidad procesal.

1. Cuando la persona física se encierre en el caso del apartado segundo del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona.

2....”

“Art 10. Condición de parte procesal legítima.

Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.

Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular.”

3.3.2. Legitimación Procesal.

Por no ser un procedimiento dispositivo, la legitimación se establece legalmente con indicación de los sujetos que pueden instar en el procedimiento en cada caso, lo que es lógico si se tiene en cuenta que se está en presencia de pretensiones constitutivas en las que el objeto no es otro que conseguir la constitución, de una situación jurídica. Es por esto que existen normas especiales para este procedimiento, que rompen con las reglas generales del artículo 10 de la misma Ley de enjuiciamiento civil.

Dichas disposiciones se encuentran contenidas en el artículo

"Art. 757. Legitimación en los preceptos de incapacitación y de declaración de prodigalidad.

1. La declaración de incapacidad pueden promoverla **el cónyuge** o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, **los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz.**

2. El **Ministerio Fiscal** deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

3. **Cualquier persona** está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. **Las autoridades y funcionarios públicos** que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

5. La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal."

Así pues, tenemos en primer lugar al cónyuge, siguiéndole los descendientes, ascendientes o hermanos del presunto incapaz; en defecto o en omisión de todos ellos lo hará el Ministerio Fiscal, a éste lo podrá poner en conocimiento, cualquier persona que sepa de la necesidad de instar al órgano para tales efectos, obligación que se hace extensiva a las autoridades que se colocaran en este supuesto.

3.3.2.1. Respeto de los menores de edad.

Una particularidad del procedimiento, en cuanto a la legitimación, es en tratándose de menores de edad, ya así lo disponía el artículo 205 del Código Civil que fue derogado por la ley 1/2000 que rezaba: *“la incapacitación de los menores prevista en el artículo 201, sólo podrá ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela”*.⁵⁷

Actualmente lo prevé el inciso 4 del artículo 757 que ya fue transcrito. El origen de esta norma corresponde o atiende a la situación de los propios menores, que tienen en la persona de sus padres o del tutor, a un representante legal; por ello entendemos que se quiere respetar el ámbito de actuación de quienes ejercen la potestad de guarda y representación. Por eso es justificable que únicamente los padres, puedan pedir la declaración de incapacitación del hijo, no obstante que ellos serán los que tendrán que cumplir con la función, al alcanzar el hijo la mayoría, y que por ministerio de ley se prorrogue la patria potestad.

3.3.2.2. Respeto de los presuntos incapaces mayores de edad.

En este apartado no hay necesidad de ser muy precisos en el análisis de la disposición que lo contiene, ya que el multicitado artículo

⁵⁷ “Artículo 201 CC. Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurren en ellos causas de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.”

757 es bastante claro al establecer la prelación que deben seguir las personas legitimadas para instar al órgano jurisdiccional, empezando por el cónyuge, los descendientes, ascendientes o bien los hermanos del presunto incapaz.

3.3.3. Intervención del Ministerio Fiscal.

La participación del Ministerio Fiscal, es fundamental e indispensable, ya que es el defensor de la sociedad y al estar frente a una cuestión de orden público que afecta el estado civil y condición de la personas; además de que le incumbe la protección jurisdiccional de los incapaces.

Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal aprobado por la ley de 30 de diciembre de 1981 que contiene:

"Art 1: El ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social."

Por otra parte el artículo 3 en su parte conducente establece:

*"Art 3: Para el cumplimiento de las misiones establecidas por el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal:... 6. Tomar parte en defensa de la legalidad y del interés público social, en los **procesos relativos al estado civil** y en los demás que establezca la ley; 7. Asumir o en su caso promover, la representación en juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de*

*obrar o de representante legal, no pueden actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las Leyes civiles establezcan y formar parte de aquéllos otros que tengan por objeto la **protección de menores desvalidos***"

No obstante lo anterior, el presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite, pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación, En el caso de que no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, se designará un defensor judicial, en caso de que no haya.

3.3.4. Medidas especiales del procedimiento.

Como lo veremos más adelante, existe una coincidencia en la regulación del procedimiento de declaración de interdicción, esto es, que tanto en México como en España, existen reglas especiales que modifican algunas de las reglas generales del proceso de menor cuantía, -España- o del juicio ordinario civil seguido en primera instancia, -México.

3.3.4.1. Medidas cautelares.

El artículo 762 Ley de enjuiciamiento civil autoriza de manera bastante general, la adopción en estos procedimientos de todo tipo de medidas que se estimen necesarias para la debida protección del incapaz o de su patrimonio en diversos momentos del proceso.

Art. 762 1.- Cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacidad en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacidad.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacidad de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior.

Las mismas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacidad.

3. Como regla, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.

Luego, analizando el artículo transcrito tenemos lo siguiente: antes de la interposición de la demanda, cuando el Juez tenga conocimiento, por cualquier medio, de un hecho determinante de la incapacidad de una persona, antes de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que éste deduzca la oportuna demanda si lo estima conveniente, podrá, de oficio, adoptar las medidas antes mencionadas, que no se relacionan, y que habrán de ajustarse a los peligros que quieran evitarse, bien sea el engaño que está padeciendo el incapaz por parte de personas cercanas a él, o bien por diversas circunstancias que afecten directamente la persona del presunto incapaz.

Por lo que respecta al apartado segundo, sólo podemos reiterar que por la propia naturaleza de las medidas precautorias, éstas podrán

adoptarse durante cualquier etapa del procedimiento y de igual forma, podrán ser revocadas en cualquier momento.

En cuanto al apartado tercero brevemente señalaremos el procedimiento para otorgar las medidas cautelares a que haya lugar. Dentro del plazo de cinco días en que fue recibida y admitida la solicitud, citará a las partes a una vista dentro de los diez días siguientes. En el desarrollo de la misma, las partes expondrán lo que a su derecho convenga, ofreciendo las pruebas, mismas que se admitirán y practicarán si fuere pertinente; asimismo formularán las alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución, las resoluciones que se dicten durante la comparecencia no serán recurribles. Una vez concluida la vista el tribunal resolverá en el plazo de cinco días. Si las concediere, podrá recurrirse mediante apelación sin efectos suspensivos, y si las negare el actor podrá volver a solicitarlas en caso de que se modifiquen las circunstancias existentes al momento de la petición.⁵⁸

⁵⁸ "Artículo.734. Vista para la audiencia de las partes

1. Recibida la solicitud, el tribunal, mediante providencia, salvo los casos del párrafo segundo del artículo anterior, en el plazo de cinco días, contados desde la notificación de aquella al demandado convocará a las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar.--

2. En la vista, actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares. También podrán pedir, cuando sea necesario para acreditar extremos relevantes, que se practique reconocimiento judicial, que, si se considerare pertinente y no pudiere practicarse en el acto de la vista, se llevará a cabo en el plazo de cinco días. --- Asimismo, se podrá formular alegaciones relativas al tipo y cuantía de la caución. Y quien debiere sufrir la medida cautelar podrá pedir al tribunal que, en sustitución de ésta, acuerde aceptar caución sustitutoria, conforme a lo previsto en el artículo 746 de esta Ley.--- Contra las resoluciones del tribunal sobre e desarrollo de la comparecencia, su contenido y la prueba propuesta no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que, previa la oportuna protesta, en su caso, puedan alegarse las infracciones que se hubieran producido en la comparecencia en el recurso contra el auto que resuelva sobre las medidas cautelares."

"Art. 735. Auto acordando medidas cautelares.---1. Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá mediante auto sobre la solicitud de medidas cautelares.--- 2 Si el tribunal estimare que concurren todos los requisitos establecidos y considerare acreditado, a la vista de las alegaciones y las justificaciones, el peligro de la mora procesal, atendiendo a la medida o medidas cautelares que se acuerdan y precisará el régimen a que han de estar sometidos, determinando, en su caso, la forma,

La declaración de interdicción puede pedirse por el cónyuge, por sus presuntos herederos legítimos, por su albacea o por el Ministerio Público puede obtenerse en vía de jurisdicción voluntaria (etapa prejudicial), o bien, mediante juicio ordinario. En el primer caso, el juez de lo familiar no es un simple fedatario, sino que, mediando una tramitación similar a la contenciosa, en la cual se reciben pruebas, se dicta resolución, declarando o no, el estado de incapacidad. Este procedimiento se inicia con la demanda de interdicción; una vez que ésta es recibida, el juez ordena las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado y ordenará que se ponga a éste a disposición de dos médicos alienistas, para que, se le practiquen las pruebas.

3.3.4.2. Pruebas.

Independientemente de la facultad de los tribunales de practicar de oficio todas aquellas que interesen al fin del proceso, se ha de actuar en atención a las siguientes reglas:

- Oír a los parientes más próximos siendo el tribunal quien decidirá la extensión de los que deben ser objeto de audiencia.

cuantía y tiempo en que debe presentarse caución por el solicitante.--- Contra el auto que acuerde medidas cautelares cabrá recurso de apelación, sin efectos suspensivos.

Art. 736. Auto denegatorio de las medidas cautelares. Reiteración de la solicitud si cambian las circunstancias --- 1.- Contra el auto en que el tribunal deniegue la medida cautelar sólo cabrá recurso de apelación, al que se dará una tramitación preferente. Las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394.---2. Aún denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición.

- Oír al presunto incapaz, en tanto la percepción directa es ineludible en estos casos.
- Estas audiencias sólo son preceptivas en los procesos de incapacitación.
- Las mismas son preceptivas tanto para la decisión de la cuestión misma de la incapacitación, cuanto para la decisión acerca de la persona que haya de representar al incapaz.
- Es inexcusable a los efectos de adoptar la decisión, la práctica de un dictamen pericial médico.
- El Juez de oficio, acordará todos los dictámenes técnicos que precise en relación con las materias que considere adecuadas para la debida solución del asunto.
- En segunda instancia, y si la sentencia es apelada, se habrán de ordenar de oficio las pruebas a las que se ha hecho referencia.

3.3.4.3. Respecto de la Sentencia.

Como se había dicho ya con anterioridad, la sentencia habrá de graduar la extensión y límites de la misma adoptando el régimen de tutela que sea adecuado respecto de la incapacidad declarada, designando a la persona que debe representar al incapaz.

De la misma forma establecerá, correlativamente al grado de incapacidad, el régimen de tutela o guarda al que el incapaz ha de quedar sometido. Si así fuere el caso decretará el internamiento del incapaz.

3.4. Declaración de incapacidad en México.

Ahora bien, es tiempo de pasar al análisis del procedimiento de declaración de interdicción en el caso de México.

Lo encontramos regulado en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el Título Décimo Quinto de la Jurisdicción Voluntaria, Capítulo II "Del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos"; en los artículos 902 al 905 del ordenamiento legal invocado.

Cabe hacer la distinción, de que no existe un procedimiento específico y exclusivo para declarar el estado de interdicción, sino que es parte del proceso de nombramiento de tutores y curadores, por lo esa podría ser nuestra inicial crítica.

3.4.1. Procedimiento Judicial.

El procedimiento que se sigue en principio es una jurisdicción voluntaria en la que se tramitan las llamadas diligencias prejudiciales, que estudiaremos con precisión más adelante, por otra parte y dependiendo del resultado de la jurisdicción se seguirá juicio ordinario civil, el cual se rige prácticamente por todas las reglas generales, siendo modificado por algunas disposiciones especiales que más adelante analizaremos.

Antes de entrar al estudio, creemos conveniente resaltar el hecho de que este procedimiento ha sido materia de algunas reformas que encontramos deficientes.

El artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone: "**Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de** minoridad o de **incapacidad de la persona** que va a quedar sujeta a ella.

La declaración de estado de minoridad o de incapacidad por las causas a las que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil, pueden pedirse:

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

Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil.

3.4.1.1. Jurisdicción y competencia.

La jurisdicción corresponderá a los órganos jurisdiccionales que expresamente les confiera esa facultad un ordenamiento legal. Al respecto la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal establece:

**"Art. 48. Son Jueces de Primera Instancia:
I Jueces de lo Civil;**

II Jueces de lo Penal;
III Jueces de lo Familiar;
IV ...”

**“Art 52. - Los jueces de lo Familiar conocerán:
De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;
De los juicios contenciosos relativos a matrimonio a su ilicitud o nulidad; de divorcio; que se refieren al régimen de bienes en el matrimonio; que tengan por objeto modificaciones o rectificación de las actas del Registro Civil; que afecten al parentesco, a los alimentos, a la paternidad y a la filiación; que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, **estado de interdicción** y tutela y las cuestiones de ausencia y de presunción de muerte, y que se refieran a cualquier cuestión relacionada con el patrimonio de familia, con su constitución, disminución, extinción o afectación ...”**

Respecto a la competencia en razón del territorio lo serán los jueces con residencia en el lugar del domicilio del presunto incapaz. En cuanto a la competencia objetiva serán los Jueces de Primera instancia, esto es del fuero común. En el caso del Distrito Federal por ser especializados conocerá un Juez de lo Familiar.

3.4.1.2. Postulación.

“Art. 44. Todo el que, conforme a la Ley, esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comparecer en juicio.”

“Art. 45. Por los que no se hallen en el caso del artículo anterior, comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho. Los ausentes e ignorados serán representados como se previene en el Título Décimo primero, Libro Primero del Código Civil.”

"Art. 46 Será optativo para las partes acudir asesoradas a las audiencias previas y de conciliación y de pruebas y alegatos, y en este supuesto los asesores necesariamente deberán ser licenciados en derecho, con cédula profesional y en legal ejercicio de su profesión. En caso de que una de las partes se encuentra asesorada, y la otra no, el juez celebrará la audiencia correspondiente y suplirá la deficiencia de la parte que no se encuentra asesorada, procurando la mayor equidad, y lo hará del conocimiento de la defensoría de oficio para que provea a la atención de dicha parte en los trámites subsecuentes del juicio."

3.4.2. Legitimación procesal.

En la legitimación procesal tenemos pues que, de acuerdo con el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, antes transcrito, en primer lugar es el caso del menor, si ha cumplido dieciséis años; lo que nos parece inadecuado respecto del estado de interdicción y sólo aplicable para la declaración de minoridad; pues al no haber padres o persona que ejerza la patria potestad, y ser esta declaración, un presupuesto para la procedencia del nombramiento de tutor, es entonces entendible que este legitimado el menor. Sin embargo respecto de la interdicción resulta prácticamente imposible ya que si estamos hablando de un procedimiento que pretende declarar el estado de interdicción de una persona, cómo puede legitimarse al propio menor de edad si suponemos que está afectado de sus capacidades por lo que en consecuencia no podría instar al órgano jurisdiccional.

En segundo lugar está legitimado el cónyuge, es lógico, pues partimos de la fracción II del 450 del Código Civil que comienza "Los

mayores de edad...” ya que sí se trata de un presunto incapaz mayor de edad que esté casado, es correcto que la persona que esté legitimada para instar al órgano jurisdiccional sea el cónyuge, ya que en nuestro derecho vigente, ese sólo hecho es causa de nulidad de matrimonio. Es por eso que se le reconoce tal legitimación.

El tercer lugar lo ocupan sus presuntos herederos legítimos. Éstos son de particular importancia ya que, podemos imaginar un escenario cotidiano: muere el autor de la sucesión, se abre la testamentaria, llaman a los presuntos herederos legítimos, que buscarán obtener la declaración de interdicción de este sujeto para poder anular actos jurídicos celebrados por éste con aquéllos. Tendrían interés de obtener la incapacidad del de cujus, para así nulificar los actos celebrados por aquél y de esta manera evitar que esos bienes entren en el inventario de los bienes además de poder intentar en su caso la nulidad del testamento. Esto es lo que hace particularmente importante, la legitimación que tienen los presuntos herederos legítimos del incapaz.

El cuarto es aún más extraño: se legitima al albacea de la sucesión; nos resulta ilógico pues que interés de buena fe puede tener el albacea en declarar la interdicción del autor de la sucesión que representa, que acaso pretendiera obtener la nulidad del testamento o de los actos celebrados por aquél.

El quinto y último es el Ministerio Público, que es obvio que se prevea su intervención ya que por ser un procedimiento que causa

efectos respecto de la persona por tratarse de discernir sobre su capacidad estamos ante una situación de orden público.

3.4.3. Intervención del Ministerio Público.

Como acabamos de puntualizar, es indispensable la participación de este funcionario toda vez que como se desprende de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, una de ellas consiste en que debe velar por la protección de los menores e incapaces, así como ser representante en los asuntos del orden familiar, de los intereses tanto individuales como sociales.

Esto se confirma con lo dispuesto en los siguientes artículos de la ley de referencia.

"Art. 2. La Institución del Ministerio Público en el Distrito Federal, estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en esta Ley y demás disposiciones aplicables:

I. Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal;

II. Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia;

III. Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes;

IV. ..."

"Art. 7. Las atribuciones en asuntos del orden familiar, civil, mercantil y concursal, comprenden:

I. Intervenir, en su carácter de representante social, ante los órganos jurisdiccionales para la protección de los intereses individuales y sociales en general.

II. Iniciar el trámite de incidentes penales ante los órganos jurisdiccionales no penales competentes, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal;

III. Promover la conciliación en los asuntos del orden familiar, como instancia previa al órgano jurisdiccional, y

IV. Coordinarse con instituciones públicas y privadas que tengan por objeto la asistencia social de menores e incapaces para brindarles protección."

"Art. 8. La protección de los derechos e intereses de menores, incapaces, ausentes, ancianos y la de otros de carácter individual o social, consistirá en la intervención en procedimientos jurisdiccionales conforme a las disposiciones legales aplicables, o cuando estén en una situación de daño o peligro."

3.4.4. Medidas especiales del procedimiento.

Como mencionamos líneas atrás, existen dos procedimientos en los que se puede hacer la declaración de interdicción, por medio de las llamadas diligencias prejudiciales tramitadas en una jurisdicción voluntaria y por medio de un juicio ordinario civil, que también ya comentamos que cuenta con algunas reglas especiales.

3.4.4.1. Jurisdicción voluntaria.

La jurisdicción voluntaria se define como: "Un conjunto de procedimientos a través de los cuales, se solicita de una autoridad, que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los participantes, situación que se mantiene en tanto no cambien las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida."⁵⁹

El procedimiento tramitado en esta vía es relativamente breve, siempre que el tutor del presunto incapaz y el Ministerio Público estén conformes con el solicitante, a través de una resolución judicial que declare o deniegue la interdicción, con base en dictámenes médicos, ofrecidos a efecto de verificar la incapacidad.⁶⁰

Estatuida en el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles,⁶¹ mismo fue objeto de una reforma y adición según publicación

⁵⁹ FIX ZAMUDIO Héctor, citado por José Ovalle Favela, *Derecho Procesal Civil*, ed.3ª, Ed. Harla, México, 1989, p.428

⁶⁰ Laurent Pavón Angélica, "Proceso de Incapacitación en Derecho Comparado" (España-México), (México), en *Juris Tantum*, Año XIII, No.9, Primavera-Verano, 1998, 147.

⁶¹ Artículo 904. La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que se refiere el artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal: se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.---Como diligencias judiciales se practicarán las siguientes:---Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.---Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente. Dicho examen se hará en presencia del juez previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.---Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguiente medidas:---Nombrar tutor o curador interinos, cargos que deberán recaer en las personas siguientes, su tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlos: padre, madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos serán preferidos los mayores de edad. En el caso de abuelos, frente a la existencia de maternos o paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. En caso de no haber ninguna de las personas indicadas o no siendo aptas para la tutela el juez con todo escrúpulo debe nombrar como tutor interino a persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus

del Diario Oficial de la Federación de once de enero de dos mil, en la que se modificó el primer y penúltimo párrafos; consideramos importante comentarlo, por el hecho que impulsó esta reforma lo constituye, -al igual de lo que pasó en España- la apertura a crear mayor conciencia para con las personas que estén afectadas de cualquiera de sus facultades.

Antes de la reforma el párrafo primero decía: "La declaración de incapacidad por **causa de demencia** se acreditará..." En cambio ahora ya se encuentra la redacción que refiere a "mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia...", es por tanto mucho más benévola la expresión.

Ahora bien, respecto al procedimiento en sí, una vez recibida la demanda, el juez proveerá respecto de todas las medidas que tiendan al aseguramiento del presunto incapaz, así como de sus bienes; ordenará la práctica de un peritaje médico, elaborado por médicos alienistas o de la especialidad que corresponda, o bien un informe

padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencia con el solicitante de la declaración.--Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge.--Proveer legalmente de la patria potestad o tutela a las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.--De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este artículo procede el recurso de apelación en efecto devolutivo.--Dictadas las providencias que establecen las fracciones anteriores se procederá a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos que los señalados por la fracción II. En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.--Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia en la cual si estuvieren conformes el Tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya dictado la interdicción, esta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la Tutela, en los términos enunciados en el segundo párrafo del artículo 462 del Código Civil para el Distrito Federal.--Si en dicha audiencia hubiera oposición de parte, se substanciará un juicio ordinario con intervención del Ministerio Público."

fidedigno de la persona que auxilie al incapaz. En este punto estamos en desacuerdo porque no puede darse el mismo valor a un peritaje que a un informe rendido por la persona que cuide del incapaz. Debiera disponer el precepto que independientemente de los dictámenes periciales, podrán allegar al juez informes o cualquier otro medio de convicción que justifique de dicha declaración.

El examen que realizarán los médicos para rendir su dictamen, será en presencia del Juez y Ministerio Público, así como de quien instó al órgano. En caso de que el resultado fuere comprobar la incapacidad o duda fundada sobre la misma, el juez procederá a nombrar un tutor y curador interinos, siguiendo las reglas del entroncamiento excepto los colaterales hasta el cuarto grado. Los elegirá por su honorabilidad, escogiendo a quien no tenga interés o amistad con la persona que solicitó la declaración.

Después tomar las medidas precautorias correspondientes, el Juez citará al segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, a los del primer reconocimiento. En el caso de que hubiera discrepancia entre los primeros y los segundos dictámenes se hará una junta de avenencia y en su defecto se nombrarán peritos terceros en discordia.

Finalmente, se citará a una audiencia, en la cual si estuvieren de acuerdo el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, se establecerá el alcance de la capacidad y determinará el juez la extensión y límites de la tutela. Esto último, implica la adición que ya comentábamos, que es un avance ya que antes no se

especificaba si el juez podía determinar el alcance de la capacidad de la persona; y consideramos que es el más adecuado para hacerlo porque es quien cuenta con todos los elementos para cerciorarse del estado de la persona y emitir un juicio sustentado en pruebas médicas, informes, etcétera, que será lo más equitativo.

3.4.4.2. Juicio Ordinario Civil.

Ahora pues, procedemos a estudiar las reglas especiales del procedimiento, dispuestas en el artículo 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.⁶²

En caso de que no se modifiquen las circunstancias que le dieron origen al dictado de las providencias precautorias, éstas permanecerán firmes.

“El presunto incapacitado será oído en juicio, si el lo pidiere...”, así reza la fracción II del artículo en estudio. Al respecto opinamos que no debe ser una cuestión potestativa y menos que recaiga en el presunto incapaz, pues debiera ser que la disposición ordenara la obligación de comparecer o bien presentar al supuesto interdicto ante la presencia judicial, a fin de que sea conminado a pronunciarse como convenga a sus intereses, independientemente de la representación atribuida al tutor interino, como sí esta previsto.

⁶² Estas reglas son en el juicio ordinario civil y resultan ser, cuando menos en la parte conducente violatoria de la garantía de audiencia del presunto incapaz.

En cuanto a las pruebas, el estado de interdicción puede acreditarse por cualquier medio idóneo de convicción, requiriéndose siempre y en todo caso la certificación de dos médicos o psicólogos, que de preferencia sean de instituciones oficiales. Las partes pueden nombrar su perito médico, quien ocurrirá a la audiencia en presencia del Juez y rendirá su dictamen. El juez está facultado para realizar cuantas preguntas estime necesarias, tanto a las partes como a los peritos, testigos, etc.

3.4.4.2. Medidas cautelares.

Las medidas cautelares que se toman en la jurisdicción voluntaria permanecerán en caso de que se tramite el juicio ordinario civil y que no cambien las circunstancias que les dieron lugar, las previstas en el mismo artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles son las especiales que a saber son:

1.- El nombramiento de un tutor y curador interinos que serán los que cuiden de la persona y de los bienes del incapaz. En tanto no se dicte sentencia irrevocable éstos cargo se limitarán a la mera protección de la persona y la conservación de los bienes. Sólo en caso de extrema necesidad podrán realizar otros actos con previa autorización judicial.

2.- Pondrá los bienes del presunto incapaz bajo la administración del tutor interino y en el caso de que este casado quedará bajo el resguardo de su cónyuge.

3.- Proveerá sobre la patria potestad o tutela o de las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.

Desde luego éstas son sólo algunas de las providencias que puede ordenar el juez, y contra la resolución que las ordene procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

3.4.4.3. Respecto de la sentencia.

Tramitado que sea el juicio se procederá a dictar la resolución que corresponda, la cual será susceptible de ser impugnada en apelación y éste a su vez en juicio de amparo directo.

Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor o tutores definitivos según sea el caso, delimitando su responsabilidad. Esto último está en razón del alcance de la capacidad o bien la incapacidad.

Resulta adecuado recordar aunque sea brevemente a que nos referimos cuando decimos que una sentencia ha causado ejecutoria. Una sentencia causa ejecutoria 1.- por Ministerio de ley, como lo son las dictadas en juicios de menor cuantía, las de segunda instancia, las que resuelven cuestiones de competencia o una queja, o bien que se declaren como irrevocables; 2.-por declaración judicial, estas son las que son consentidas por las partes, las que no son recurridas en tiempo o bien porque aquellas en las que se intentó el recurso pero no fue seguido o se desistió la parte promovente.

Ahora bien, una sentencia es definitiva cuando se ha dictado, para el efecto de resolver un conflicto sometido a un proceso judicial; pero todavía es susceptible de ser impugnada a través de algún recurso o procedimiento impugnativo, el cual puede confirmarla, modificarla o revocarla; a diferencia de lo anterior es una sentencia firme aquella que posee la autoridad de cosa juzgada, es decir no existe la posibilidad de una impugnación por medio ordinario o extraordinario que puede modificarla. Podemos decir que cuando una sentencia está firme, adquiere la calidad de autoridad de cosa juzgada. Al respecto cabe citar al Maestro José Ovalle quien expresa "La imposibilidad de impugnación de una sentencia recaída en un proceso, bien porque no existe recurso contra ella, bien porque se haya dejado transcurrir el término señalado para interponerlo".⁶³

Una vez que se haga el nombramiento de los tutores definitivos, el tutor interino rendirá cuenta a aquél con la intervención del curador.

El que promueve dolosamente el juicio de incapacidad será responsable de los daños y perjuicios que ocasione, independientemente de otra responsabilidad que pueda tener.

⁶³ OVALLE FAVELA, José, "Derecho ...", *Op.cit.*, p.203

CAPÍTULO CUARTO.
LINEAMIENTOS PROPOSITIVOS PARA LA APLICACIÓN DE
LA PRÓRROGA Y REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EN
EL DERECHO CIVIL MEXICANO.

4. Objetivo de la adopción.

El objetivo del presente capítulo, vamos a obtenerlo retomando de forma muy breve el marco teórico referencial. Podemos recordar que entre los fines que persigue el derecho comparado, es, una vez que se realiza el análisis comparativo de la figura o instituciones de que se trata, estudiar la idoneidad y posibilidad que existe de que se efectúe un intercambio de posiciones en la regulación de la cuestión en estudio, a efecto de que se adopten dichos cambios en la legislación importadora. Asimismo en el conocimiento del derecho comparado, se sostiene que para que pueda tener una aplicación fructífera la importación de figuras e instituciones, es necesario que las condiciones, sociales, políticas, económicas, de los países sean equiparables, pues de otra manera no resultan eficaces y por el contrario traen problemas de inaplicabilidad, reformas mas estructurales y nuevo trabajo en materia de interpretación jurisprudencial y doctrinal con el objeto de justificar su vigencia y entender su aplicación.⁶⁴

En este orden de ideas el objetivo en el presente capítulo es allargarnos de los elementos idóneos de ambas legislaciones para estar en aptitud de proponer los lineamientos básicos y necesarios para la

⁶⁴ Al respecto nos hemos referido en el Capítulo primero.

adopción de una nueva modalidad de la patria potestad en el caso de interdicción, para lo cual requerimos tener presente lo estudiado en los capítulos segundo y tercero, pues de lo expuesto en ellos, tendremos el material para elegir lo adecuado al caso concreto.

Para plantear el objeto de la adopción de la prórroga y rehabilitación de la patria potestad, vamos a enfocar de manera breve y general el panorama de nuestro país; por lo que tenemos que toda persona, desde el momento de su nacimiento tiene capacidad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones. La legislación mexicana como ya lo hemos señalado, reconoce capacidad al concebido no nacido, con la condición de que nazca vivo y viable. Dicha capacidad redundará en la aptitud del individuo de ser titular de derechos y obligaciones y hacerlos valer por sí mismos, cosa que sucede al alcanzar la mayoría de edad a los dieciocho años, siempre que la persona no padezca alguna afección de carácter físico, psicológico o sensorial que lo inhabilite para obligarse y actuar en la vida jurídica.

4.1. Hipótesis normativas susceptibles de adopción.

Para saber que es necesario modificar en nuestra legislación, es preciso primero determinar en qué consiste esta variante de la patria potestad, por lo que ahora estudiaremos en detalle esta figura, en esa medida estaremos en aptitud de proyectar los lineamientos para su adopción.

4.1.1. Primera hipótesis: La prórroga de la patria potestad.

La hipótesis concentra la existencia de un sujeto menor de edad, que se encuentra bajo la protección de la patria potestad, que además cuenta con una causa de incapacidad natural persistente que se presume subsistirá cuando este sujeto alcance la mayoría de edad, por lo que los padres deberán de instar al órgano jurisdiccional con el fin de substanciar un procedimiento de declaración de incapacidad que podrá ser contencioso o bien en jurisdicción voluntaria.

Ahora bien, cuando la persona se encuentra en el periodo de minoridad, por disposición de la ley sufre una incapacitación;⁶⁵ por lo que para establecer relaciones de derecho requiere necesariamente la presencia de su representante legal, que en un primer momento podemos decir que es quien ejerce la patria potestad, padre o madre, o alguno de ellos.

Para el caso de que no exista sobre quién recaiga la patria potestad, será necesario, un procedimiento de incapacitación por minoridad, a efecto de designar un tutor que lo represente y que según el caso podrá ser testamentario, legítimo o dativo.

El objeto de esta modalidad, es que surta efectos por ministerio de ley, se trata de una figura que se produce *ex lege*, en el derecho

⁶⁵ Si bien el término incapacitación no esta previsto en nuestra legislación como una figura en sí, consideramos prudente su utilización en el presente trabajo para aludir al caso de las personas que siendo capaces, les sobreviene una causa que los inhabilita en su capacidad de ejercicio, según el alcance de la afectación.

español por lo que con la sola declaración de incapacidad hecha por el juez, el incapacitado permanece bajo la protección de la patria potestad.⁶⁶

Como lo estudiamos en el capítulo que precede, el juez al dictar la sentencia está obligado a fijar el alcance de la incapacidad, así que coincidimos con la disposición española contenida en el artículo 171 del Código Civil Español, que establece que primero se estará a lo prescrito por la sentencia de incapacitación y luego a las reglas de la patria potestad, tutela y curatela, disposición que consideramos elogiable, pues si se ha seguido un procedimiento en el que el Juez ha tenido la posibilidad de cerciorarse y comprobar validamente el grado de afectación en la capacidad del interdictado, entonces que mejor que la sentencia sea el parámetro principal para establecer el alcance de la protección que requiera.

Dicho de otra forma las diferencias entre la prórroga y rehabilitación de la patria potestad, y la tutela radican en el hecho de que el incapacitado sometido a tutela estará representado normalmente en todos los actos jurídicos por el tutor ya que sólo podrá realizar por sí, los actos jurídicos que expresamente autorice la ley o la sentencia de interdicción. O bien podría actuar válidamente en derecho y sólo necesita la asistencia del curador, para aquellos actos concretos que de modo expreso señale la ley o establezca la sentencia de incapacitación. Con la posibilidad, cualquiera que sea el tipo de incapacitación y el régimen de guarda establecido por la sentencia, de que el incapaz por

⁶⁶ Esto lo importamos tal y cómo se prevé en la legislación española.

sí con los requisitos legales pueda realizar validamente determinados actos, como el testamento, matrimonio, entre otros. Mientras que en aquella, la representación recaerá directamente en los padres o cuando menos a uno de ellos, teniendo la total y absoluta protección de éstos o bien en la medida en que así lo determine la sentencia.

Pareciera que en las líneas que anteceden estamos tratando los mismos efectos producidos por ambas figuras, sin embargo, lo que hace la diferencia son los sujetos en los que recae la potestad de la guarda, custodia y protección de los incapaces. Siempre será preferible que los padres respondan por sus hijos a que lo haga persona diversa; no perdamos de vista que los padres en ciertos casos pueden ser privados o suspendidos en el ejercicio de esta función, supuestos en los que sí es preferible y procedente buscar terceras personas que sean aptas para un nombramiento tutelar.

4.1.2. Segunda hipótesis: La rehabilitación de la patria potestad.

Esta modalidad contiene un aspecto aún más destacable, que radica en la nobleza de su origen, ya que se trata como lo hemos visto de una persona mayor de edad que en principio gozó del pleno ejercicio de su capacidad de obrar, sin embargo por diversas razones le sobreviene una causa de incapacidad. Por lo tanto este sujeto y de conformidad con nuestra legislación actual, se coloca en la necesidad de caer bajo la protección de la tutela, para lo cual tendrá que seguir todo un largo proceso en la mayoría de las ocasiones cuantioso. A diferencia de lo anterior lo que pretendemos con la adopción de esta figura es

rehabilitar la patria potestad, esto es cumpliendo los requisitos de soltería y convivencia con los padres como en el derecho español, la patria potestad puede ser reconstituida respecto de esa persona mayor de edad.

Respecto de los requisitos, los consideramos indispensables para que se surta el supuesto, basados en una presunción *juris tantum*, que puede ser desvirtuada bajo prueba en contrario, esto es si el sujeto es mayor de edad y sufre una incapacidad que no le permite gobernarse a sí mismo o cuando menos no es capaz de realizar determinados actos que tengan eficacia en el mundo jurídico. Aunado a esto el sujeto es soltero y convive con sus padres, por lo que existe la presunción de que esta persona conserva lazos familiares sanos, basados en la unidad y respeto entre los miembros que integran a la familia, y, siendo esto último un objetivo de orden público, debemos robustecerlo dando la oportunidad de rehabilitar la patria potestad. En lugar de entrar a la tutela, hay que tener muy presente que ésta es una institución accesoria de la patria potestad, por lo que si viven los padres y con ellos el incapacitado, para qué recurrir a otras instituciones si podemos establecer mecanismos mas eficaces.

4.2. Constitución.

Para constituir la prórroga de la patria potestad es necesaria la declaración de incapacidad del menor de edad, así al llegar el menor a la mayoría de edad, por ministerio de ley se produce la prórroga. De esta manera tan simple se logra una protección mucho más amplia, eficaz en cuanto a que, como vimos en el apartado correspondiente, la

patria potestad tiene una base en las relaciones paterno-filiales que conllevan el amor y respeto entre padres e hijos, lo que presumiblemente hace una relación mucho más consistente y duradera.

En cuanto a la rehabilitación, si el incapacitado es mayor de edad o emancipado, procederá ésta, siempre que sea soltero y que viva en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos.

El requisito de soltería presupone que el presunto incapaz no haya contraído matrimonio, con independencia del desenvolvimiento que haya podido tener éste, el fallecimiento del otro cónyuge o con otras circunstancias de incapacidad o ausencia, siendo asimismo indiferente el divorcio, o la separación de los cónyuges.

4.3. Contenido.

4.3.1. Aspecto personal.

Respecto del contenido personal de la modalidad en estudio, tenemos que básicamente sería el mismo de la patria potestad ordinaria, sólo que con ciertas adaptaciones por el estado de incapacidad del hijo mayor de edad.

Concretamente ya de acuerdo con la regulación legal, los padres en relación con sus hijos tienen los deberes y facultades de velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarles, educarles procurándoles una formación integral.

Tomando en cuenta la incapacidad del hijo para gobernarse por sí mismo, el velar por él, supondrá atenderle en general en sus

necesidades. Ello implica el deber de convivencia que lógicamente no es la estricta relación inmediata física entre los padres y el hijo, sino más bien la permanencia de la comunicación entre ellos la obligación de cuidar del hijo. Cabe hacer notar que no se rompería con el requisito de convivencia, si el hijo fuera internado en un centro adecuado a su estado de salud, pues lo que se pondera es la atención y cuidado que tengan los padres de sus hijos mayores de edad incapacitados.⁶⁷

La obligación de los padres de alimentar a sus hijos mayores incapacitados, también es propia y peculiar de la patria potestad prorrogada, misma que está ligada íntimamente a los deberes de velar por lo hijos, de educación, de formación. Los alimentos implican en general al sustento del incapaz, como la habitación, vestido y asistencia médica.

Respecto a la educación, es una de las obligaciones más difíciles para dar cabal cumplimiento por los padres, más si consideramos las condiciones sociales de nuestro país, donde aún son incipientes las instituciones educativas especializadas, por lo que tendrán que optar por otros medios para proporcionar una formación integral. En todo caso a los padres les corresponde concretar el desenvolvimiento del hijo incapaz, para que en lo posible se inserte de la mejor manera en la sociedad, fomentando su desempeño en trabajos, terapias ocupacionales así como cualquier actividad que le provea aprendizaje al incapaz.

⁶⁷ Así lo ha considerado la doctrina española. Cfr. LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *Prórroga y rehabilitación de la Patria Potestad*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, 165 pp.

Un deber más de carácter personal, consiste en escuchar al hijo, y tomar en cuenta, en la medida de su juicio, ya respecto de cuestiones de contenido personal o patrimonial. Aquí deberá de haber apertura de criterio consistente en el esfuerzo de los padres, así como de la autoridad jurisdiccional para entender al presunto incapaz, en los casos de que éste tenga dificultades para comunicarse, o simplemente recurra a medios y posibilidades diversas a las condiciones de normalidad.

4.3.2. Aspecto patrimonial.

Bajo la situación de incapacidad permanente del hijo, es especial el contenido patrimonial, ya que los padres deben esmerarse en el cuidado y administración de los bienes del incapaz. Con esta base desenvolverán su encargo, pudiendo aprovechar los frutos de los bienes de aquel para el levantamiento de las cargas de la familia, situación que debería tener la aprobación del Juez.

Por lo que los padres tendrían:

- 1.- La administración de los bienes de los hijos,
- 2.- El reconocimiento y aceptación a favor del hijo, de la titularidad de bienes y de los frutos de los mismo,
- 3.- La obligación de prestar las garantías necesarias con el fin de asegurar una adecuada administración de los bienes de los hijos, y
- 4.- La rendición de cuentas propia de la patria potestad originaria, cuando la causa de incapacidad se extinga.

4.4. Terminación de la prórroga y rehabilitación de la patria potestad.

La patria potestad prorrogada terminaría:

1.- Por muerte o declaración del fallecimiento de ambos padres o del hijo.

2.- Por adopción del hijo.

3.- Por declaración de cesación de la incapacidad.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsiste el estado de incapacitación, se constituiría la tutela.

Esto lo acogemos directamente del artículo 171 de la Ley de enjuiciamiento civil, porque consideramos que es la regulación idónea y más lógica, pues en cuanto a la primera si mueren ambos padres o el hijo, se extingue automáticamente la figura. Por adopción es natural ya que el parentesco que nace entre adoptante y adoptado trae consigo el ejercicio de la patria potestad por el adoptante, estando obligado el adoptado a respetar y obedecer a sus padres adoptivos. Por último por la cesación de la incapacitación, esta es muy importante y siempre deberá ser declarada judicialmente, sugiriendo sea bajo las mismas reglas procesales, de la constitución del estado de interdicción.

La disposición *in fine*, del artículo 171, igualmente es elogiada por la sencillez de su forma, no así de su contenido, ya que en una idea muy breve, dispone la protección que le corresponderá, en caso de que termine la prórroga o la rehabilitación, pero persista la incapacidad del sujeto.

4.5. La declaración de incapacidad.

4.5.1. Justificación.

Resulta ser un lineamiento muy importante pues si bien no estamos sugiriendo alguna disposición coercitiva, para obligar a los padres a instar al órgano con el fin de obtener la declaración de interdicción, ésta es totalmente justificada, por ser el presupuesto para que opere por ministerio de ley la modalidad que proponemos importar.

"Tan importante es no incapacitar a alguien en quien no concurren los requisitos necesarios, (protección de la libertad), como incapacitar a aquél en quien concurren (protección de la persona o del patrimonio, frente a su estado de indefensión natural)."⁶⁸

La especie en estudio, sabemos que tiene su base en la patria potestad ordinaria. Ésta no tiene como presupuesto de existencia una declaración de incapacidad, ya que surge por el hecho de la paternidad en relación con el hijo, por lo que su fundamentación es natural; sin embargo no sucede lo mismo en la especie, ni tampoco en el caso de la tutela, pues en cuanto a estas dos es el Estado quien las crea al constituirse como instituciones secundarias.

De acuerdo con lo anterior, por lo que se refiere a la prórroga y rehabilitación de la patria potestad, es necesaria la declaración de incapacidad del que se vaya a someter al régimen especial, siendo esta declaración judicial de incapacidad, la norma básica por la que se ha de

⁶⁸ BERCOVITZ, R., en LOPEZ PEREZ, Jerónimo, *Prórroga y Rehabilitación de la Patria ...*, Op. cit. p.35

desenvolver el régimen y de ahí la importancia de su estudio y adaptación.

La necesidad surge en el momento en que proponemos la adopción de la figura en cuestión, pues en México, sólo se declara la interdicción respecto de mayores de edad, sin que esté regulado respecto de los menores ya que la única figura que existe para proteger los intereses de éstos en ausencia de la patria potestad y de lo incapaces es la tutela, por lo que hasta este momento no era necesario esa reforma, si tomamos en cuenta que mientras son menores entran la patria potestad de sus padres o por lo menos de uno de ellos; en su defecto, entran bajo la tutela de algún ascendiente, cónyuge, hijos, o pariente hasta en cuarto grado siguiendo las reglas del entroncamiento.

No hay que olvidar las dificultades que la misma puede presentar a los padres, en cuanto que el procedimiento judicial puede afectar a la intimidad familiar, con constatación oficial de la incapacidad del hijo, aparte los gastos que el procedimiento puede ocasionar y el desconocimiento de la intervención judicial.

Sin dejar de reconocer la dificultades que se pueden encontrar los padres, al igual que en la tutela, la necesidad de la declaración de interdicción o bien, incapacitación es evidente, de acuerdo con la naturaleza de estas instituciones de guarda que a su vez hemos considerado.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

4.5.2. Modificación del artículo 450 del Código Civil del Distrito Federal.

Como una cuestión preliminar habría que adaptar el artículo 450 del Código Civil, para que pueda ser declarado el estado de interdicción de los menores de edad, toda vez que la regulación actual únicamente encierra a los mayores de edad, pues no había existido hasta el momento la necesidad de que fuera de otra forma; por lo tanto tendría que reformarse el artículo 450 del Código Civil.

De tal forma que quedará:

“Tienen incapacidad natural y legal:...

“I...

II.- **Las personas** disminuidas....” en lugar de *“Los mayores de edad...”*

Sugerimos esta redacción que aunque si bien es general también es inclusiva, además de ser suficiente para que exista la posibilidad de que los menores de edad puedan ser declarados incapaces en determinados casos y con el fin de que tengan mayor protección.

4.5.3. La jurisdicción voluntaria y el juicio ordinario civil.

Lo que pretendemos es hacer una crítica constructiva de estos procedimientos, más no una propuesta de reforma o adición a los mismos, ya que no se ha planteado como objetivo de este trabajo, y además requeriríamos haber entrado al estudio de cuestiones de técnica legislativa, interpretación y métodos de creación de las normas,

por lo que sólo enfocaremos nuestra atención a señalar los aspectos que consideramos incorrectos, y a su vez perfectibles de la actual legislación, sugiriendo únicamente el sentido de lo que tendría que ser una reforma estructural.

4.5.3.1. Sistemática legislativa.

El primer punto, ya lo comentábamos en el capítulo precedente, en relación a la sistemática recogida en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal a propósito de los procedimientos de interdicción.

Cabe recordar que, ambos procedimientos se regulan en el Título de Jurisdicción Voluntaria, dentro del Capítulo de Nombramiento de Tutores y Curadores. En razón de esto opinamos: la declaración de interdicción debe estar regulada de manera autónoma, no como una cuestión accesoria a derechos sustantivos.

Dicho de otra forma, si la declaración de interdicción se ordenara en un capítulo ex profeso, este contendría una regulación general que cuidaría garantizar los derechos fundamentales del presunto incapaz, y que serviría de base para cualquier otro procedimiento o presunción de algún derecho. En los que se requiriera la declaración de interdicción, pudiendo establecer cuantas reglas especiales sean necesarias. Por ejemplo serviría para que se prorrogara y rehabilitara la patria potestad; asimismo serviría para hacer la declaración y nombramiento de tutor y curador, para anular actos jurídicos impugnados por la incapacidad de una de las partes.

Correlativamente, debiera regularse de forma autónoma la disposición contenida en el artículo 462 del Código Civil que a la 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."*

Debiendo existir un artículo que prevea que: -ninguna persona puede ser declarada incapaz, sino mediante sentencia judicial debidamente ejecutoriada- Así en términos generales es correcta ya que protege de una vez, a todas las personas dejando de lado disposición específicas como es el caso del artículo 462 citado.

4.5.3.2. Legitimación.

Un aspecto que es trascendental de estudiar y procurar su modificación es en cuanto a la legitimación, que va de la mano con lo expuesto en el índice próximo pasado, ya que por la sistematización que existe y haber reglas comunes tanto para la declaración de incapacidad como para la declaración de interdicción, nos enfrentamos a un problema en cuanto a la legitimación que tienen ciertas personas para instar un procedimiento que finalmente al dictarse el fallo afecta la capacidad de un sujeto. Por lo que si se hace un procedimiento autónomo sólo para declara la interdicción, entonces tenemos que sugerir nuevas reglas en materia de legitimación.

En cuanto a los menores de edad, los principalmente legitimados deben ser los progenitores, pues ellos son los que siempre buscan la mejor protección para sus hijos, además que para el caso de

la prórroga de la patria potestad, ellos aún ostentan esa potestad. Al tener un hijo menor de edad con una causa de incapacidad persistente, nadie mejor que ellos quienes ostentan la representación legal de los menores, pueden ser legitimados en el ejercicio de la acción en comento.

Cuando fuera el caso de que los padres estén divorciados, tendrían legitimación ambos, siempre que la sentencia de divorcio no se suspendiera o declarará la terminación de la misma respecto de alguno de los progenitores, procurando siempre obtener el consentimiento de los dos, excepto en el caso que la omisión para otorgar el consentimiento por parte de uno de ellos sea de mala fe. En el supuesto de la muerte o declaración de ausencia de uno de los padres quedaría legitimado el otro.

En el derecho español sólo se legitima a los que ejercen la patria potestad, pero nosotros consideramos que debe serlo también el Ministerio Público o funcionarios que por el desempeño de su encargo tengan un interés y responsabilidad de salvaguardar los intereses de menores o incapaces, como es el caso del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, que tengan conocimiento de las circunstancias que lo ameriten, ya que es una cuestión de orden público, y hay que entender la norma como dirigida a conseguir la plena protección del presunto incapaz, por la trascendencia y ante las consecuencias graves que se puedan derivar del procedimiento de incapacitación, por lo que estos funcionarios también deben ser legitimados, pues pudiera darse el supuesto que los padres no quieran seguir cuidando del presunto incapaz cuando alcance la mayoría de edad o bien que el

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

desconocimiento de tal deber- derecho, conlleve la desprotección del sujeto.

Es preciso reiterar que no podemos legitimar al menor de edad, como se comentó en su momento en el capítulo anterior, como es el caso de nuestra legislación que se le otorga legitimación al menor, pues entonces o es capaz o es presunto incapaz. Cuestión distinta es la posibilidad de que el presunto incapaz, comparezca en el proceso con su propia defensa y representación. Hay que señalar la extrañeza que en principio se produce, pues es inaceptable y difícil de entender, el que los padres inicien el procedimiento, si el hijo es capaz, sin embargo hay que aceptar esa posibilidad de la actuación del menor, por la finalidad que la misma tiene, que no puede ser otra que el conceder a aquél la máxima protección y seguridad a efectos de que la declaración judicial se corresponda con la realidad personal.

En cuanto a la rehabilitación, esta correspondería de igual manera a los padres, pues si ellos van a ser los obligados a ejercer de nuevo la patria potestad, habría que darles legitimación para que sea más directo el procedimiento. Lo anterior es diferente al caso de España ya que el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil legitima al cónyuge o alguien asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz; con respecto a la rehabilitación es contradictorio que tenga legitimación el cónyuge, si precisamente un requisito para que opere esta figura es el de soltería, no obstante no hay que olvidar que la razón por la que el artículo en comento contiene esas personas es porque son las reglas generales para la declaración de interdicción.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

En nuestra legislación, podría respetarse las disposiciones actuales, por la propuesta de que sea un procedimiento autónomo y por tanto general, siempre que se establezcan las reglas especiales respecto de cada figura ya sea en la propia legislación procesal –que sería lo idóneo–, o bien, en el código sustantivo.

4.5.3.3. La participación del presunto incapaz en el procedimiento.

Otro aspecto que requeriría ser modificado es el en cuanto a que el presunto incapaz sea oído en el juicio o procedimiento en que pueda declararse su incapacidad, es el caso de nuestra legislación que no respeta la garantía de audiencia del presunto incapaz, por lo que es necesario entrar al análisis de esta cuestión.

El artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal⁶⁹, en su fracción I, transgrede en perjuicio del presunto incapacitado la garantía de audiencia, puesto que desde el inicio del procedimiento y sin que medie diligencia que sirva para aportar elementos de convicción en el sentido de que la petición del

⁶⁹ Artículo 904. La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que se refiere el artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal: se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.---Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:---I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.---II. Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente. Dicho examen se hará en presencia del juez previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.---III. Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá ..."

promovente se apoya en una base confiable, acepta la presunción de incapacidad, sin escuchar previamente al afectado para que se defienda en contra de dicha presunción, la cual podría ser infundada o inclusive de mala fe, siendo que inmediatamente se ordenan medidas cautelares conducentes al aseguramiento de la persona y de sus bienes, colocando a un tutor Interino en quien recae la administración de sus bienes y la representación de un interés, sin oportunidad defensiva.

Asimismo el artículo 904 contiene las llamadas diligencias prejudiciales que se seguirán en el juicio ordinario civil que se diga para declarar la incapacidad de las personas a que se refiere el artículo 450 en su fracción II del Código Civil. Consideramos necesario hacer una síntesis de las mencionadas diligencias, para evidenciar su inconstitucionalidad.

Tan pronto como se reciba la demanda de interdicción, en diligencia prejudiciales, el Juez deberá ordenar las medidas correspondientes a asegurar la persona y bienes del señalado como incapacitado, poniéndolo a disposición de médicos alienistas, o bien, a través de informe fidedigno u otro medio de convicción que justifique la adopción de tales medidas. Asimismo, el artículo establece que después de practicados los exámenes médicos relativos y de advertirse al menos duda sobre la capacidad del presunto incapacitado, se le nombrará un tutor y un curador interinos quienes tendrán la administración de sus bienes, salvo los de la sociedad conyugal, que correrá a cargo del cónyuge. Finalmente, dispone que después de practicado un segundo reconocimiento médico al presunto incapaz y valorados los dictámenes respectivos, se citará a audiencia donde el Juez dictará resolución que

declare o no la interdicción, siendo que, de haber oposición, se sustanciará juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.

El artículo 905 que establece las reglas especiales al juicio ordinario civil, señala que: "el presunto incapacitado será oído si lo pidiere, con independencia de la representación del tutor interino."

Lo anterior revela que si bien, el dictamen pericial constituye un elemento de convicción que auxilia al Juez para constatar la incapacidad y se consagra en la ley la procedencia del recurso de apelación para combatir los acuerdos que se dicten en el procedimiento de interdicción, tales circunstancias no implican que el precepto reclamado respete la garantía de audiencia a favor del afectado con las diligencias relativas. Al respecto es preciso citar un criterio jurisprudencial que explica claramente en que consisten las formalidades esenciales del procedimiento.

"FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Estas son las que resultan necesarias

para garantizar la defensa adecuada antes del acto de privación y que, de manera genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.”⁷⁰

Ahora bien, el procedimiento de interdicción se constituye por diligencias prejudiciales; sin embargo, si bien el artículo en estudio denomina con tal carácter al procedimiento preliminar de interdicción, del análisis del precepto en cuestión se advierte que el Juez correspondiente toma determinaciones que inciden directamente sobre la capacidad de ejercicio del presunto incapaz, pues la circunstancia de autorizar el nombramiento de un tutor interino, para la administración y disposición de la totalidad de sus bienes, salvo los relativos a la masa patrimonial afecta a la sociedad conyugal, que recaerá en su cónyuge, implica una limitación, menoscabo o supresión de los derechos inherentes a la capacidad de disposición del afectado, los cuales serán llevados a cabo por el administrador de sus bienes, actos que, por su entidad, requieren necesariamente que, previamente a su orden, se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, referidas en la jurisprudencia que antecede.

⁷⁰Tesis: P./J. 47/95, Tomo: II, Diciembre de 1995 Instancia: Pleno Novena Época, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Página:133

Podemos concluir que en ninguna parte se establece la obligación de la autoridad judicial de darle intervención al señalado como incapacitado desde el inicio del procedimiento de interdicción, porque la participación sólo se da entre el promovente de las diligencias, el Ministerio Público, los médicos alienistas y tutor y curador interinos. Además de que la disposición del artículo 905 cuando establece la posibilidad de que sea oído el presunto incapaz, si lo pidiera; es decir en la regulación no se consagran formalidades esenciales del procedimiento requeridas por el artículo 14 constitucional.

No podemos pasar inadvertido que, en el procedimiento de interdicción a estudio, si bien las medidas consagradas por la ley impugnada tienden a salvaguardar el patrimonio del señalado como incapaz, también es cierto que dada la entidad de la afectación que se le produce, consistente en la limitación absoluta de su capacidad de ejercicio, por lo que el resultado de las diligencias de interdicción se traduce en la total imposibilidad de ejercer sus derechos, trasgrediendo los derechos fundamentales del presunto incapaz.

Los anteriores argumentos se robustecen con el criterio sustentado por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dilucida al respecto.

**"INTERDICCIÓN, DILIGENCIAS
PREJUDICIALES. EL ARTÍCULO 904 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO
FEDERAL VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, AL
NO DAR INTERVENCIÓN AL SEÑALADO COMO
INCAPACITADO EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO.**

Este Tribunal Pleno ha establecido que la garantía de audiencia prevista en el artículo 14, párrafo segundo de la Constitución, implica el seguimiento de las formalidades esenciales del procedimiento que garanticen una oportuna y adecuada defensa previa al acto de privación, consistentes en la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, el otorgamiento de la posibilidad de ofrecer pruebas y alegar en defensa, y el dictado de una resolución que dirima la cuestión debatida. Por su parte, el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula las diligencias prejudiciales del procedimiento de interdicción, estableciendo que tan pronto como se reciba la demanda, el Juez deberá ordenar las medidas correspondientes a asegurar a la persona y bienes del señalado como incapacitado, poniéndolo a disposición de médicos alienistas, o bien, a través de informe fidedigno u otro medio de convicción que justifique la adopción de tales medidas. Asimismo, dispone que después de practicados los exámenes médicos y de advertirse al menos duda sobre la capacidad del presunto incapacitado, se le nombrará un tutor interino, quien tendrá la administración de sus bienes, salvo los de la sociedad conyugal, los cuales corresponde administrar al cónyuge. De lo anterior se advierte que la citada norma legal permite que se tomen determinaciones que restringen de manera absoluta la capacidad de ejercicio del señalado incapaz, con lo que se produce una afectación de tal entidad que constituye propiamente un acto de privación, sin que en ninguna parte del precepto legal se establezca la obligación de darle intervención desde el inicio del procedimiento de interdicción, para que esté en aptitud de alegar y probar su lucidez, además de que no existe un plazo perentorio para el ejercicio de la acción de interdicción, en el juicio ordinario que regula el artículo 905 del citado código adjetivo, lo que autoriza que las determinaciones tomadas en las diligencias prejudiciales puedan prolongarse indefinidamente, por lo que el citado artículo 904 resulta violatorio de la garantía de audiencia."⁷¹

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁷¹ Tesis: P. XXXI/2000. Tomo: XI, Marzo de 2000. Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Página: 93

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo que debería cambiar el artículo 905 en su fracción II **"El presunto incapaz será oído en juicio, independientemente de la representación atribuida al tutor."**

Asegurando de la misma manera la intervención del presunto incapaz, en las diligencias de jurisdicción voluntaria.

Para concluir, podemos decir que los lineamientos que hemos expuesto, son el resultado de los datos arrojados en la comparación de las semejanzas y diferencias de las instituciones analizadas en el desarrollo del trabajo, así como del criterio que nos hemos forjado con base en dicha comparación.

Por lo que consideramos que de manera general, hemos demostrado la necesidad de adoptar esta figura la patria potestad en el caso de interdicción, pudiendo ser eficaz, con los respectivos ajustes y modificaciones al marco jurídico contextual.

CONCLUSIONES.

1.- El derecho comparado, es un área del conocimiento jurídico, que es coadyuvante, en el estudio de la evolución del derecho, así como en su actualización contemporánea.

2.- Del estudio comparativo acerca de la capacidad, patria potestad y tutela, podemos destacar diferencias mínimas, en comparación con las semejanzas, lo que augura la posibilidad de poder realizar una adopción de las figuras, de una forma poco compleja.

3.- Resulta substancialmente semejante la regulación de las instituciones de la patria potestad, tutela y capacidad, en virtud de que tanto en su contenido sustantivo, como en sus efectos en la esfera jurídica del gobernado son equiparables.

4.- Las diferencias han sido específicamente, respecto al procedimiento del interdicción.

5.- La diferencia más trascendental que se ha advertido, es en cuanto a la modalidad de la patria potestad, regulada en el derecho español.

6.- La legislación mexicana en la materia, resulta deficiente al no prever mecanismos eficaces tanto en el fondo como en la forma, que protejan a los incapaces.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

7 Si bien los procedimientos de declaración de incapacidad, cuentan con numerosas diferencias, por ser cuestiones procesales y tener diferente estructura y organización el Poder Judicial en los respectivos países, en cuanto al respeto de garantías procesales son equiparables.

8.- Como resultado de la aplicación del derecho comparado, hemos podido aportar los lineamientos elementales para la procedencia de la adopción de la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad a nuestro sistema jurídico.

9.- Es preciso adecuar el contexto legal implicado, con el fin de responder a la necesidad de una aplicación práctica de nuevas normas, que mejoren en determinados aspectos, la vida y desarrollo de las personas incapaces.

TESIS
FALLA DE ORIGEN

PAGINACIÓN DISCONTINUA

BIBLIOGRAFÍA.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

1. BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, y BAQUEIRO ROJAS, Edgard, *Derecho de Familia y Sucesiones*, ed. 1º, Ed. Harla, México, 1990, 493 pp.
2. BONET SÁNCHEZ, José Ignacio (coord.), *Temas de Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, 571 pp.
3. BONNECASE, Julian; *Elementos del Derecho Civil*, Tomos I y III; Trad. José Ma. Cajica Jr; Ed. Cárdenas, Tijuana, 1985.
4. CANO LLOPIS, Manuel; *Introducción al Estudio del Derecho Comparado Metodología y Didáctica Práctica*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de Honduras, 1969, 134 pp.
5. CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho*, ed 2º, Ed. Porrúa, México, 1990, 517 pp.
6. CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Vol. 5 ed. 10ª, Ed. Reus, Madrid, 1995, 604 pp.
7. DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de Familia*, ed.3ª, Ed. Porrúa, México 1984, 606 pp.
8. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, ed. 5º, Ed. Porrúa, México, 1996, 696 pp.

9. ESPÍN CANOVAS, Diego, *Cien Estudios Jurídicos del Profesor Diego Espín Canovas*, Tomo I, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, 904 pp.

10. ESPÍN CANOVAS, Diego, (et al.), *El Nuevo Derecho de Familia Español*"; Ed. Reus Madrid, 1982, 405 pp.

11. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil Parte General, Personas y Familia*, ed.14º, Ed. Porrúa, México, 1995, 790 pp.

12. GARRIDO PALMA, Víctor Manuel; *Derecho de Familia*, ed.1ª, Ed. Trivium, Madrid, 1993, 404 pp.

13. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, ed.9ª, Ed. Oxford Univesity Press, México, 2003, 335 pp.

14. LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *Prórroga y rehabilitación de la Patria Potestad*, Ed. Bosch, Barcelona, 1992, 165 pp.

15. LÓPEZ RUIZ, Miguel, *Elementos Metodológicos y Ortográficos para el Proceso de Investigación*, ed.1ª, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1989.

16. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones del Derecho Civil*; Tomo II; Ed. Porrúa, México, 1991, 199 pp.

17. MARTÍNEZ DIE, Rafael, (coord.), *La Protección Jurídica de Discapacitados, Incapaces y Personas en Situaciones Especiales*, Ed. Civitas Ediciones, Madrid, 2000, 398 pp.

18. MEDINA DE LEMUS, Manuel, *El Derecho Civil Español en los Últimos 50 Años*, ed.1ª, Ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, 391 pp.

19. O'CALLAGHAN, Xavier, *Compendio de Derecho Civil*, Vol. IV, ed.3ª, Ed. Revista de Derecho Privado, 1991, 217pp.

20. OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, ed.3ª, Ed. Harla, México, 1989, 523 pp.

21. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*; ed. 1º, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid España, 1989, 645 pp.

22. PINA, Rafael de, *Elementos de Derecho Civil Mexicano*, Tomo I, Introducción Personas y Familia; ed.20ª, Ed. Porrúa; México, 1998,

23. PLANIOL Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo II, Traducción de la 12ª edición, Ed. José Ma. Cajica Jr. Puebla, p.251

24. PIZZORUSSO, Alejandro, *Curso de Derecho Comparado*, Trad. Bignozzi, ed. 1ª, Ed. Ariel, Barcelona, 1987, 235 pp.

25. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho de Familia*, ed. 4a, Ed. Porrúa, México, 1975, 803 pp.

26. SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho Comparado*, Volumen I, S.P.I., I-15 pp

27. SARFATTI, Mario; *Introducción al Estudio del Derecho Comparado*, Ed. Imprenta Universitaria, México, 1945, 227 pp.

28. SIRVENT, GUTIÉRREZ, Consuelo, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, ed.4ª; Ed. Porrúa, México, 2003, 267 pp.

29. TORRALBA, Vicente; *Derecho Civil*, ed.2ª, Ed. EUB, Barcelona, 1995, 383 pp.

30. ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, *Introducción al Derecho Comparado*, ed.1ª, Ed. Oxford University Press, México, 2002, 752 pp.

HEMEROGRAFÍA.

1. AVELAR VILLEGAS, Gabriela, "Derechos de los Discapacitados en la Legislación Federal", en *Quórum*, (México), Año II, No. 16, Julio, 1993 pp. 25-28

2. DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, "Las nuevas tendencias del derecho de familia", en *Revista de Derecho Puertorriqueño*, (Puerto Rico) Vol. 31, número 1, 1991, pp. 63-69

3. GUTIÉRREZ CALLES, José Luis, "Guarda del Enfermo Mental", en *Tapia*, (Madrid), Año XVI, número 98, enero-febrero, pp. 33-36

4. LAURENT Pavón Angélica, "Proceso de Incapacitación en Derecho Comparado" (España-México), (México), en *Iuris Tantum*, Año XIII, No.9, Primavera-Verano, 1998, pp. 133-175

5. MARÍN LÓPEZ, Juan José, "La inscripción en el Registro Civil de la Tutela ex lege y de la suspensión del ejercicio de la patria potestad", en *Revista de Derecho Privado*, (Madrid), julio-agosto, 1997, pp. 572-585.

6. QUIJANO BAZ, Javier, "El Juicio de Interdicción", en *El Foro*, (México), Séptima época, No. 7 y 8, julio-diciembre, 1981, pp. 33-52

7. SEVILLA BUJALANCE, Juan L, "Protección de menores en la institución de la tutela", en *Tapia*, (Madrid), Año XVI, número 98, enero-febrero, pp. 67-71

8. SOLÍS QUIROGA, Roberto, "El Débil Mental, su Importancia Clínica y Social, Su proceso de Resedimentación", en *Criminalia*, (México), Vol. VI, No. 12, Agosto, 1940, pp. 646-658

LEGISLACIÓN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Legislación nacional:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día lunes 5 de febrero de 1917.
- Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la Sección Tercera del Diario Oficial de la Federación los días sábado 26 de mayo; sábado 14 de julio; viernes 3 de agosto y viernes 31 de agosto, todos de 1928.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación los días 10. al 21 de septiembre de 1932.
- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, publicada en la Sección Primera del Diario Oficial de la Federación el miércoles 7 de febrero de 1996.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Ley publicada en la Primera Sección del Diario Oficial de la Federación el martes 30 de abril de 1996.

Legislación extranjera:

- Constitución Española, Constitución Española de 1978, Boletín Oficial del Estado 29.12.78
- Código Civil Español, Real Orden de 29 de julio de 1889, publicada en la Gaceta de Madrid de 30 de julio de 1889.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil.
- Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero, publicada en el Boletín Oficial del España de 8 de enero de 2000.

JURISPRUDENCIA:

Rubro: "EDAD, AL ADQUIRIR LOS HIJOS LA MAYORÍA DE, CESA AUTOMÁTICAMENTE LA REPRESENTACIÓN DE LOS PADRES". Novena Época, Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Octubre de 1996 Tesis: V.2o.25 P. Página: 531

Rubro: "INTERDICCIÓN, DILIGENCIAS PREJUDICIALES. EL ARTÍCULO 904 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA, AL NO DAR INTERVENCIÓN AL SEÑALADO COMO INCAPACITADO EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO" Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Marzo de 2000 Tesis: P. XXXI/2000 Página: 93

DIRECCIONES ELECTRÓNICAS.

Tribunal Constitucional de España.

<http://www.tribunalconstitucional.es/>

<http://www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUCION.htm>

<http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm>

Boletín Oficial del Estado.

<http://www.boe.es/g/es>

Diccionario y Enciclopedias en línea.

<http://www.cddhcu.gob.mx/virtual/dicenci.htm>

vLez La Editorial Jurídica en internet.

<http://v2.vlex.com/es/site/default.asp>

Dirección General de Bibliotecas.

<http://www.dgbiblio.unam.mx/>

Biblioteca "Jorge Carpizo" del Instituto de Investigaciones Jurídicas

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/bib/#sisjus>

Base de datos Facultad de Derecho UNAM.

<http://www.derecho.unam.mx/>