



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TUTELA EN EL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
FERNANDO FEDERICO ÁVILA CHÁVEZ

ASESOR: LIC. LEOPOLDO GARCÍA BERNAL



MÉXICO

DICIEMBRE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADEZCO:

A DIOS

*POR DARME LA OPORTUNIDAD DE TENER ESTA VIDA Y COMPARTIRLA CON
AQUELLOS QUE ME RODEAN.*

*A MIS PADRES, A QUIENES ESTOY MUY AGRADECIDO POR SU APOYO Y
CARIÑO, ASÍ COMO A MIS HERMANOS
POR HABER CONTRIBUIDO DE ALGUNA MANERA A LA CULMINACIÓN DE ESTE
TRABAJO.*

LIC. VANESSA SÁNCHEZ GÁLVEZ.

*POR ESTAR SIEMPRE A MI LADO, ESCUCHARME Y APOYARME EN LOS MOMENTOS
DIFÍCILES Y FELICES Y POR SER MAS QUE UNA NOVIA UNA AMIGA.*

AL LIC. PEDRO CORREDOR ESPINOSA.

*A QUIEN AGRADEZCO DE MANERA MUY ESPECIAL, SU TIEMPO,
CONOCIMIENTOS, EXPERIENCIA, ASÍ COMO EL INTERÉS QUE DEDICO DURANTE
LA ELABORACIÓN DE ESTA TESIS.*

*MI MAS SINCERO AGRADECIMIENTO A LOS MIEMBROS DEL JURADO: LIC.
LEOPOLDO GARCÍA BERNAL, LIC. EDITH ALICIA GONZÁLEZ MARTÍNEZ, LIC.
VELIA SEDEÑO CEA, LIC. MARISOL YOLANDA MICHAUD HURTADO, Y LIC. MA.
DE LOS ÁNGELES RUIZ MENDOZA, POR HABERME BRINDADO SU AYUDA,
COOPERACIÓN Y LOS ESPACIOS NECESARIOS, PARA LA REALIZACIÓN DE ESTA
TESIS.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	2
----------------------	----------

CAPÍTULO I ANTECEDENTES DE LA TUTELA

1.1. En Roma.	5
1.2. En España.	26
1.3. En Francia.	30
1.4. En Alemania.	33
1.5. En México.	34

CAPÍTULO II MARCO CONCEPTUAL DE LA TUTELA

2.1 Definiciones legales.	44
2.2 Definiciones doctrinarias.	50
2.3 Personas sujetas a tutela.	55
2.4 Características jurídicas.	60

CAPÍTULO III
MARCO JURÍDICO DE LA TUTELA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL

3.1.	Naturaleza jurídica.	69
3.2.	Derechos y deberes del tutor.	71
3.3.	Duración del cargo del tutor.	82
3.4.	Clasificación jurídica.	82
3.5.	Relación con otras Instituciones jurídicas.	92
3.5.1.	Curatela.	92
3.5.2.	Patria potestad.	98

CAPÍTULO IV
LA TUTELA Y LA CURATELA COMO UNA SOLA INSTITUCIÓN JURÍDICA EN
EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1.	Intervención judicial, administrativa y de terceros.	104
4.2.	Efectos en la sociedad.	109
4.3.	Diferencias entre la tutela y la curatela.	110
4.4.	La tutela y la curatela como una sola institución.	111
CONCLUSIONES.		115
BIBLIOGRAFÍA.		119

INTRODUCCIÓN

Debido a la importancia que tiene el desempeño del cargo del tutor, desde su origen hasta la actualidad, en relación con las personas incapacitadas y en la administración de sus bienes, durante el desarrollo del presente trabajo, realizo un análisis de las disposiciones contenidas en los ordenamientos legales vigentes, que rigen a la citada institución, en el Distrito Federal.

Dentro del primer capítulo de esta tesis, se abordaran los aspectos históricos de la tutela, para así mostrar que este fenómeno social ha pasado por diversas etapas, por lo cual haré mención de la tutela, desde sus orígenes en Roma, su evolución en España y Francia hasta llegar al análisis de la misma en México, empezando por los indígenas de nuestro país, nuestros primeros códigos, hasta la actualidad.

En el segundo capítulo, se establecerá un marco conceptual del tema, analizando las definiciones de diversos doctrinarios, así como, la que nos establece la ley, también se hablara de los sujetos que intervienen en dicha institución, así como las características que convergen para que esta se establezca. Este capítulo constituye una parte importante de esta tesis, ya que las aportaciones de los diversos autores, permitirán establecer de forma clara la tendencia que existente en cuanto a la tutela.

En lo que respecta al tercer capítulo, se desarrollará la regulación legal de la tutela, haciéndose referencia tanto a la naturaleza jurídica de ésta como a su clasificación jurídica, también se hará mención a los derechos y deberes del tutor, así como a la duración del cargo, de igual forma se hablará de la relación que existe de la tutela con otras instituciones jurídicas como lo son la curatela y la patria potestad.

En lo correspondiente al cuarto capítulo, parte final de esta tesis, haré mención a la importancia que tiene la Intervención judicial, administrativa y de

terceros en el desempeño de la tutela, también se mostrará como se presenta dicho fenómeno en la sociedad mexicana, en la actualidad, asimismo se hace referencia a las diferencias entre la tutela y la curatela, para así poder dar una visión general de la eficacia de esta en la actualidad, lo que da lugar al surgimiento de la parte final de la presente tesis, la cual, se encuentra conformada por la propuesta que se hace: "La tutela y la curatela como una sola institución", es decir, se propone que el tutor pueda disponer tanto de la persona como de los bienes del incapaz, sin la necesidad de que haya un curador que vigile sus actos, y así crear una sola figura jurídica, teniendo en cuenta que la función de vigilar al tutor y velar por los intereses del incapaz, también, le corresponde al Consejo Local de Tutelas, al Juez de lo Familiar y al Ministerio Público.

No se deja de lado en este trabajo, hacer referencia, cuando es necesario, a la jurisprudencia formada por nuestro más alto tribunal, es decir, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO I
ANTECEDENTES DE LA TUTELA

1.1. EN ROMA

Para poder entender a la tutela, su origen y el motivo de su aparición es necesario remontarnos en la historia universal, siendo el Derecho Romano, el primero en regular dicha figura jurídica, como lo veremos a continuación.

Los romanos, empleaban el término de tutela, en sentido estricto, para los impúberes, es decir, las mujeres hasta la edad de los 12 años y los hombres hasta los 14; en cambio la curatela, la cual, se relacionaba con la tutela, era asignada para los que habiendo alcanzando la pubertad, tienen su capacidad de obrar limitada, es decir, comprendía a los dementes, los pródigos y los menores púberes hasta la edad de los 25 años capaces. El jurisconsulto Servio (según texto de Paulo recogido en el digesto), definía a la tutela diciendo: "Es el derecho y potestad de una persona libre para proteger a aquel o aquella que por su edad (o por su sexo) no puede defenderse, dado y otorgado por el Derecho Civil"¹, por su parte, la palabra curador viene del latín curator, derivado de curare que significa cuidar. "Era en Roma la persona encargada de administrar el bien del menor púber o incapaz sometido a curatela".²

Por lo tanto, la diferencia principal entre estas dos figuras radica en que en la tutela prevalecía la autoridad sobre la persona y la representación del pupilo en beneficio de la familia y en cambio en la curatela sucedía lo contrario puesto que lo más importante era la gestión y custodia de los bienes y posteriormente la persona.

Es decir, que según los datos más antiguos de la civilización romana, la tutela es considerada como un instituto de protección, así como una forma para suplir la deficiente capacidad de obrar de una persona, menor o incapaz "los

¹ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio, Diccionario de Derecho Privado, Ed. Labor, S.A., Madrid 1954, pág. 386.

² DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México, 1978, pág. 439.

institutos de protección de los menores que han quedado huérfanos surgen como potestades familiares para luego transformarse en instituciones que llegan en el clásico y posclásico, a unificarse.”³

La definición anterior, nos indica de alguna manera que la guarda y custodia de los menores incapaces, son asuntos precisamente familiares y son considerados como deberes, por lo que, es necesario remontarnos a lo referente a la familia en el Derecho Romano, la cual, era considerada como “El grupo familiar que se integra con diferentes individuos organizados para alcanzar fines generales de carácter económico, político y religioso. Estos fines trascienden el interés de sus miembros en lo individual para convertirse en interés grupal. La comunidad familiar se funda en un vínculo de subordinación de sus miembros respecto a una potestad superior, el *pater*.”⁴

Según la definición anterior, la capacidad en orden familiar correspondía al *pater* o *paterfamilia*, también denominado *sui iuris*, al cual, estaban sometidos los *alieni iuris*. *Sui iuris* podía ser tanto la mujer como el hombre cuyos antecesores varones hubieren fallecido, también el emancipado; independientemente de su edad, el *sui iuris* recibía el nombre de *paterfamilia* aunque careciera de descendientes, éste también podía estar sujeto a tutela o curatela, por razón de edad, alteración de sus facultades mentales o el sexo femenino. Por lo que el *pater* era el único miembro de la familia con plena capacidad jurídica y, por ello, representaba a los demás miembros; entre los deberes del *paterfamilia* encontramos la protección a aquellos miembros del grupo que por su edad, condición física o sexo lo necesitaren, así mismo, a este como único *sui iuris*, le correspondía la titularidad y la administración de todos los bienes de la familia, es decir, procuraba el bienestar de todo el patrimonio que le correspondía a ésta.

Como ya dijimos, estaban sujetos a la tutela los *sui iuris* impúberes, es decir, los hombres antes de tener catorce años de edad y la mujer y los *alieni iuris*, que eran las personas sujetas al *paterfamilia*, se ejercía sobre la esposa

³ TORRENT A., Manual de Derecho Romano Privado, Zaragoza, 1987, pág. 561.

⁴ *Ibidem*, pág. 77.

casada cum manus, sus hijos varones y sus nietos al infinito y sobre las hijas y nietas hasta que se casaran. Su potestad se extendía tanto a la persona como a los bienes. Los alieni iuris sometidos a la patria potestad se hacían libres cualquiera que fuese su edad, cuando sus padres fallecían, entendiéndose por patria potestad el poder que tiene el paterfamilias sobre sus descendientes agnados, este poder lo ejerce hasta su muerte. Sin embargo, la condición de *sui iuris* no impedía que tratándose de menores impúberes se les designara tutor, asimismo, existía la tutela perpetua de las mujeres, debido a la incapacidad que sufrían estas por su sexo en el derecho romano antiguo.

Al fallecer el *paterfamilia* lo remplazaba un integrante de su familia, el cual, adquiere la capacidad jurídica de éste, es decir, que asume el deber de proteger a los herederos sin capacidad para obrar y se convierte en el tutor de ellos. "En un principio se identifican heredero y tutor; siendo tutores los mismos miembros de la familia, administran los bienes que forman parte de la comunidad doméstica; a ellos mismos interesa cuidar y acrecentar ese patrimonio. El poder del tutor sobre el pupilo y su patrimonio, es un poder fiduciario, una *vis ac potestas*. La violación de los deberes de un buen tutor son contemplados como la violación de un deber sacro."⁵ Se puede observar que en esta etapa de desarrollo en Roma las sanciones no eran legales, sino únicamente de carácter religioso.

Como se puede observar, de la definición citada, en Roma, la autoridad pública no participa en la tutela, por lo que se insiste en la potestad familiar de la tutela originaria. Al respecto Solazzi nos dice que "la tutela emerge como un poder, una función privada, un asunto de familia"⁶

En un principio, la tutela fue una potestad, un poder encomendado al más próximo heredero varón del pupilo, por lo que se resguardaba fundamentalmente el interés del tutor, facilitándole la manutención del patrimonio familiar, mientras el incapaz existiera, e impidiendo que este despilfarrara sus bienes. Más tarde, tal concepción se modifica, adquiriendo un

⁵ KASSER, Derecho Romano Privado, 5ª ed., Alemana, Madrid, 1968, pág. 286.

⁶ SOLAZZI, Studi sulla tutela, Módena, 1925, pág. 22.

significado no solo ético, sino también jurídico convirtiéndose en un deber público por parte del tutor, y se le regula a favor del pupilo al servicio de sus intereses y necesidades; por lo que el primero ya no obra como titular o dueño, pues el Estado empieza a reconocer que el cuidado del pupilo es una cuestión pública y dicta normas sobre el nombramiento de tutores y su gestión. Finalmente, llegó a convertirse en un *munus* (deber público), del cual no era posible eludirse, sino únicamente por causas legales establecidas; en cuanto a las mujeres, se va desapareciendo la sujeción de éstas, que por su sexo y siempre que no se encontraran sometidas a otro régimen, les era aplicable el de la tutela.

Por lo que, en el derecho romano el tutor tiene la obligación de cuidar la persona del incapaz limitándose sus derechos sobre estos últimos y, teniendo únicamente un poder administrativo sobre sus bienes, de igual forma, sucedió en la curatela, que aunque no es el tema de esta tesis, considero prudente analizar brevemente su origen, en razón, de las confusiones que puedan llegarse a crear.

Al respecto Víctor H. Martínez, nos dice que: "Junto a la tutela, existió la curatela como institución que, a semejanza de aquella, se ejercía sobre las personas libres, sufriendo una evolución análoga en el sentido de que en sus formas antiguas aparece como una potestad otorgada tanto en beneficio del curatelado como en protección de los intereses familiares, para adquirir posteriormente el carácter de función pública, realizando los deberes del curador"; agregando: "Debemos advertir que las funciones del curador en lo que respecta a los menores, no estaban limitadas al consejo, asistencia y aprobación de los negocios del menor únicamente, sino que podían extenderse a la administración de sus bienes, con lo que la *cura minorum*, se asimila a la tutela *impuberum*; pero deben distinguirse ambas instituciones por cuanto el curador, si bien administra los negocios del menor cuando así lo exigen las circunstancias, en ningún caso, se une a la personalidad de este para aumentarla o completarla. El tutor, en cambio, completa la personalidad del

menor con su *auctoritas*, cuando así lo demanda el Derecho Civil, al menor salido de la infancia, al pretender este realizar determinados efectos jurídicos”⁷

Cabe señalar, que en Roma, estas dos figuras originalmente tuvieron un poder semejante a la patria potestad; posteriormente se presenta como un poder únicamente relativo al patrimonio del pupilo con el fin de protegerlo ya que éste no tiene la capacidad suficiente. De esta manera, en el derecho romano la *autoritatis interpositio* se refería al simple auxilio del tutor y la *gestio* al conjunto de actos materiales o la realización de negocios jurídicos. De igual forma en un principio los poderes administrativos del tutor eran extensos pero fueron limitándose.

Por su parte, Eduardo Busso, al referirse a la tutela y la curatela establece que: “se aplicaba esta institución sobre los menores impúberes y sobre las mujeres; en cambio la curatela se extendía a los dementes, a los pródigos y a los menores púberes hasta la mayoría de edad fijada a los 25 años”, agrega: “haciendo una distinción entre tutela y curatela, se afirmaba que aquella poseía un carácter mas personal que esta, caracterizándose por la *autoritas* con preferencia a la *gestio*, todo de acuerdo con la máxima tutor *datur personae, curator rei*. Sin embargo, debe interpretarse que *personae* se refiere principalmente a la representación necesaria para el menor impúber, ya que no obstante la existencia del tutor, su educación y formación moral debía hacerse con los consejos del padre, si los hubiera dado y podían de todos modos ser dejadas al cuidado de la madre”⁸

Se observa que en la anterior cita se presenta una esencial característica, en cuanto a la incidencia del carácter personal de la tutela y el patrimonial de la curatela.

“Cuando el menor alcanzaba la pubertad –catorce años de edad el varón y doce la mujer- cesaba la tutela y, hasta la edad de los veinticinco años en el caso del varón púber se le daba curador. La curatela se daba también a los

⁷ MARTÍNEZ, Víctor H., *La Tutela en el Derecho Civil Argentino*, Buenos Aires, 1959, pp. 2-3.

⁸ BUSO, Eduardo B., *Código Civil Anotado*, Tomo II, Buenos Aires, 1945, pág. 907.

mayores de edad si eran dementes furiosi o pródigos *prodigi* como así mismo a los imbeciles mente capti, sordos y mudos y a los que sufrieren de enfermedad perpetua *surdi et muti et qui morbo perpetuo laborant*. La distinción entre la tutela y la curatela residía en que, en la primera, prevalecía la *autoritas*, mientras que en la segunda la *negetiorum gestio*. En otras palabras, la tutela era dada a quien por razón de la edad, siendo *sui iuris*, no estaba en condiciones de gobernar su persona; la curatela de los púberes y de los enfermos–dementes, pródigos, etc., atendía fundamentalmente a la protección de los bienes. De ahí la tradicional máxima: *tutor datur personae, curator rei*, el tutor será a la persona; el curador a los bienes. Sin embargo, el criterio distintivo no es preciso.

Lo cierto es que, con la evolución, se fue produciendo una paulatina asimilación de las funciones del tutor y las del curador de los menores púberes. Esta asimilación se vincula a la equiparación de funciones. De simple consejero, el curador se fue transformando en el administrador de los bienes del *sui iuris* púber, y, por ende, asemejándose éste al pupilo. Y así es como en el derecho Justiniano la tutela y la curatela son instituciones virtualmente idénticas. La segunda quedó reservada para causas especiales, la representación de las personas por nacer o de los pupilos en caso de colisión de intereses entre ellos y el tutor.”⁹

Es importante destacar, que como dice la definición anterior, en roma, la tutela y la curatela son instituciones virtualmente idénticas.

Eugene Petit explica que: “la tutela estaba considerada como una carga pública *manus publicum*, siendo necesario para cumplirla ser libre, ciudadano o del sexo masculino. Además, un hijo de familia podía ser tutor, porque la autoridad paterna sólo tenía efecto en el orden privado. De la ausencia de estas condiciones resultaban los incapacitados, teniendo un carácter de orden público. Pero un ciudadano capaz podía hacerse valer de excusas, es decir,

⁹ ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires 1978, pág. 806.

obtener del magistrado ser dispensado de la tutela por ciertas causas especialmente determinadas, tal como el número de hijos, un cargo público o la edad de setenta años. La minoría de veinticinco años conceptuada como excusa en el derecho clásico, llegó a ser en tiempo de Justiniano un motivo de incapacidad".¹⁰ Agrega el autor que el impúber en tutela es llamado *pupillus*. La palabra *minor* indica el *sui juris* que aún no tiene veinticinco años.

Desde esta época se conocieron en Roma las tres clases de tutela que hoy clasifica nuestro Código Civil en testamentaria, legítima y dativa.

"La tutela legítima correspondía según la Ley de las Doce Tablas a los parientes llamados a la sucesión a falta de herederos testamentarios, es decir, al *agnatus proximus*, y a falta de este a los *gentiles*. En cuanto a la tutela dativa fue introducida en Roma o Italia por una *Lex Atilia* a fines del siglo sexto, y en las provincias por una *Lex Iulia Titia* a fines de la República. Su finalidad fue impedir que el impúber o la mujer *sui juris* quedasen privados de la asistencia de un tutor en el caso de que no tuviesen ninguno por testamento o por ley. Pero luego, el poder que se atribuyó a los magistrados para nombrar tutor a petición de los interesados o del propio impúber, lo ejercieron ellos para organizar la institución de la tutela. En muchos casos el Magistrado se limitaba a hacer una tutela confirmativa."¹¹

Del anterior párrafo se desprende que la tutela testamentaria se da en el momento en que se le permite y reconoce al *paterfamilias* el derecho para nombrar tutor a sus descendientes que fueran menores de edad a su muerte, mediante un testamento (*tutor testamentarius*). El *paterfamilias* hace la designación del heredero, y éste, inicia sus funciones como tutor desde el momento mismo en que aquél entra en vigor. No se requiere información por parte de la autoridad, ni aceptación por parte de la persona designada; sin embargo, éste puede rechazar el cargo (*abdicio tutelae*). El nombramiento

¹⁰ PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido de la 9ª ed. francesa por José Fernández González, Editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid, 1924, págs. 125 y 126.

¹¹ DE IBARROLA, Antonio, Derecho de Familia, 4ª. ed., Ed. Porrúa, México 1993, pág. 448.

puede recaer en un *alieni iuris*, un latino o un esclavo, en este caso se entiende también manumitido.

La designación del tutor testamentario, hecha por la madre u otro pariente del pupilo, fue admitida por la jurisprudencia y la legislación imperial, para lo que se requería la *confirmatio magistratual*, previa *inquisitio*, es decir, investigación, sobre la idoneidad del designado.

En cuanto a la tutela legítima, que es la que establece la ley a falta de tutela testamentaria, ya sea porque no existe tutor o porque el designado no quiso o no pudo ejercer el cargo, son tutores de los menores los agnados en el orden de proximidad, y en su defecto, los gentiles. La tutela legítima, se define inmediatamente, no requiere de nombramiento. Al respecto, las leyes de las XII tablas establecen que será tutor *legítimus* el *adgnatus proximus*; es decir, el pariente mas cercano por vía masculina, y en el caso que hubieren varios, en el mismo grado todos serán tutores. El agnado al que le corresponde el ejercicio puede cederla a otro menos próximo, *in iure cesio tutelae*, pero en cambio, no puede rechazar el cargo.

En Roma, el patrón era considerado el tutor legítimo del impúber manumitido, si el patrón muere lo serán sus hijos. En una forma similar, el *parens manumisor* es tutor legítimo de su hijo o nieto emancipado, si es un tercero el que manumite a un *filiusfamilias in mancipio* a él corresponderá la tutela, que entonces se denominará fiduciaria.

Finalmente la tutela magistral o dativa se presentaba a falta de las dos anteriores, es decir, que cuando faltaba el tutor testamentario y no había posibilidad de nombrar uno legítimo, intervenía la autoridad en la designación del tutor. Con conocimiento de causa, el magistrado, *praetor urbanus*, nombra al tutor mediante una orden especial, con la expresión *tutorem do*. Antes de extender el nombramiento, el magistrado debe escuchar la opinión de la mayoría de los tribunos de la plebe, según lo dispuesto por la *Lex Atilia*, es el llamado *tutor atilianus*. Claudio dispone que los cónsules también podrán hacerlo en Roma. Posteriormente, en las provincias son los gobernadores

quienes asumen la función, durante toda la época clásica, por disposición de las leyes *Iulia et Titia*. También los magistrados municipales tienen esa atribución. Marco Aurelio crea el *praetor tutelarius* para la ciudad.

El *tutor magistratual* no puede rechazar el cargo, sobre éste recaen más preocupaciones y responsabilidades que sobre otra clase de tutores, sin embargo, esta tutela no es *manus pública*, sino, por el contrario, privada y personal, en el mismo sentido, Torrent afirma que “es esencia de la tutela dativa considerar el cargo como un honor, un cargo de confianza privado y personal”.¹²

La tutela se convierte en una función pública (*manus personale*) que no puede rechazarse a menos que se compruebe una causa justificada (*excusatio*), estas excusas comenzaron a aceptarse para los *tutores magistratuales* y se extendieron a las demás. Entre otras eran excusas: tener 70 años, tres o más hijos, estar desempeñando cargo público o servicio militar.

Luis Alberto Peña Guzmán y Luis Rodolfo Argüello, al hacer el análisis de la citada figura dicen que: “Eran llamados a la tutela legítima los parientes del incapaz conforme el orden sucesorio establecido por la ley correspondiéndole entonces, en primer lugar, al próximo pariente por vía de varones (*agnatus proximus* y, en su defecto, a los *gentiles*. En cuanto a la tutela testamentaria habría tenido consagración *ad antiquo* como una emanación del poder del *pater* para disponer, con la más absoluta libertad, por actos de última voluntad del patrimonio familiar y de la tutela de sus hijos. Por su parte la tutela deferida por el magistrado surgió para aquellos casos en que era necesario contemplar la situación del impúber que, careciendo de parientes por vía masculina y no habiéndosele designado tutor testamentario, quedaba desvinculado de la potestad paterna y se encontraba librado a su propia suerte.”¹³

¹² TORRENT, A., Manuel, Op. cit., pág. 565.

¹³ PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto y ARGÜELLO, Luis Rodolfo, Derecho Romano, Parte Especial, vol. II, Tipográfica Editorial Argentina, Buenos Aires, pág. 528.

El Derecho Romano estableció las funciones del tutor, debiendo comprometerse tanto el legítimo como el nombrado por magistrado municipal a conservar y administrar rectamente el patrimonio del pupilo, o bien, indemnizar si no ocurre así. Es la llamada *satisdatio o cautio rem pupilli salvam fore*, que se hacía mediante una *stipulatio* con fiadores. El tutor deberá hacer la promesa al pupilo, pero si se halla ausente o no habla todavía, estipulará su esclavo, si no tiene y es difícil comprarle uno, estipulará un esclavo público en presencia del pretor. El tutor testamentario y el *magistratual* están exentos de tal obligación, ya que, en el caso del testamentario, su solvencia y diligencia fue aprobada por el mismo testador, en cuanto al tutor *magistratual*, en Roma, *rea nombrado ex inquisitione*, esto es era nombrado previo examen de su solvencia.

También el tutor tiene la obligación de proveer lo necesario para la manutención y educación del pupilo, generalmente la madre era la encargada de la educación.

Asimismo, el tutor en su calidad de administrador del patrimonio del pupilo, actúa *domini loco*, como si él fuese el propietario, debe invertir el patrimonio pupilar en adquisición de inmuebles, préstamo con interés, vender las cosas fácilmente deteriorables y cobrar los créditos a favor de su pupilo.

Las facultades del tutor, en un principio libres, se ven limitadas por una *oratio Severi* (Septimio Severo 195 d. De J.C.) que prohíbe enajenar o gravar predios rústicos y suburbanos, a menos que así lo hubiere previsto el padre en su testamento o que medie autorización especial del *praetor urbanus*.

Pero en la época posclásica, Constantino extiende la prohibición a toda clase de bienes, salvo los de poco valor o superfluos.

Como ya mencionamos el tutor administra a través de la *negotiorum gestio* cuando el pupilo se halla ausente o es *infans*; los actos jurídicos celebrados por el tutor, recaen en la persona de éste y no en el patrimonio del pupilo, en virtud de la representación jurídica indirecta. Al final de la tutela, el

tutor transferirá al pupilo los derechos así adquiridos. Fuera de este caso, el pupilo adquirirá derechos y obligaciones directamente.

El tutor también puede administrar por medio de la *auctoritatis interpositio*, la cual, se presenta cuando el pupilo se encuentra en la *infantia maior*, puede realizar actos jurídicos con la autorización de su tutor (*auctoritas tutoris*), este consentimiento libre de forma debía expresarlo el tutor en el momento de celebrarse el acto. No puede interponer su *auctoritas* cuando tiene interés en el asunto. El tutor interpone su *auctoritas* discrecionalmente, ni el pretor puede obligarlo a darla. Los esclavos del pupilo adquieren directamente para él.

Cuando el pupilo *infantia maior* realiza un negocio sin la *auctoritas* de su tutor, sólo surte efectos en lo que beneficie al pupilo y no en la parte que lo perjudique, de esta manera, el que contrata con el pupilo queda obligado, pero el pupilo no, estos negocios son llamados con la expresión de *negotia claudicantia*. Posteriormente este rigor se atenúa con un rescripto de Antonio Pio, por el cual se concede acción, a aquel que contrató con un pupilo sin *auctoritas*.

De igual forma el pupilo era protegido jurídicamente de la siguiente forma:

- Crimen o *accusatio suspecti tutoris*. Tiene su origen en las XII Tablas. Es una *actio popularis* (acción popular), podía ejercerla cualquier persona, excepto el pupilo. Procede contra el *tutor testamentarius* que ha defraudado en la administración o ha actuado con grave negligencia. Comprobada la sospecha era destituido (*remotio*), y tachado de infamia, sólo si era condenado por fraude; posteriormente el magistrado nombraba un nuevo tutor, según lo dispuesto por un senadoconsulto.
- *Actio de rationibus distrahendis*. También tiene su origen en las XII Tablas. Esta acción se da contra el *tutor legitimus, in duplum*, por el

doble del valor de lo defraudado, se concede al pupilo al finalizar la tutela, en tanto que el tutor legítimo no puede renunciar ni ser removido del cargo.

- *Actio tutelae*. A principios del siglo I a. De J.C. aparece esta acción de buena fe, originalmente se daba contra el *tutor magistratual*, aunque ya en época clásica se generalizó para cualquier tipo de tutela, para exigir indemnización por actuar de forma dolosa e incluso negligente, la condena lleva aparejada nota de infamia. Por su parte el tutor tiene un *indicium contrarium* contra el pupilo, por los gastos hechos en el desempeño de la tutela, la que Justiniano llamó *actio tutelae contraria*.

"De trascendente importancia para el ejercicio de la tutela resultó la *actio familiae erciscundae*, introducida por la *ley decenviral*. Esta acción permitió la división de la comunidad doméstica y del patrimonio familiar en tantas cuotas como herederos hubiesen a la muerte del *pater*. Cuando el patrimonio se dividió, el tutor ya no administró una comunidad doméstica; el patrimonio del pupilo se encontró separado del suyo. Desde este momento estuvo obligado a administrar honestamente el patrimonio ajeno en interés del pupilo y no en el suyo propio; la potestad familiar se transformó en un deber cuyo incumplimiento le acarreó responsabilidades."¹⁴

En contra de la inconveniente administración del tutor, la Ley de las XII Tablas establece dos acciones contra el tutor al final de la tutela. A través de la *actio rationibus distrahendi*, el pupilo puede solicitar al tutor legítimo la rendición de cuentas, y si el tutor ha utilizado los bienes pupilares en su provecho, deberá pagar los perjuicios *in duplum*. Por medio de la *crimen suspecti tutoris*, se acusa al tutor testamentario sospechoso de realizar fraude en la gestión de la tutela. Si los hechos son probados, el tutor es excluido, y la acción implica infamia.

¹⁴ BRENA SESMA, Ingrid, *Intervención del Estado en la tutela de menores*, México, UNAM, 1994, pág. 23.

Asimismo, *la Ley Atilia* otorga al magistrado una mayor intervención en la vigilancia sobre la actuación del tutor dativo cuando recibía quejas de su conducta. Posiblemente él mismo vigiló la actuación del tutor testamentario y del legítimo.

“Para controlar los actos de los tutores, el pretor urbano y el que preside la provincia, en ejercicio de su *imperium*, tienen el poder y las medidas para ejercitar sobre el tutor la presión oportuna”¹⁵.

En el caso de las mujeres púberes, la tutela es denominada *mulierum*, la cual se presentaba en forma diferente, ya que, cuando ésta había alcanzado la pubertad debía seguir bajo tutela, a diferencia del varón. Exentas de esta tutela estaban las vírgenes sacerdotisas, por disposición de las XII Tablas, y además en época clásica, la ingenua que tuviera tres hijos o la liberta que tuviera cuatro (*ius liberorum*) en virtud de las leyes *Augusteas Iulia et Papia*.

La tutela *mulieris* puede ser, al igual que la tutela *impuberum*: testamentaria, legítima y magistral.

- En la testamentaria, la designación, la hace quien tiene la patria potestas o la *manus* sobre la mujer. Desde la época republicana, el testador suele dejar a su mujer la elección del tutor, es el llamado *tutor optivus*. El tutor testamentario de la mujer tenía el *ius abdicandi*, al igual que el tutor testamentario del impúber, cuyo derecho desaparece en época de Claudio.
- La tutela legítima (a falta de testamentaria) será desempeñada por el agnado más próximo, lo que incluye al hijo. En caso de ser liberta, su patrón será tutor. Esta tutela legítima de los agnados posteriormente es abolida por una ley de Claudio (*Lex Claudia*).

¹⁵ SOLAZZI, Op. Cit., pág. 25.

- La tutela *magistratual* se acepta a petición de la mujer, con base en las *leges Atilia e Iulia et Titia*.

“La tutela de las mujeres o era pupilar o perpetua. La pupilar no se diferenciaba de la de los varones, y concluía con la pubertad: la perpetua las acompañaba por el resto de sus días. En virtud de esta necesitaban de la autoridad del tutor, del cual, aunque no tenía la administración de los bienes, debía intervenir en sus obligaciones, en las acciones que entablaban, y en las enajenaciones que hacían de las cosas que estaban en el dominio quiritario. Esta tutela perpetua se subdividía en testamentaria, legítima y pretoria. Llamábase testamentaria la que en postrimera voluntad el padre o el abuelo daban a sus hijas o nietas; el suegro a la mujer del hijo que estaba en su potestad, y el marido, como jefe de familia, a la mujer que había entrado en su poder por uno de los modos solemnes que oportunamente quedan escritos: a veces el marido dejaba a su mujer la elección del tutor, y entonces el nombrado por ésta se llamaba *tutor optimus*. Pero la tutela legítima era la *juri cedi*, como una cosa del dominio quiritario, y en este caso se llamaba al tutor *cessitius*: esta cesión, que solía tener lugar para que el agnado no estuviere sujeto a una carga perpetua, se hacía generalmente a otro agnado. La pretoria era la dada por los magistrados a falta de tutor testamentario o legítimo, o cuando este era menor, o por último, si las mujeres tenían que seguir contra él un litigio.

No obstante, la tutela de las mujeres fue sucesivamente desapareciendo. “Empezó esta decadencia por los privilegios que se acordaron a algunas mujeres ilustres para manejar por sí solas sus intereses; después en tiempo de Augusto, se concedió igual exención a todas las vestales; por la *Ley Papia Poppea* se hizo extensiva a las ingenuas que hubieran dado a luz tres hijos, y a las libertinas con cuatro, beneficio que después vino a otorgarse por gracia de los Emperadores a muchas mujeres estériles que lo impetraban. El senado-consulta Claudiano suprimió la tutela *cesicia*, y así sucesivamente fue desterrándose esta clase de potestad, que aun duraba cuando la silla del

Imperio se trasladó a Constantinopla, si bien había dejado de existir muchos antes del imperio de Justiniano.”¹⁶

El fundamento de la tutela perpetua de la mujer, se basa en una supuesta debilidad de carácter, así se habla de: “*imbecillitas mentis, infirmitas consilii o levitas animi*.”

Considero que en Roma, al menos en la tutela, se presentó una marcada desigualdad hacia la mujer por razón de sexo. La *tutela mulieris* en época clásica resultaba realmente innecesaria, ya que muchas mujeres administraban su patrimonio con independencia y el romano se percató de ello, por lo que se permite a la mujer deshacerse de un tutor no deseado mediante una *coemptio* fiduciaria, aquel que ha celebrado con la mujer la *coemptio*, la manumite de inmediato, con lo que cesa la anterior tutela y el manumitente se convierte en tutor *fiduciarius*.

El tutor *mulieris* debía prestar su *auctoritas* para determinados asuntos importantes, pero a diferencia del tutor *impúberum* podía ser obligado por el magistrado a otorgarla, así se salvaba el obstáculo para celebrar una *coemptio* fiduciaria, de hecho, la *auctoritas* del tutor *mulieris* se convierte en una mera formalidad cuyo otorgamiento no solía rehusarse. El tutor está exento de toda responsabilidad en tanto no administra el patrimonio de la mujer, no rinde cuentas y no puede ser demandado con acción alguna derivada de la tutela.

La tutela de la mujer desaparece con Dioclesiano, es por ello que no aparece la institución en el *Corpus Iuris*.

Como sabemos, la tutela se extingue por llegar el pupilo a la pubertad, en el caso del varón; por *adrogatio* o *conventio in manum* de la mujer; por muerte o *capitis deminutio* del tutor o del pupilo; por excusa del tutor y por *remotio* (remoción) a causa del ejercicio de la *accusatio suspecti tutoris*.

¹⁶ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Curso histórico-exegético del Derecho Romano, 3ª ed., tomo I, Madrid, 1963, págs. 121 y 122.

Por lo que toca a la curatela, que como ya dijimos se hará mención a esta dada su relación con la tutela y para evitar confusiones. Desde la ley de las XII Tablas se establece una protección para los *furiosi* y los *prodigi sui iuris*.

- *Cura furiosi*. La ley de las XII Tablas establecen que *furiosus* es el loco y que será *curator* (curador) el agnado más próximo y a falta de éste los gentiles; la curatela a cargo de la *gens* desaparece durante la República, por lo que si no hay un agnado próximo, el pretor hará la designación en Roma y en las provincias el gobernador. Aunque no se instituye una curatela testamentaria, si un *paterfamilia* nombra curador para su hijo loco, se recomienda que el pretor lo confirme.

El *curator* debía cuidar del patrimonio y de la persona del incapaz, ya que se halla *domini loco* (en lugar de dueño)

- *Cura prodigi*. La mencionada ley de las XII Tablas establece que se nombre al agnado próximo como curador de aquel que malgaste el patrimonio procedente de la sucesión *ab intestato* de su padre o abuelo, previa declaración de una *interdictio bonorum*, que lo incapacita para disponer de sus bienes. El curador del pródigo administra también *domini loco*, pero no tiene el poder sobre el incapaz. Mas tarde se nombraba curador para el que malgastaba sus bienes, aunque no procediesen de su padre o abuelo.
- *Cura minorum*. Poco antes del 192 a. De J.C. aparece la *Lex Laetoria* que protege al *minor viginti annis* (menor de veinticinco años). La *actio legis Laetoriae* es una acción penal, popular e infamante, se da contra el que ha obtenido ventaja fraudulenta de un *minor* (*circumscriptio adulescentium*). El pretor concede además una *exceptio legis laetoriae* contra la acción de quien ha obtenido provecho fraudulento de un *minor*. Si un menor ha sido

perjudicado con o sin engaño, el pretor puede decretar una *restitutio in integrum*, cuyo efecto es rescindir el negocio.

En estas condiciones eran pocos los que deseaban contratar con menores, lo que trae como consecuencia la *cura minorum*.

El curador del menor es nombrado por el pretor, solamente a petición del mismo menor para los asuntos que haya determinado en su petición, a partir de Marco Aurelio para todos los que realice.

El curador no administra en este caso, sólo presta su *consensus*, aunque el *minor* puede confiarle la administración. Si un *minor* celebra un negocio sin el *consensus curatoris*, éste será válido y el pretor no le concederá recursos si fue engañado.

Cuando el curador administra se le exigirá responsabilidad por medio de la *actio negotiorum gestorum*, a su vez el curador tiene una *iudicium contrarium* para exigir los gastos hechos.

Por lo que, La ley de las doce tablas previene múltiples variedades de curatela. La del *cura furiosi* que por ley o decisión del magistrado, se encomendaba a los agnados y gentiles, para los dementes. La del *cura prodigi* que se asignaba a quienes dilapidaba sus bienes. La del *cura minori* para los menores que fueren demandados por negocios lesivos. La del *cura ventris* para el *nasciturus* que requiera asegurar sus expectativas de derecho. La del *cura bonorum* para cuidar bienes en caso de riesgos manifiestos. La del *cura impuberum* para los casos de enfermedad, ausencia o imposibilidad del tutor. La del *cura hereditates* para la conservación de la herencia yacente.

En época postclásica la tutela y la curatela tienden a unificarse, así se extienden al curador las reglas del tutor; en derecho justinianeo el menor deberá tener siempre un curador.

Según el distinguido jurista Antonio de Ibarrola, en Roma un concepto de la cura o curatela sólo podría emitirse en que lo hace Arias Ramos protección dispensada a bienes o patrimonios necesitados de vigilancia y cuidado fuera de los casos de la tutela. La distinción, pues, entre tutela y curatela aparecía antes rodeada de gran vaguedad, y se fundaba en la máxima *tutor personae datur, curator rei*. Para Sohm la curatela se reducía en el derecho romano, desde un principio, a la *gestio* o administración del patrimonio del incapaz; es decir, al derecho de regentear sus bienes.

Refiéranse la mayoría de las curatelas e hipótesis de carácter accidental (locura, prodigalidad, etcétera); pero, como observa Arias Ramos, esta nota diferencial, tampoco vale la pena para la curatela de los menores de 25 años, especialmente en el derecho Justiniano, y de todo ello se deduce que son circunstancias de orden histórico las que determinaron la dualidad de estas instituciones de guardaduría.

"La invasión de los pueblos germánicos a las provincias romanas trae como consecuencia, en el campo del derecho, la coexistencia de varios ordenes jurídicos. Por una parte, el Derecho Romano que acusa el fenómeno de la vulgarización; por otra, las costumbres e instituciones aportadas por las inmigraciones germánicas. Además, están presentes el Derecho Canónico y el de ciertos grupos que ni se romanizan, ni son sometidos a los pueblos bárbaros".¹⁷

A modo de comparación y para un mejor entendimiento podemos citar a los pueblos germánicos, quienes, con el tiempo adoptaron algunos principios del derecho romano, en la figura de la tutela.

El desarrollo de la tutela familiar en los pueblos germánicos no difiere, en un principio de la romana. En la época primitiva, la *sippe* es una asociación agraria y militar que adquiere con el tiempo influencia en la vida económica de la comunidad. La *sippe* comprende a todos los hombres y mujeres

¹⁷ GARCÍA GAYO, El Origen y la Evolución del Derecho, Manual de Historia de Derecho Español, 3ª ed., Madrid 1967, Tomo I, pág. 55.

engendrados por un padre troncal común. Según los principios de la agnación, forman parte de ella, con relación al varón, todos los hijos nacidos del matrimonio y con relación a la mujer, también su descendencia ilegítima. Las personas libres pueden integrarse a la *sippe* sin ser cognados, a través de un acto jurídico designado otorgamiento de linaje. La *sippe*, que es semejante a la *gens*, era una comunidad familiar trascendente en el derecho político, en el orden religioso, en el derecho sucesorio y en la tutela.

“El señor de la casa ejerce la *mund* como potestad jurídica personal sobre todos aquellos que se encuentran vinculados con la comunidad doméstica. La mujer y los hijos se encuentran bajo la *mund*, pero contra los excesos que pudiera cometer el titular, pueden acudir a la *sippe* en busca de su protección”.¹⁸

Nos damos cuenta que entre los germanos, la familia no se ajustó a un tipo de potestad doméstica absoluta como en Roma, la autoridad residía en todos los miembros varones y capaces de tomar las armas.

El titular de la *mund* cuida y protege a los miembros de su grupo y representa hacia el exterior a todos los sometidos a él; se hace cargo de todos los procesos en los que estén involucrados y responde de los delitos por ellos cometidos. Cuando fallece el padre de familia, el deber de proteger a la viuda y los huérfanos incumbe a la *sippe* como grupo, pero la imposibilidad de que el grupo asuma directamente todos los cuidados que requieren los menores, origina que se designe a un miembro del grupo para que lo haga. El que haya sido elegido debe gestionar, bajo su personal vigilancia y responsabilidad, los negocios del menor y ejecutar los actos necesarios que avalen su bienestar personal.

La tutela se puede decir que correspondía, entre los germanos a toda la familia y por la transformación de esta protección colectiva y familiar, nació la tutela ejercida por uno de los parientes más próximos, aunque la familia

¹⁸ PLANITZ, H., Principios de Derecho Privado Germánico, trad. de la 3ª. ed., Ed. Melon Infante, Barcelona 1957, pág. 279.

conservaba una tutela superior, con derecho a intervenir en los actos más relevantes del pupilo.

Los derechos del guardador o tutor son iguales, aunque no semejantes, a los del padre. En principio, no se distingue claramente entre los poderes de uno y otro, ambos caen en la denominación de *mandium*. Las rentas sobrantes, una vez atendida la manutención del pupilo, quedan al tutor; a él pertenecen durante su desempeño los bienes muebles del menor y a cambio responde de las deudas por él contraídas. Las propiedades o fortuna, es decir, todo de lo que era dueño el menor, no podía disminuir pero tampoco había obligación de aumentarlo. Cuando finalizaba la tutela el guardador o tutor debía restablecer completamente el patrimonio que se le encomendó proteger, así mismo, como rendir cuentas de su función.

Aunque la tutela se reserva a un miembro particular de la *sippe*, el grupo continúa interviniendo en los asuntos considerados de importancia, tales como otorgar consentimiento para que el menor contraiga matrimonio o autorización para que se enajenen los bienes inmuebles del pupilo. La intervención de los parientes resulta importante en el desarrollo de la tutela germánica, ya que ellos designan al tutor que se hace cargo del pupilo en forma directa, lo vigilan y destituyen sí por los actos que realiza resultan indignos; así mismo, asisten a la rendición de cuentas, que es el último acto de la tutela.

De lo anterior, se desprende que la protección de los menores en el derecho de los pueblos germánicos, como en otros pueblos antiguos, resultaba un asunto esencialmente familiar, en donde, el poder público no tenía ingerencia para limitar el derecho de los parientes sobre el pupilo. En estos pueblos se desconoce la tutela testamentaria puesto que no existe la posibilidad de designar a un heredero, y la vigilancia de los tutores corresponde únicamente al grupo familiar como instituto de protección que, llegado el caso, puede destituir al tutor que merezca esta sanción

Los pueblos germánicos invaden las provincias romanas, lo que trae como consecuencia que tomaran algunas costumbres de los romanos, por lo

que toca a la tutela, se instaura la intervención pública a través del príncipe o la suma jerarquía política, atribuyéndose estos la protección general de los huérfanos, viudas, pobres, peregrinos y extranjeros. La influencia de la iglesia origina que el rey germano asuma los deberes de protección a los débiles que corresponden a un príncipe cristiano, lo cual sucede en el momento en que los francos, un pueblo germano, se convierten al cristianismo quedando así el pleno ejercicio de la alta potestad tutora del rey germano.

Es de imaginarse la situación en que se encontraba a la tutela, la cual sobrevivía bajo las normas de Derecho Romano, por su parte los germanos, asentados en las provincias romanas, en un principio mantienen sus costumbres primitivas respecto a la protección de los menores e incapaces. La tutela continua siendo ejercida por la *sippe*, puesto que el poder público carece de autoridad para intervenir en los asuntos tutelares.

Sin embargo, "es precisamente en uno de los pueblos germánicos, el franco, el que, talvez por su temprana decisión por la ortodoxia de la iglesia cristiana, el que recibe la herencia del Derecho Romano Post-clásico".¹⁹ Como parte de esa herencia, reaparece la intervención pública sobre la tutela.

A través de la tutela regia, el monarca sustituye a la familia en la protección de los débiles, entre ellos, los menores. Entendiendo a la alta tutela como la facultad real de nombrar tutor, y otorgarle a éste autorización para que realice los actos de disposición de bienes pupilares. Asimismo, corresponde al monarca la destitución del tutor, por una mala gestión del cargo. El rey no actúa directamente sino a través de sus representantes jurisdiccionales.

Como se puede observar, nuestro Código Civil, al igual que los pueblos germánicos, en su momento, tomo varios principios de la tutela que se reguló en el derecho romano, como lo es la clasificación de ésta en testamentaria, legítima y dativa; entre otras cosas.

¹⁹ WIEACKER, Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna, trad. Fernández Jardon, Madrid, 1957, pág. 27.

1.2. EN ESPAÑA

El derecho español se inspiró en el derecho romano, asignándole a la tutela y curatela la misma función, pero ejercida sobre personas de diferente edad: tutela a los impúberos y curatela a los mayores.

En la legislación española, es Alfonso X **el Sabio** quien mediante las Siete Partidas, contempla a la tutela y curatela, señalando que esta se diferenciaba de la tutela en que se daba voluntariamente de 12 y 14 años según fueren varón o mujer, hasta la edad de 25 años, siempre y cuando no se tratase de locos o desmemoriados.

También las Partidas distinguían las tres maneras de tutela, ya conocidas en Roma: la testamentaria, la legítima y dativa.

El cargo de tutor según establece la ley 1 Título 16, Partida 6 "es la guarda que es dada y otorgada al huérfano libre menor de 14 años y a la huérfana menor de 12 años que no se puede ni se sabe amparar".

Se definía a los curadores en las Partidas IV, XVI, 13, como aquellos que dan por guardadores a los mayores de 14 años y menos de 25 años que estén locos o desmemoriados. Los que se hallen en su acuerdo no podrán ser apremiados a recibir curadores, a no ser que tengan que demandar a alguno.

La minoría de edad y la incapacidad estaban, pues, amparadas por estas dos instituciones preventivas: tutela y curatela.

En las Partidas se señalaban las diferencias que existían entre la tutela y curatela, y establecían que:

- 1) La tutela se daba sólo en los pupilos, esto es, a los que no han llegado a la edad de la pubertad y la curatela a los adultos menores de 25 años, a

los mayores que son dementes, fatuos o pródigos y aun interinamente a los pupilos por ausencia, incapacidad temporal o impedimento del tutor.

- 2) La tutela se daba principalmente para la custodia de la persona del pupilo y secundariamente para la de sus bienes y la curatela por el contrario se da primeramente para la guarda de los bienes del menor y accesoriamente para su persona.
- 3) La tutela se daba a los pupilos aunque no la aceptaran y la curatela no se daba a los adultos sino la querían a menos que fuera para pleitos.
- 4) La tutela era testamentaria, legítima y dativa y la curatela era sólo dativa excepto para el furioso o mentecato, a cuyo favor estaba establecida la legítima; bien que la curatela que el padre dejaba al hijo en testamento debía ser confiada por el juez, sin que hubiera inconveniente.
- 5) La tutela se acababa cuando el pupilo llegaba a la pubertad; en la curatela cuando el menor cumplía 25 años o el loco recobraba el juicio o el pródigo las buenas costumbres.

Por lo que, la curatela, se diferenciaba de la tutela según la Partida, en que ésta se proveía para la defensa y guarda de los menores de 14 y 12 años según fueren varón o mujer, y aquella para los mayores de 14 y 12 años y menores de 25 capaces, y aun para los mayores de edad que fuesen locos o desmemoriados, además, la tutela se daba a los pupilos sin consultar su voluntad y la curatela no podía imponerse a los menores si no la querían.

Paso en nuestro derecho histórico, a las leyes de Partidas, mientras que en los fueros Juzgo, Viejo, Municipales y Real, se admitió una sola institución de protección con el nombre de guarda.

Los principios recogidos en las partidas subsistieron en nuestra antigua legislación, pero unos cuantos años antes la Ley del Enjuiciamiento Civil de 1818 estableció tres clases de curatela:

Ad bona, que se otorgaba por razón de menor edad, concediéndose a los púberes menores de 25 años. Podía ser sólo testamentaria y dativa, no existiendo la legítima.

La ejemplar, que se establecía por razón de incapacidad física o moralmente, cualquiera que fuese la edad de los incapacitados y era testamentaria, legítima y dativa. La legítima correspondía al padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapaz siempre que tuvieran capacidad para ejercerla, y la dativa, a la persona que nombraba el juez.

La curatela *Ad Litem* o para pleitos, que se otorgaba a los menores sujetos a la patria potestad, tutela o curatela cuando, respectivamente no pudieran representarlos en un juicio con acuerdo a las leyes y para los menores o incapacitados que tuviesen nombrado tutor o curador. Esta curatela correspondía nombrarla al juez que debía hacer el nombramiento de curador en un pariente inmediato del menor si lo hubiere; en su defecto, en persona de su intimidad o de la de su confianza que fuere apta. Los menores de 25 años, pero mayores de 14 y de 12, según sus respectivos sexos, podían designar curador para pleitos a quien creyesen conveniente, siempre que tuviera la aptitud legal necesaria para representarlos en juicio.

Las Partidas adoptan debido a la influencia recibida del derecho Justiniano el régimen de protección a los menores huérfanos; por lo que, introdujeron el sistema romano de tutela unipersonal, con algunas excepciones, y así, coexistió en el derecho español la tutela y la curatela.

El sistema de protección de los menores consistía en la intervención del juez, la cual, era constante desde el nombramiento o confirmación del tutor, la recepción de los fiadores y la formación de los inventarios. Una vez constituida la tutela, correspondía al juez nombrar a la persona encargada de la crianza de los huérfanos; fijar la cantidad que ha de emplearse para el sustento del huérfano; autorizar al guardador a vender los bienes del menor siempre que

haya una causa justificada. Si el tutor era acuitado de sospechoso, el juez atiende la acusación y, de probarse los hechos, removía al tutor inadecuado.

Para los huérfanos carentes de familia en las Partidas se establece la responsabilidad real en los casos de prohijamiento (adopción de menores de 7 años y mayores a de 14), esto se podía realizar con el otorgamiento del rey.

La regulación de la protección de los menores huérfanos en las Partidas corresponde a un sistema de autoridad. La familia interviene sólo para ejercitar la acción judicial, solicitar el nombramiento de tutor o acusarlo de sospechoso. El control y la vigilancia del tutor corresponden a la autoridad jurisdiccional.

En Valencia existió un magistrado denominado "Padre de los huérfanos, su función era supuestamente cuidar a los niños pobres y huérfanos, entre sus atribuciones estaba la de colocar a los niños pobres y huérfanos como aprendices para evitar la vagancia. Dicho magistrado tenía facultades de jurisdicción para conocer las demandas de salarios debidos a los huérfanos".²⁰

A estas funciones de carácter civil, se suman otras de carácter penal como lo era castigar a los huérfanos dentro de su casa con cárcel, azotes, así como otras penas parecidas no graves, cuando abandonaban el empleo.

Por lo que, tal parece que la función del padre de los huérfanos era esencialmente evitar la vagancia, se puede apreciar que poco interesaba la situación personal de los menores abandonados, asimismo se hace notar que este padre de los huérfanos más que protector era una persona represora.

Posteriormente, la exposición de motivos del Código de 1870, contiene un párrafo muy interesante como es el que "la comisión a dado al curador un carácter distinto del que hoy tiene. En lo venidero será un vigilante fiscal del tutor y una nueva garantía del incapacitado. Por esta razón se dispone que todos los sujetos a tutela tengan un curador. Su nombramiento, sus

²⁰ ISABAL. Voz, Padre de los Huérfanos. Enciclopedia Jurídica Española, Barcelona 1910, t. XXIV, pp. 204-207.

impedimentos y excusas serán los mismos que los de los tutores; sus obligaciones además, de las que le imponen los capítulos anteriores, vigilar al tutor, dar parte al juez de lo que crea dañoso al menor, y de la falta de tutor para que provea conforme a derecho. Puede renunciar a los diez años, tendrá un honorario, y será indemnizado de los gastos que haga y de los perjuicios que sufra”.

1.3. EN FRANCIA

La tutela, en Francia, dice Planiol, es un mecanismo con tres ruedas: El Consejo de Familia, en quien reside la potencia tutelar; en segundo término, el tutor que obra, y después el subrogé tuteur, que vigila a aquél y le reemplaza en caso necesario. Es, pues, la tutela un pequeño gobierno que tiene su asamblea deliberante, su poder ejecutivo y hasta su pequeño censor.

Así, en el derecho francés se conoce al tutor subrogado, que a la vez que tutor suplente ejerce vigilancia sobre los actos del tutor.

Por lo que, al revisar el sistema francés, Colin y Capitant destacan:

- A. “La tutela se abre, a falta de guarda noble o común a la muerte del padre o de la madre. El superviviente no conserva, por lo tanto, la patria potestad más que sobre la persona del hijo. En este caso hay coexistencia de la tutela y la patria potestad.

- B. El juez es el que designa tutor en todo caso, aunque existan el padre o la madre. De aquí el adagio: en Francia todas las tutelas son dativas. Este principio, excelente por sus resultados favorables al interés del menor, se propagó también por los países de derecho escrito, en los que se admite que la tutela dativa, es decir, la deferida por el juez, es la de Derecho común, salvo una sola excepción a favor de la madre superviviente y del pariente más próximo de la línea paterna.

- C. La tutela dura, no hasta el fin de la impubertad, sino hasta la gran mayor edad y es decir, los veinticinco años.

- D. Se instituye un protutor al lado del tutor con la misión de vigilar la formación del inventario, de pedir en caso necesario la remoción del tutor y de sustituirle en la representación del menor en caso de presentarse un conflicto de intereses entre uno y otro.

- E. Se ve aparecer una asamblea de parientes, que propone el tutor para que lo elija el juez y da su consentimiento cuando el tutor quiere realizar un acto importante, tal como la colocación del dinero del pupilo o la venta de inmuebles. Para esta última operación, hasta es también necesario el consentimiento del juez.”²¹

Podemos observar que en Francia en el siglo XVIII, la familia había asumido la tutela de menores huérfanos. Los parientes reunidos en la asamblea designaban al tutor y lo autorizaban a realizar los actos más importantes de la tutela.

Posteriormente, la ley de julio de 1903, señalaba que la tutela es la forma que reviste la protección legal de los menores cuando no existe la patria potestad; su papel es esencialmente supletorio. El tutor esta destinado a sustituir al padre y a la madre, que son los tutores naturales, los primeros y los mejores de todos. Por tanto, parece que la tutela no debería de coincidir con la patria potestad. Nunca era todo esto posible en el derecho romano: el hijo solo se sometía a tutela cuando era *sui juris*, es decir, cuando estuviese liberado de la patria potestad. En el derecho francés a menudo sucede que un menor se encuentra sometido a la vez a la patria potestad y a la tutela. Este cambio no parece ser muy remoto. En el siglo XIII regía todavía la ley romana de que la tutela no tiene razón de ser si no para sustituir a la patria potestad. La idea de una tutela organizada desde la defunción de uno de los padres, aun cuando el

²¹ CAPITANT. Henri, Vocabulario jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1961, págs. 97,98.

otro viva, parece haberse originado por una confusión entre el título del tutor y la función del gestor del patrimonio ajeno. Por su naturaleza primitiva la patria potestad no implica la facultad de administrar los bienes de los hijos, puesto que su principio es la imposibilidad de la existencia de un patrimonio propio de éstos, ya que todo lo que adquiría el *filius* o la *filia* llegaba a ser de la propiedad del padre; por su parte, al tutor no correspondía cuidar de la persona del pupilo, y toda su misión se refería a los bienes. De aquí se llegó a considerar que el padre o la madre supérstite adquieren el carácter de tutor, tan pronto como se trata de administrar el patrimonio perteneciente a sus hijos, es decir, cuando su cónyuge hubiera muerto. Respecto a los hijos naturales, la situación ordinaria esta representada por este concurso de las dos formas de protección.

En 1790 a través de un decreto se transforma la asamblea de parientes en un verdadero tribunal domestico y después, el Código de Napoleón que otorga a la pequeña asamblea familiar la calidad de consejo de familia encargado de controlar y vigilar la tutela. En auxilio de este órgano, el tutor subrogado desempeña una función fiscalizadora sobre las actividades administrativas del tutor. Con el consejo de familia y la figura del protutor, aparece por primera vez un control para la tutela, ejercido ya no por un grupo familiar indefinido, sino por un organismo legalmente constituido. Los cambios introducidos marcan la aparición en la historia de otro sistema de control de los órganos tutelares.

La innovación legislativa francesa no resulta ser un hecho aislado. Por el contrario, el modelo napoleónico influye en gran parte las codificaciones europeas del siglo XIX y en varias latinoamericanas a través del Código Español del siglo pasado.

Alemania, en cambio, es un ejemplo de país que se mantiene al margen de la influencia francesa. Desde que un monarca germano tiempo atrás declara la supertutela regia, no vuelve a abandonar este principio. Las amplias facultades otorgadas al rey en materia de tutela, que en un principio son realizadas por sus representantes jurisdiccionales, son atribuidas después a los Consejos de las ciudades.

1.4. EN ALEMANIA

En el sistema alemán la tutela se organizó de manera distinta que en Francia. Según el sistema alemán, la protección de los menores corresponde principalmente al Estado, quien la ejerce por medio de un tribunal especial, el tribunal de las tutelas.

Sólo por excepción esta facultad es delegada al Consejo de Familia, cuyo papel es menos importante que en Francia; sólo se nombra en casos determinados. El tutor está obligado a rendirle una cuenta anual de su gestión; además, el tribunal puede, en cualquier momento, exigirle informe sobre el estado de los negocios del incapaz (artículo 1839 Código Civil). Por último, puede usar contra el tutor medidas de apremio por medio de multas que llegan hasta 300 marcos. Existe, por otra parte, en cada municipio, un consejo de huérfanos, encargado de vigilar especialmente a la persona de los menores (artículo 1759, 1459 y ss., Código Civil alemán).

En el derecho alemán la tutela establece un régimen de protección para el menor de edad no amparado por la patria potestad y del mayor interdicto. Sujeción esta que se refiere tanto a la persona como a los bienes del incapaz. (art. 1773, Código Civil).

Por lo que, la patria potestad y la tutela funcionaron en su origen, teniendo en cuenta el provecho de la familia más que el interés del propio incapacitado y se concebía como un derecho más que como un deber del jefe de grupo de parientes. Por esa razón la tutela legítima, se presentaba solamente cuando el menor tenía bienes y la ejercían los herederos más próximos del referido jefe de grupo. Los herederos desempeñaban el cargo de tutor aún cuando se hallasen incapacitados para administrarlo, por razón de impubertad o enfermedad mental.

La tutela testamentaria, la cual, como su nombre lo dice, es la que se designa a través del testamento, hizo pasar a segundo rango a la tutela legítima y transformó la naturaleza de ésta de un derecho puro y simple de quien lo asumía, en una carga impuesta a los tutores en interés de los incapaces.

1.5. EN MÉXICO

En México, durante la vigencia de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 los Estados tenían la facultad de legislar en materia civil, pues en el artículo 161 se disponía que “era obligación de los Estados la de publicar por medio de sus gobernadores, su respectiva constitución, leyes y decretos”.

Durante toda esta época como es de imaginarse se vivió una inestable situación en cuanto a los ordenamientos civiles y por consiguiente en todo lo concerniente a los problemas que surgían en cuanto a la familia, pues las disposiciones que existían no alcanzaron fuerza obligatoria.

Por lo que, en un principio, en el México colonial se aplicaron los distintos textos legales vigentes en España, especialmente las Partidas, que ya se mencionaron anteriormente, así como algunas disposiciones más específicas, tal es el caso del Decreto Real de Carlos IV, el cual data del 23 de enero de 1794, por medio del cual se declaró que los expósitos quedaban bajo la protección real. Los administradores de la casa de los desamparados eran funcionarios públicos encargados del cuidado de los menores que se recluían en esos lugares y fueron responsables de entregar a los menores a personas que pudieran garantizar que podían proporcionarles una buena enseñanza y educación, así como, valores.

Se entiende por expósito al o los recién nacidos, abandonados, expuestos, o confiados a un establecimiento benéfico

Las Juntas Provinciales de Beneficencia también intervenían en la protección de menores abandonados. Un reglamento de mayo de 1852 estableció que a estas Juntas correspondía la tutela y la curaduría de los menores que se crían en los establecimientos de expósitos. En los lugares donde no hubiera Juntas Provinciales, correspondía a las Juntas Municipales de beneficencia el cuidado de recibir a los expósitos.

Ambas Juntas debían proporcionar a los niños expósitos o abandonados nodrizas sanas y honradas que se encargaran de criarlos en sus propias casas, y sólo en caso de no poder lograr esto, los hacían conducir a casas de maternidad.

Las damas de sociedad también se interesaron por los menores abandonados. Las Juntas Provisionales establecía juntas de señoras que, en concepto de delegadas, acudían a las casas de expósitos para verificar el trato que se les proporcionaba a los menores.

Fue el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870, el que concluye la época correspondiente al proceso codificador de aproximadamente 50 años antes y el cual tuvo como fuentes inspiradoras al Código Napoleónico, los principios del Derecho Romano, los Códigos de Cerdeña, Austria, Holanda y Portugal. Dicho Código fue adoptado sin modificaciones por la mayoría de los Estados, el cual, entre otras cosas, disponía sobre las Instituciones del Derecho Familiar, como lo era el matrimonio, el parentesco, los alimentos, el divorcio sólo por separación y no con ruptura del vínculo matrimonial, la paternidad y filiación, la patria potestad, la tutela y curatela, a la emancipación y mayoría de edad, entre otros. Este Código no regula la adopción ni al concubinato en forma especial.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1870 colocó a los menores bajo la tutela de las personas que los hubieren recogido. Estas tenían las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores; con ello se responsabilizaba a la persona que tuviera bajo su guarda y cuidado de su crianza a un menor, del trato que le dieran.

“Cuando los niños eran recogidos en inclusas, hospicios u otras casas de beneficencia, los directores de estos establecimientos desempeñaban la tutela con arreglo a las leyes. No se requería el discernimiento para ejercer el cargo.”²²

La Comisión Legislativa del Código, con una clara visión de la realidad, intuyó que el consejo de familia no correspondía a las costumbres de la sociedad. Sabiamente consideró que la reunión de parientes podía ser más causa de disturbios que de soluciones, cuando no hubiere respeto a la jerarquía doméstica.

“Por las fuertes restricciones impuestas en el Código para la administración de los bienes del menor, y con la intervención constante del juez y del Ministerio Público, podían obtenerse mayores ventajas que con la actuación del consejo de familia. Además, se evitaba el inconveniente de aumentar el número de personas que intervinieran en las decisiones más importantes de la tutela, y que en ocasiones, podían retardar la conclusión de importantes negocios”.²³

El artículo 430 del primero de nuestros Códigos establecía:

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

²² MATEOS ALARCON, Estudios sobre el Código Civil para el Distrito Federal, t. I, personas, México 1985, pág. 343

²³ BRENA SESMA, Ingrid, Intervención del Estado en la tutela de menores, México, UNAM, 1994, pág 38.

Se puede observar, que en dicho Código, la tutela tenía la función tanto de la guarda del incapaz como de sus bienes, siempre y cuando no estuvieran sujetos a patria potestad.

Posteriormente se reformó el Código Civil de 1870 y se sustituyó por el publicado el 31 de Marzo de 1884, el cual, tenía el mismo contenido y estructura que el anterior Código, únicamente se reitero en el artículo 430 el texto anterior; agregándole un párrafo que establece:

“La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.”

Considero, que es importante destacar, que la tutela, siempre ha sido regulada en la legislación mexicana, y aunque al principio no se establecían todas sus características y efectos, tal regulación ha ido evolucionando día con día, y aunque aun hay cosas por mejorar, no cabe duda que la tutela es una figura jurídica de gran trascendencia.

Posteriormente, vino la Ley Sobre Relaciones Familiares de 9 de abril de 1917 que también expidió Venustiano Carranza, la cual, contenía 555 artículos que regulaban todo lo concerniente al Derecho de Familia, con las mismas instituciones contenidas en el Código de 1884, la cual, en su artículo 298, reprodujo textualmente la regla transcrita y finalmente, el Código Civil de 1928, en su artículo 449 insiste en la misma redacción, con la única variante que en las leyes anteriores se mencionaba la palabra “señala” y el actual dice “señale”. Sin embargo, se le agregó un párrafo complementario que amplía el principio, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 449:

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

también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

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

Dentro del Capítulo de Disposiciones Generales de dichos cuerpos de leyes, se reconoce la problemática de los incapaces. Así se le da a ella un doble aspecto: la natural y el legal. Al respecto Esteban Calva señalaba en su análisis de las instituciones de Derecho Civil, según el Código del Distrito Federal y territorio de la Baja California “la tutela se ejerce sobre los incapaces; y esta incapacidad, que los sujeta a la vigilancia de un extraño, es de dos especies: natural o legal. La incapacidad natural es la que proviene de la naturaleza, como la de los niños y los locos; la incapacidad legal es la que la ley civil declara que existe en algunas personas fundada en razones de conveniencia social”²⁴.

El mismo legislador decía en el artículo 431:

“Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad no emancipados;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- III. Los sordo-mudos que no saben leer y escribir”.

El Código de 1884 reiteró la anterior disposición en su artículo 404 y sin embargo, la Ley Sobre Relaciones Familiares, en su artículo 299 suprimió del texto de la fracción I el concepto “no emancipados”; dejando solo la referencia a los menores de edad; pero a la vez, agregó una fracción IV, en la que incluye

²⁴ CALVA, Esteban, Instituciones de Derecho Civil, T. I, imprenta de Díaz de León y White, México 1874, pág. 182.

a los ebrios habituales. Por su parte, el Código Civil de 1928, conservó en el texto de su artículo 450 las mismas fracciones, variando solamente la redacción de esta última, en la que en lugar de hablar de ebrios habituales señala:

"IV: los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

Al hacer mención la fracción I del citado artículo, a menores no emancipados, se refiere a los menores e edad que no han contraído matrimonio, de lo contrario, sólo contarán con incapacidad legal para realizar ciertos actos jurídicos, los cuales indicaremos, más adelante.

Como podemos observar la fracción II del texto citado establece que la locura, idiotismo o imbecilidad, son circunstancias que afectan la inteligencia de las personas, sin embargo, resulta difícil encontrar una clara y precisa diferencia entre las dos últimas. Al respecto el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, indica que "loco es el que ha perdido la razón y que usase también como sustantivo, atribuyéndose a las personas de poco juicio, disparatadas e imprudentes, incluyendo en su explicación a la locura como la privación del juicio o del uso de la razón. Por su parte, la misma obra explica que idiota es el que padece de idiocia; equivalente de la persona ayuna de toda instrucción y califica como idiotismo (en lenguaje o estilo familiar), la ignorancia o falta de letras e instrucción; finalmente dice que imbécil es el alelado, escaso de razón y también la perturbación del sentido".²⁵

Por otra parte, el primero de los citados ordenamientos, es decir, el Código Civil de 1870, señala en su artículo 432:

"Tienen incapacidad legal:

I. Los pródigos declarados conforme a las leyes;

²⁵ Cfr, Diccionario de la Lengua Española, T. IV, 19ª. ed., Madrid 1970, págs. 734, 737.817 y 818.

II. Los menores de edad legalmente emancipados para los negocios jurídicos”.

Dicho ordenamiento en su artículo 473 explica que la prodigalidad consiste en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastando de modo que se consuma más de lo que importen las rentas o utilidades de los bienes en cosas varias e inútiles.

Sin embargo; el legislador del Código de 1870, hace una excepción en el artículo 474 por el cual no se consideraba prodigalidad el empleo de los bienes en cualesquiera empresas industriales, mercantiles o agrícolas, aunque el mal éxito de ellas se daba a falta de conocimientos o experiencia del sueño; pero si se consideraba como tal la disipación de los bienes en el juego, la embriaguez y la prostitución, agregándose que en esos casos, la tutela del pródigo puede cesar a los tres años, si él lo pide; probando en debida forma su buena conducta y consintiendo el curador y el Ministerio Público, previa audiencia del mismo tutor.

Esta figura de incapacidad desapareció de nuestra legislación, ya que en el Código de 1884 no fue incluida y fue reducida solamente a una: la del menor de edad emancipado. Este sistema legislativo fue conservado por la Ley de Relaciones Familiares y el Código de 1928 amplió el concepto indicando en su artículo 451:

“Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el artículo relativo al capítulo primero del título X de este libro”.

En relación con lo anterior, el artículo 641, establece que:

“El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad”.

De igual forma el artículo 643 establece que:

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

- I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.
- II. De un tutor para negocios judiciales”.

Considero que, el objeto principal de que hasta cumplir la mayoría de edad, es decir, los dieciocho años, para disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes, tiene la finalidad de proteger los intereses del menor, ya que, si bien es cierto que ha asumido la responsabilidad del matrimonio, puede verse afectado en sus intereses por su falta de madurez.

Por otra parte, en el Código Civil de 1870, se consignaban tres capítulos subsecuentes sobre declaración de estado, interdicción de los pródigos y sobre estado de interdicción. En el segundo de nuestros Códigos se suprimieron dos de ellos, subsistiendo solamente el relativo al estado de interdicción que mantiene vigencia hasta nuestros días, que al respecto establece:

Artículo 635:

“Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537”.

Asimismo, permanecen en el cuerpo tradicional de la tutela, en todo nuestro sistema jurídico, las tres clasificaciones de la tutela, que ya hemos mencionado: testamentaria, legítima y dativa.

De igual forma las legislaciones anteriores han incluido hasta la vigente capítulos sobre las personas inhábiles para el desempeño de la tutela, así como, de las excusas y de las garantías que deben presentarse para su

desempeño; de las cuentas de su administración y de las formas de su extinción, también sobre la entrega de bienes; temas que explicaremos en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO II
MARCO CONCEPTUAL DE LA TUTELA

2.1 DEFINICIONES LEGALES

EL Código Civil para el Distrito Federal define a la tutela, al señalar el objeto que le atribuye, el cual es:

Artículo 449: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

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

En la tutela, según el artículo 449 del Código Civil se cuidará preferentemente de la persona del incapacitado, por lo que, se puede observar un profundo sentido moral, al establecer el legislador, esta preferencia de la persona sobre el patrimonio, lo cual, no significa el descuido de este.

El artículo 413 al que hace referencia el citado precepto a la letra dice:

Artículo 413: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal".

Antes de las reformas hechas al Código Civil para el Distrito Federal en el 2000, las resoluciones citadas en el precepto anterior, estaban a cargo de la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

En relación a la patria potestad, que cita el artículo anterior podemos establecer que: "es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos para su protección y formación integral, desde la concepción de estos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado".²⁶

Se puede observar que las figuras de la tutela y la patria potestad tienen una gran similitud y están estrechamente relacionadas, ya que ambas se encargan de la guarda y custodia de los menores o incapaces con la diferencia de que el objeto principal de la tutela es el cuidado de la persona y en segundo término sus bienes; además de que la tutela se da cuando no existe la figura de la patria potestad, es decir, a falta de padres y/o abuelos; en cuyo caso el tutor adquiere la patria potestad sobre el menor o incapacitado. Dicha figura la analizaré mas adelante.

En conclusión, de conformidad con lo establecido en el artículo 449 del ordenamiento legal en cita, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

De igual forma, cuando el citado artículo, hace referencia a los incapacitados, se puede determinar quienes se consideran incapaces en derecho, teniendo en cuenta que en principio toda persona es capaz excepto aquella que específicamente señala la ley como incapaz, lo cual, explicaremos a continuación.

²⁶ DE LA MATA PIZANA, Felipe, et al, Derecho Familiar y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal, Edit. Porrúa, México 2004, pág. 459.

Para empezar, podemos decir que el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal nos señala que: "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".

De acuerdo con el artículo 22 se protege al ser que no ha nacido para que cuando nazca, pueda ser titular de los derechos establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal, en los artículos 1392, 1314, 2357 y 2359 que se refieren a la posibilidad de que el concebido no nacido pueda ser heredero, legatario o donatario, los cuales, le fueron conservados hasta que se verifique el nacimiento.

Por su parte, Galindo Garfías nos dice que: "Se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo".²⁷

Es decir, que el concebido disfruta de capacidad jurídica, entendida ésta como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones.

Al respecto, el diccionario Larousse Usual, concepción significa: "la acción que hace que el niño o el animal exista". El término concebir significa: "quedar encinta la hembra".²⁸ Desde el momento que el óvulo es fecundado por el espermatozoide se comienza a formar el feto, por lo tanto, desde la unión de estas dos células comienza el embarazo.

Por otra parte, y en relación con lo anterior, el artículo 337 del Código Civil establece que sólo se considera nacido el feto, una vez desprendido enteramente del seno materno y sobrevive 24 horas o bien es presentado vivo

²⁷ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., Pág. 387.

²⁸ Diccionario Larousse Usual, Ediciones Larousse, México 2000, pág 140.

en el Registro Civil. Por lo que sólo cumpliendo con estas características, podrá considerarse que el niño(a) nació vivo(a).

Lo anterior fue citado, en razón de que, es necesario distinguir entre la capacidad de goce que es aquella que tiene toda persona para ser titular de derechos y obligaciones, independientemente de sí puede ejercerlos o no; y la capacidad de ejercicio que es la aptitud que tiene la persona para hacer valer sus derechos y cumplir con las obligaciones por sí mismo.

Ya que ha quedado claro lo anteriormente citado, con respecto a la capacidad, es indispensable señalar, que se debe entender por incapacidad toda anomalía física o psíquica persistente que impide a la persona gobernarse por sí misma (esquizofrenia, retraso, sordomudez, él que no sabe leer ni escribir, entre otros supuestos), para lo que el artículo 450 del Código Civil nos establece que 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 pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla”.

Cuando el precepto nos habla de capacidad legal y natural se refiere a la capacidad de ejercicio, ya que las personas que se mencionan en dicha fracción si tienen capacidad de goce, pues ésta la adquiere toda persona desde el momento que nace (con la excepción de los derechos que hace el Código al concebido que aún no ha nacido).

Las personas que de acuerdo con el Código carecen de capacidad de ejercicio, podrán ejercer sus derechos y dar cumplimiento a sus obligaciones a través de un representante, en donde, ingresa la figura de la tutela.

En cuanto a los menores de edad emancipados por razón del matrimonio: tienen incapacidad legal para los actos relativos al contrato de prestación de servicios, según el artículo 451 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es pertinente mencionar en este apartado lo relativo a la tutela interina ya que esta tiene por objeto hacer frente a los casos de emergencia que posteriormente se señalarán, a fin de no ver abandonado el interés del menor o incapacitado, en los casos en que el tutor definitivo no puede o no debe, transitoriamente representarlos.

Asimismo, el Código Civil del Estado de México, establece que:

Artículo 4.229: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y de sus bienes, respecto de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados".

De lo señalado en el párrafo que antecede, se desprende que el fin primordial de la tutela; al igual que en el Código Civil para el Distrito Federal, es la protección del incapaz, pasando a segundo término los bienes, lo que se corrobora con el contenido del segundo párrafo del precepto legal mencionado, que establece que en la tutela se cuidara preferentemente de la persona de los incapacitados, ya sea menores de edad o mayores en estado de interdicción.

Por su parte, el Código Familiar del Estado de Hidalgo, establece acerca de la tutela, lo siguiente:

Artículo 277: "La tutela es un acto jurídico cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda. Puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos que señale la ley".

Dicha definición, que nos ofrece el Código Familiar del Estado de Hidalgo, a diferencia de los antes mencionados, establece que la tutela es un acto jurídico, entendiendo a este como la: "manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin directo es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en provecho de una o de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica general y permanente, o, al contrario un efecto de derecho limitado que conduce a la formación, a la modificación o a la extinción de una relación de derecho".²⁹

Con base a lo anterior, podemos decir que el acto jurídico es una modificación de la realidad exterior, es decir, como el autor nos señala como una manifestación de la voluntad la cual produce, transmite, extingue o modifica consecuencias de derecho, precisamente por la voluntad de las partes.

Por su parte Bonnecase, establece que el acto jurídico consta de dos elementos, los cuales son:

1. El psicológico, voluntario, personal, y
2. El formado por el derecho objetivo.

Si falta alguno de estos dos elementos, no se producirá ningún efecto de derecho, ya que si no existe la voluntad, el derecho objetivo no puede producir por sí solo el acto, de igual forma, si falta el derecho objetivo tampoco es

²⁹ BONNECASE, JULIEN, Elementos de Derecho Civil, Ed. Cajica, Puebla, México 1945, Traducción de José M. Cajica Jr., págs. 144 y 145.

suficiente la voluntad para que se produzca el acto, porque en este caso el derecho no le reconocerá efectos jurídicos.

Por lo que, se puede definir al acto jurídico familiar como una manifestación exterior de la voluntad que crea, extingue, transmite, declara o modifica derechos subjetivos familiares o situaciones jurídicas relacionadas con el estado civil de las personas; en este caso, para que exista acto jurídico se requiere un acuerdo de voluntades y podría interpretarse que el tutor y el pupilo acuerdan unirse por medio de la tutela, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda. Puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos que señale la ley.

2.2. DEFINICIONES DOCTRINARIAS

Del latín tutela, que a su vez deriva del verbo tueor que significa preservar, sostener, defender o socorrer. En su más amplia acepción quiere decir “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”.³⁰

Tratándose del derecho civil, cabe destacar que el concepto anterior, sólo se aplica a las personas incapaces de ejercicio, ya sea menores de edad o mayores interdictados, es decir, cuando aquellos requieren un reemplazo de la patria potestad, por ejemplo; cuando los padres y abuelos han muerto o una prolongación de la misma, cuando se trate de mayores de edad que por su enfermedad o por su estado de discapacidad no puedan gobernarse por sí mismos.

³⁰ HUBER OLEA, Francisco José, Código Civil para el Distrito Federal; con todos los valores agregados, Ed. Legis Francisco Huber Olea, pág 143.

Henri Capitant la explica diciendo que es "una institución creada por la ley para protección de los menores e interdictos".³¹

Me parece una definición incompleta, ya que el autor no contempla una de las características principales de la tutela, como es que ésta comprende tanto la persona del incapaz como su patrimonio.

Para el Maestro Ignacio Galindo Graffias la tutela "es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio".³²

El autor antes citado, afirma que la tutela es un cargo civil de interés público y de ejercicio obligatorio, lo cual, se desprende de la lectura al artículo 452 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala que la tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima, por lo que se puede decir, que por ser parte del Derecho de Familia, ni los particulares, ni el poder judicial pueden modificar la tutela, el nombramiento del tutor en ejercicio de sus poderes, garantías, suspensión, etcétera. De aquí se deduce que como representación legal es obligatoria aún cuando se admitan excusas para el desempeño del cargo.

El maestro Rafael de Pina nos dice que "La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica. Es, por lo tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia".³³

³¹ CAPITANT, Henri, Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires Argentina, 1961, pág. 555.

³² GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil: personas, familia, 14ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995, pág. 712.

³³ DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 1995, págs. 385-386.

Este autor, nos reitera que la tutela es una Institución Jurídica que tiene por objeto la guarda de la persona o bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos, asimismo que la tutela, surge cuando ni los padres ni los abuelos puedan ejercer la patria potestad, ya sea porque hayan muerto o estén incapacitados para ejercerla y es aquí cuando se sule la primera por la segunda, por lo que estas dos instituciones están dentro del terreno del derecho de familia.

De igual forma, Valverde y Ruggiero, entre otros, considera que la tutela es un cargo público, fundándose en que es una manera que el Estado tiene de otorgar la protección a la infancia; para otros, como Sánchez Román y Clemente de Diego, por ejemplo, la tutela es un cargo privado, por constituir a su juicio más que una función y una carga, "un ministerio privado".

Considero, al igual que los anteriores autores, Valverde y Ruggiero que la tutela se encuentra dentro del ámbito del derecho público, dado que interviene el Estado al designar al tutor por medio del Consejo Local de Tutelas, sin embargo también considero que se encuentra dentro del derecho privado como lo señalan los autores Sánchez Román y Clemente de Diego, ya que se da entre particulares; pero en México y particularmente en el Distrito Federal, el Código Civil establece que la tutela es un cargo de interés público.

Por su parte, Planiol y Ripperit la han definido como "una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrarlo".³⁴

Cabe destacar de dicha definición, que nos encontramos ante personas jurídicamente capaces, que por ende son aptas para la protección de los menores de edad o incapacitados.

³⁴PLANIOL Y RIPPERT, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, T. I, Págs. 416.

Otro concepto es que: "La tutela es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a patria potestad, sea porque ambos padres han muerto, o porque los menores son de filiación desconocida, o porque aquellos han sido privados de la patria potestad. En tal caso, como el menor de edad no puede quedar en la desprotección que significa no contar con alguien que dirija y se ocupe de los problemas atinentes a su persona y a sus bienes, es necesario designarle tutor".³⁵

La definición anterior me parece acertada, ya que hace alusión al derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.

Asimismo, se observa que la nota fundamental de la tutela, es el fin de protección, puesto de relieve por su misma etimología, y que hace de ella la más importante institución de guardería legal, establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando falta la patria potestad.

El autor Manuel Peña nos explica al respecto que: "Se distingue de las demás instituciones tutelares porque en ella se confiere al designado judicialmente para ejercer el cargo una potestad tuitiva general sobre el menor o el incapacitado".³⁶

Según el autor, es general por el ámbito de intereses que alcanza la protección, ya que la tutela tiene como objeto la guarda y protección, tanto de la persona como de los bienes del menor o incapacitado.

Asimismo, es general por el ámbito de sus facultades, es decir, el tutor tiene potestades asistenciales y representativas, las cuales, comprenden las

³⁵ BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A., Zannoni, Manual de Derecho de Familia, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, pág. 563.

³⁶ BERNALDO DE QUIROS, Manuel, Derecho de Familia, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 1989, pág. 561.

facultades de administrar y disponer, cumpliendo con los requisitos que establece la ley.

Aunque ya analizamos de forma general algunas definiciones acerca de la tutela, es de interés, extender y conocer los conceptos y definiciones sobre la materia, que nos dan diferentes tratadistas reconocidos, sin perjuicio claro de las ya mencionadas, por lo que, entre otras tenemos:

El autor advierte que al referirse al término, función que la ley confiere, contempla tanto a la tutela legítima como a la dativa y a la testamentaria.

Por su lado Guillermo Borda, transcribe el concepto dado por el Código Civil Argentino en el artículo 377, agregando lo que a continuación se cita: "En su esencia, la tutela es una institución de amparo, se procura dentro de lo que humanamente es posible que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres; que cuide del menor, velando por su salud moral, atendiendo su educación, administrando sus bienes; que supla su incapacidad, llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural".³⁷

Según esta definición la tutela es una manera de dar protección social a los débiles y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano.

Por su parte Eduardo Busso nos dice que "la tutela es la misión conferida por la ley a una persona capaz a los efectos de cuidar de un menor o un interdicto, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles".³⁸

Al respecto la Enciclopedia Jurídica Omeba nos define a la tutela como "la potestad que por mandato legal se otorga a una persona capaz en beneficio

³⁷ BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil Argentino (Familia), T. II, Buenos Aires 1962, Pág. 259.

³⁸ BUSO, Eduardo B., Código Civil Anotado, T. II, Buenos Aires 1945, Pág. 910.

de un interdicto o menor – en este último caso se dinamiza con carácter de supletoria de la patria potestad (no en la misma extensión) -, para dirigirlo cuidando de su integridad física y moral, representarlo en los actos civiles y administrar sus bienes”.³⁹

Es importante destacar que la citada definición nos indica algunas de las características de la tutela como lo es, el que es una potestad que por mandato legal se otorga a una persona capaz; así como, que es una institución supletoria de la patria potestad. Se puede interpretar como en las anteriores definiciones que el papel del tutor es el de proteger la persona del incapaz, procurando siempre su rehabilitación y bienestar y administrar sus bienes.

Después de haber analizado en forma general algunas definiciones acerca de la tutela es importante señalar los sujetos que intervienen en esta, los cuales, veremos en el siguiente subcapítulo.

2.3 PERSONAS SUJETAS A TUTELA

Los sujetos que intervienen en el Derecho Familiar son por regla general, personas físicas unidas al núcleo familiar, aunque, en ocasiones tengan alguna ingerencia ciertos órganos estatales, como ocurre en la tutela, la patria potestad, la adopción, el reconocimiento de hijos, y el matrimonio. Sin embargo, dichos órganos no intervienen como parte del Derecho de Familia, sino como administradores de la potestad estatal u en ejercicio de las funciones que les son encomendadas por la ley. En este sentido los sujetos del derecho familiar en la tutela son precisamente los tutores e incapaces, como lo veremos a continuación, ya que la incapacidad de ciertos sujetos origina que el Derecho Familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela.

³⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba, T. I, pág. 478

A) SUJETOS PASIVOS

En los diversos conceptos que se citaron inicialmente sobre la tutela, como una institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a patria potestad, es decir, se determina quienes son los sujetos pasivos de la misma, los cuales, son los incapacitados en general.

1) Mayores de edad incapacitados

Las personas sujetas a la tutela son, en primer lugar, los mayores de incapacitados y necesitan, puesto que no pueden gobernarse por sí mismos, de manera obligatoria de los tutores para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Es pertinente señalar que la integración de estos tipos de sujetos, a los que hacemos referencia, exige una declaración formal anticipada del estado de incapacidad, teniendo en cuenta las circunstancias que privan al pupilo para que se establezca la pauta y la medida de la actuación del tutor respectivo.

Es decir, no se puede declarar a un mayor de edad incapaz, sino es a través de un juicio que se tiene que realizar y que esta implantado en el Código de Procedimientos Civiles, en este caso para el Distrito Federal, así como, tampoco se pueden violar los derechos o dejarlos sin efectos, salvo que se lleve a cabo bajo el juicio correspondiente, o de lo contrario, atenta la garantía constitucional señalada en el artículo 14 de que "nadie puede ser privado de sus derechos sino mediante juicio llevado ante autoridad competente en el que se sigan todas las formalidades del procedimiento".

Como se desprende del artículo que se transcribe a continuación, los mayores de edad tendrán capacidad de ejercicio siempre que, debido a una limitación o alteración en su inteligencia, o en su integridad física, emocional, sensorial o mental, por una causa permanente o transitoria, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos.

Artículo 450. "Tienen incapacidad natural y legal:

- III. Los menores de edad;
- IV. 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 pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla".

Este artículo ha sufrido varias reformas hasta llegar al texto actual; en su origen tenía cuatro fracciones y en la tercera se hablaba de los sordomudos que no sabían leer o escribir, ya que el legislador consideraba que no podía manifestar su voluntad, por lo cual era necesario que actuaran a través de un representante. Considero que tal consideración era tajante e incorrecta; ya que, los sordomudos pueden gobernarse por sí mismos y/o comunicarse por medio de un lenguaje especial por lo que resulta importante que se haya derogado dicha fracción.

La fracción IV del texto original comprendía el caso de personas en estado de embriaguez o que usaban drogas enervantes, caso que queda actualmente incluido en la segunda fracción del artículo transcrito, siempre que la alteración de dichas sustancias impidan a quien las utilice que pueda gobernarse por sí mismo.

Es pertinente aclarar que no es lo mismo la discapacidad que la incapacidad natural. La discapacidad, es una limitación que tiene una persona que le impide desempeñar actividad normal y la incapacidad como ya vimos anteriormente puede o no tomar su origen en una discapacidad pero se requiere que la persona que la sufre no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo.

Por lo que por incapacidad natural podemos entender la situación en la que se encuentra una persona debido a una causa permanente o transitoria que le impide comprender lo que hace.

2) Menores de edad

En segundo lugar, son sujetos pasivos de la tutela los menores de edad no sujetos a la patria potestad. En este caso no interviene la incapacidad natural para quedar suscritos a la tutela, basta y sobra que se den tres circunstancias: minoría de edad, que por cualquier causa como lo es la muerte de sus padres no estén sujetos a la patria potestad y que no este sujeto a otra tutela general.

Es necesario señalar, como veremos más adelante, que en la tutela, al tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos señalados por la ley, puede existir una de tipo no general, sino interina, aún y cuando el menor este sujeto a la patria potestad o a una tutela general, tal como se desprende del artículo que se transcribe a continuación:

Artículo 449: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

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

B) SUJETOS ACTIVOS DE LA TUTELA.

El tutor es la persona, física o moral no lucrativa, designada en un testamento, en un escrito especial, por el juez o por el menor que como ya dijimos cumple la misión de representar legalmente al pupilo, protegerlo y cuidarlo, así como, administrar sus bienes.

Las personas físicas podrán desempeñar el cargo de tutor y curador de hasta tres incapacitados e incluso pueden ser mas si los pupilos son hermanos, herederos o legatarios de la misma persona.

Las personas morales pueden desempeñar la tutela si reúnen los siguientes requisitos:

- 1) Que no tengan finalidad lucrativa, quedan excluidas todas las sociedades mercantiles, por lo que podrán ser sociedades o asociaciones civiles o bien institucionales de asistencia privada o pública.
- 2) Que su fin primordial sea la protección y atención de las personas a que se refiere el artículo 450 fracción II, o sea, personas que tengan incapacidad natural.
- 3) Pueden desempeñar el cargo del número de personas que su capacidad económica les permita.
- 4) Contar con autorización judicial o autorización de los ascendientes del pupilo. No es claro a qué se refirió el Código Civil cuando estableció que los ascendientes pueden dar su consentimiento ya que, en tal caso, éstos tendrían el ejercicio de la patria potestad o de la tutela legítima y estarían sólo confiriendo la custodia.
- 5) Que el pupilo carezca de bienes.

A continuación, haremos referencia a las características jurídicas que se deben presentar para que exista la tutela.

2.4 CARACTERÍSTICAS JURÍDICAS

En nuestra regulación legal, la tutela se caracteriza por lo siguiente:

A) CARGO DE INTERÉS PÚBLICO

Tratándose de la tutela, este interés público radica en la necesidad de la sociedad de que los incapaces sean protegidos y representados para que puedan actuar en el ámbito del derecho, lo que se desprende de los siguientes artículos:

“Artículo 452. La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima”.

Del artículo transcrito, se desprende que tal ejercicio es una representación legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone. No es un cargo público por que su misión es únicamente de carácter privado: la guarda de la persona y bienes del incapaz. Pero es de orden público como todas las leyes que se refieren a la familia, al estado familiar, al matrimonio y a la protección de los incapaces.

Por ser parte del derecho de familia, ni los particulares, ni el poder judicial pueden modificar la tutela, el nombramiento del tutor, el ejercicio de sus poderes, garantías, suspensión, etcétera. De aquí se deduce que como representación legal es obligatoria aún cuando se admitan excusas para el desempeño del cargo.

B) CARGO IRRENUNCIABLE Y OBLIGATORIO

Por ser como ya mencionamos, un oficio considerado de interés público, quien esta desempeñando la tutela no puede renunciar a su cargo sin causa justa aceptada por el juez; o de lo contrario, la sanción será una indemnización por los daños y perjuicios que de su negativa resultare al incapacitado, pues así lo establece el artículo 453 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 453. El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado”.

Además de la sanción anterior, el que debió ser tutor, también pierde el derecho de heredar al pupilo. Según lo señalado en el artículo 1333 del Código Civil:

“Las personas llamadas por la ley para desempeñar la tutela legítima y que rehúsen sin causa legítima desempeñarla, no tienen derecho de heredar a los incapaces de quienes deben ser tutores”.

C) EXCUSABLE

Como se analizaba, en el primer punto, las personas físicas a las que corresponda desempeñar el cargo de la tutela sólo podrán eximirse por una causa legítima, mismas que establece el legislador en el artículo 511 del Código Civil:

“Artículo 511: pueden excusarse de ser tutores:

- I. Los servidores públicos;
- II. Los militares en servicio activo;
- III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

- IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;
- VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;
- VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría; y
- VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela”.

La última fracción, debe considerarse como un impedimento o como una causa de separación, teniendo en cuenta que se deja a discreción del juez cualquier otra circunstancia que pueda aducirse como excusa justificada para desempeñar el cargo de tutor. Lo importante al respecto es que el nombrado tutor debe en todo caso exponer sus razones ante la autoridad judicial y ser ésta la que declare la justificación de la excusa.

D) GUARDA Y REPRESENTACIÓN DEL MENOR O DEL INCAPAZ

La tutela se da en beneficio del menor no sujeto a patria potestad, independientemente que tenga alguna otra incapacidad; se da también en beneficio del mayor incapacitado. El tutor tiene la guarda de la custodia de la persona y bienes de quienes tienen incapacidad y lo representan en juicio y fuera de él.

E) TEMPORAL

La duración del cargo del tutor es temporal, su duración se distingue cuando se trata de una tutela de menores o de mayores de edad incapacitados.

a) En el caso de los menores la tutela termina cuando éstos lleguen a la mayoría de edad siempre que no tenga una incapacidad natural.

b) En el caso de los mayores de edad, si el tutor es:

- El cónyuge, lo será mientras conserve esa calidad;
- Cualquiera de los ascendientes o descendientes, durarán en el cargo hasta que cese el impedimento o muera el incapaz;
- Un extraño, será tutor por un plazo máximo de diez años; en este último supuesto no queda claro el término **extraño**; ya que no se especifica a quien se refiere el Código Civil, puesto que un hermano que desempeña la tutela no es un **extraño** del pupilo y por lo tanto no se sabe con exactitud cual sería la duración de su cargo. Lo anterior se desprende del artículo 466 del Código Civil que señala lo siguiente:

“Artículo 466. El cargo de tutor respecto de las personas comprendidas en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450 durará el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge tendrá obligaciones de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trata tienen derecho de que se les releve de ella a los diez años de ejercerla”.

Considero, que el citado artículo debió haber sido reformado el 17 de enero de 2002, para establecer cuanto duran en el cargo las personas morales.

F) CARGO REMUNERADO

En cuanto al monto habría que distinguir de qué tipo de tutela se trata, si es un tutor testamentario, recibirá lo que se le haya dejado en el testamento si en el testamento no se señala retribución o si es tutor legítimo o dativo, la remuneración será fijada por el juez, la cual no podrá ser menor de 5 ni excederá del 10% de las rentas liquidadas de los bienes del pupilo; su retribución puede aumentar hasta un veinte por ciento si se cumple con lo dispuesto en los artículos siguientes:

“Artículo 587. Si los bienes del incapacitado tuvieran un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá derecho a que se le aumente la remuneración hasta un veinte por ciento de los productos líquidos. La calificación del aumento se hará por el juez, con audiencia del curador”.

“Artículo 588. Para que pueda hacerse en la retribución de los tutores el aumento extraordinario que permite el artículo anterior, será requisito indispensable que por lo menos en dos años consecutivos haya obtenido el tutor la aprobación absoluta de sus cuentas”.

Por otro lado, el artículo 589, establece al respecto, lo siguiente:

“El tutor no tendrá derecho a remuneración alguna, y restituirá lo que por este título hubiese recibido, si contraviniese lo dispuesto en el artículo 159”.

El citado artículo 159, establece que “el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que se le concederá hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela”.

G) SUPLETORIA

Dicha característica, significa que se trata de una acción o de una responsabilidad que suple a otra principal, en este caso a la patria potestad. La supletoriedad de la tutela hace referencia sólo al caso de menores. La tutela de mayores no es en sustitución de alguna otra institución jurídica, pues si tomamos en cuenta que la patria potestad se acaba con la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga, con la emancipación derivada del matrimonio y por la mayoría de edad del hijo, al presentarse cualquiera de estos eventos automáticamente esa persona deja de estar sujeta a la patria potestad, y si tiene alguna otra de las incapacidades consignadas en la ley como naturales o legales, entrara en tutela como una

institución original y no supletoria de alguna otra institución de derecho de familia. Por lo tanto, la supletoriedad hace referencia sólo a la tutela de menores.

H) EL CARGO DEL TUTOR SERÁ SIEMPRE CON POSTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE INTERDICCIÓN DEL QUE VA A QUEDAR SUJETO A ELLA

Se entiende por interdicción o estado de interdicción, "a la situación de una persona a la que judicialmente se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil privada de la administración de su persona y bienes".⁴⁰ En tal concepto, se comprenden todos los casos en que se producen estos efectos, bien por resolución de carácter penal, bien por resolución de carácter civil.

Desde el punto de vista jurídico, interdicto "es el que esta privado del ejercicio de derechos civiles en virtud de resolución judicial fundada que así lo disponga. La amplitud de la interdicción depende del criterio más o menos rígido que el legislador haya tenido para regular esta institución civil".⁴¹

Es decir, que la interdicción constituye una limitación de la capacidad jurídica del incapaz para ejercer sus derechos y obligaciones, lo cual, produce siempre la sujeción a tutela de la persona sobre quien recae.

Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, siguiendo el procedimiento establecido del artículo 902 al 914 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

"Artículo 462. Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el estado y grado de incapacidad de la

⁴⁰ DE PINA VARA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, 19ª ed., México 1995, pág. 399.

⁴¹ Idem.

persona que va a quedar sujeta a ella. Tratándose de mayores de edad a que se refiere el artículo 450, fracción II de este Código, el juez con base en dos diagnósticos médicos y/o psicológicos, escuchando la opinión de los parientes más cercanos de quien vaya a quedar bajo tutela, emitirá la sentencia en donde se establezcan, los actos jurídicos de carácter personalísimo que podrá realizar por él mismo, determinándose con ello la extinción y límites de la tutela”.

El artículo antes transcrito establece la posibilidad de que el Juez califique el grado de incapacidad de una persona, y determine que actos personalísimos podrá realizar por sí mismo.

I) CARGO REMOVIBLE

Si el tutor se conduce mal respecto de la persona o bienes del pupilo, según el artículo 504 que dice:

“Artículo 504. Serán separados de la tutela:

- I. Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;
- II. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- III. Los tutores que no exhiban los certificados médicos ni rindan sus informes y cuentas dentro del términos fijados por los artículos 544 bis, 546 y 590;
- IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;
- V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159;
- VI. El tutor que permanezca ausente por más de tres meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela; y
- VII. El tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso, en contra de la persona sujeta a tutela.

Los tutores no pueden ser removidos de su cargo sin que previamente hayan sido oídos y vencidos en juicio, siguiendo el procedimiento que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal".

J) PERSONAL

Otra característica de la tutela, es que esta es una función personalísima. Esto significa que no puede transferirse por acto entre vivos ni pasa a los herederos. Sin embargo, el tutor está en posibilidad de hacerse representar por un mandatario para la ejecución de ciertos actos concretos de su encargo, al igual que puede hacerlo el padre de familia, siempre que esos actos se lleven bajo su dirección.

En el siguiente capítulo, se desarrollará el marco jurídico de la tutela en el Código Civil para el Distrito Federal, comenzando por su naturaleza jurídica.

CAPÍTULO III
MARCO JURÍDICO DE LA TUTELA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO
FEDERAL

3.1 NATURALEZA JURÍDICA

Para tener un mejor conocimiento de la tutela, es importante analizar cual es su esencia u objeto.

Para Maurice Hauriou, la institución: "Es una idea de obra que se lleva a cabo en un medio social y cuya realización y supervivencia requieren de una organización y de un procedimiento".⁴²

Para dicho autor, la institución surge y se mantiene vigente por la interiorización de una idea. La institución esta integrada por elementos transitorios que son los sujetos integrantes de la sociedad y los elementos permanentes que son los que dan a esa sociedad su carácter de estabilidad y permanencia. Los elementos permanentes son las ideas.

De acuerdo con dicho autor, la tutela es una institución, porque ésta es indiscutiblemente una idea de obra que tiene existencia, estabilidad y permanencia social y jurídica, así en el tiempo como en el espacio, caracterizado por tener sistemas de organización.

Por su parte, Federico Puig Peña, hace referencia a la institución para encontrar la naturaleza jurídica de la tutela y dice que: "La tutela es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos".⁴³

⁴² Cfr. ROJINA VILLEGAS, Ob. cit., t. II, pág. 210.

⁴³ PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, T. II, pág. 403.

En conclusión, La tutela es una institución, ya que, cuenta con un conjunto sistematizado de normas jurídicas que tiene por objeto o fin común el cuidado y protección del incapaz, así como de sus bienes.

Por otro lado, se considera a la tutela como un acto jurídico, el cual, ya analizamos anteriormente, ya que esta genera derechos, deberes y obligaciones entre los sujetos que integran la relación jurídica tutelar, teniendo como objeto la guarda de la persona y bienes de los incapacitados.

En otra teoría se explica que la tutela es un poder conferido a una persona para cuidar a otra, a la cual, se refiere Ruggiero en su doctrina sobre los poderes familiares. Dicho autor, expresa que: "la tutela es un poder protector cuyo origen no esta en la naturaleza, sino en la ley, que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a quienes les falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general. El ejercicio de ese poder es un verdadero mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone".⁴⁴

De lo anterior se entiende, que no se trata de un poder en el sentido de mandato, pues en la tutela no se celebra contrato por el cual uno sea mandante y el otro mandatario. Se trata de un caso de representación legal, cuyas facultades están previstas en la ley, es decir, en la tutela la ley confiere el poder a una persona llamada tutor para gobernar la persona y bienes del incapaz que no está sujeto a la patria potestad, así como, para representarlo en todos los actos de la vida civil.

De igual forma, se considera a la tutela como un organismo de representación, donde se procura la protección, el cuidado o guarda del pupilo y de sus bienes, pues así lo establece el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal:

⁴⁴ DE CASSO Y ROMERO, Ignacio; Diccionario de Derecho Privado, Ed. Labor, Madrid 1954, pág 3886.

"Artículo 449. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley".

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

Por lo que, la naturaleza jurídica de la tutela, también es la representación del incapacitado, en donde, el tutor tiene la guarda y custodia de la persona y sus bienes, con la finalidad principal de proteger y cuidar al incapaz.

En conclusión la tutela es simultáneamente: una institución, un acto jurídico, un poder, un organismo de representación, carga pública o guarda de los menores; según sea el aspecto que se tome en cuenta para su estudio.

Después de haber analizado de forma general, el objeto de la tutela, cabe hacer mención a los derechos y obligaciones que se presentan en esta, en el siguiente subcapítulo.

3.2 DERECHOS Y DEBERES DEL TUTOR

Los derechos y deberes del tutor podemos dividirlos respecto del pupilo o de los bienes, esto, en razón del artículo 455 del Código Civil, para así distinguir que deberes tendrá el tutor que sólo se encargue del pupilo y qué deberes tendrá el que únicamente se encargue de administrar sus bienes.

DEBERES Y DERECHOS DEL TUTOR CON RESPECTO A LA PERSONA DEL PUPILO

1.- Alimentar y educar al pupilo. El tutor no necesariamente es el deudor alimentario, ni tampoco el pupilo tiene necesariamente la necesidad de que alguien le proporcione alimentos, porque puede tener bienes propios. De los artículos que se transcriben a continuación para mayor claridad, se desprende que tratan de regular los siguientes casos:

- Que el pupilo tenga bienes suficientes;
- Que el pupilo no tenga bienes suficientes, pero si tenga deudores alimentarios;
- Que el pupilo no tenga ni bienes, ni deudores alimentarios.

"Artículo 537. El tutor está obligado:

- I. A alimentar y educar al incapacitado;..."

"Artículo 538. Los gastos de alimentación, educación y asistencia de la persona sujeta a tutela deben regularse de manera que nada necesario le falte, según sus requerimientos y su posibilidad económica".

"Artículo 539. Cuando el tutor entre en el ejercicio de su cargo, el juez fijará, con audiencia de aquél, la cantidad que haya de invertirse en los alimentos, educación y asistencia de la persona sujeta a tutela, sin perjuicio de alterarla, según el aumento o disminución del patrimonio y otras circunstancias. Por las mismas razones podrá el juez alterar la cantidad que el que nombró tutor hubiere señalado para dicho objeto".

"Artículo 540. El tutor proveerá la educación integral, pública o privada, incluyendo la especializada conforme a las leyes de la materia, de la persona sujeta a tutela, de acuerdo con sus requerimientos y posibilidad económica, con el propósito de que este pueda ejercer carrera, oficio o la actividad que elija; lo anterior incluye su habilitación o rehabilitación si

cuenta con alguna discapacidad, para que este pueda actuar en su entorno familiar o social.

Si el tutor infringe esta disposición, el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público o el menor, siendo el caso, deben ponerlo en conocimiento del Juez para que dicte las medidas necesarias para su cumplimiento”.

“Artículo 541. Si el que tenía la patria potestad sobre el menor lo había inscrito a alguna institución para su educación, o dedicado a algún oficio o actividad, el tutor no la podrá variar, ni prohibir su continuación, sin la aprobación del juez, quien previamente deberá oír al menor, al curador y al Consejo Local de Tutelas”.

“Artículo 542. Si las rentas de la persona sujeta a tutela no alcanzan a cubrir los gastos de su alimentación, educación y asistencia, el juez decidirá si ha de ponérsele a aprender un oficio o adoptarse otro medio para evitar la enajenación de los bienes y, si fuere posible, sujetará a las rentas de éstos, los gastos de alimentación”.

“Artículo 543. Si los menores o los mayores de edad, con algunas de las incapacidades a que se refiere el artículo 450 fracción II, fuesen indigentes o careciesen de suficientes medios para los gastos que demandan su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tienen obligación legal de alimentar a los incapacitados. Las expensas que esto origine, serán cubiertas por el deudor alimentario. Cuando el mismo tutor sea obligado a dar alimentos, por razón de su parentesco con su tutelado, el curador ejercerá la acción a que este artículo se refiere”.

“Artículo 544. Si los menores o mayores de edad con incapacidades como las que señala el Artículo 450 en su fracción II no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos, o si teniéndolas no pudieren hacerlo, el tutor con autorización del juez de lo familiar, quien oírá el parecer del

curador y el consejo local de las tutelas, pondrá al tutelado en una institución de asistencia pública o privada en donde pueda educarse y habilitarse. En su caso, si esto no fuera posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando a su tutelado, a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta”.

“Artículo 545. Los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los dos artículos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal; pero si se llega a tener conocimiento de que existen parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimentos, el Ministerio Público deducirá la acción correspondiente para que se reembolse al Gobierno de los gastos que hubiere hecho en cumplimiento de lo dispuesto por este artículo”.

2.- Curar y rehabilitar al pupilo. Dicha obligación se refiere tanto a curarlo de enfermedades que contraiga o haya contraído por causas ajenas a su voluntad, como también por causas atribuibles al mismo, como por ejemplo, las derivadas de la utilización de drogas. La obligación, consiste no sólo en acabar con el padecimiento sino la de rehabilitarlo de las demás consecuencias que haya causado la enfermedad.

Lo anterior debe ser vigilado directamente por el Juez, por lo que el tutor tiene la obligación adicional de presentar anualmente un informe sobre el desarrollo del incapacitado, así como dos certificados médicos en caso de que el pupilo tenga además una incapacidad natural.

“Artículo 537. El tutor está obligado:

...

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

“Artículo 546. El tutor está obligado a presentar al Juez de lo Familiar, en el mes de enero de cada año, un informe sobre el desarrollo de la persona sujeta a tutela.

Para el caso del tutor de las personas a que se refiere la fracción II del artículo 450 de este Código, además, esta obligado a presentar al Juez de lo Familiar, en el mes de enero de cada año, un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción, a quien para ese efecto reconocerán en presencia del curador.

Aún cuando no se rindan las cuentas a las que se refiere el Capítulo XI de este Título, será obligatoria la presentación del informe y de los certificados médicos en los términos señalados por este artículo”.

“Artículo 547. Para la seguridad, alivio y mejoría de las personas a que se refiere el artículo anterior, el tutor adoptará las medidas que juzgue oportunas, previa la autorización judicial que se otorgará con audiencia del curador. Las medidas que fueren muy urgentes podrán ser ejecutadas por el tutor, quien dará cuenta inmediatamente al juez para obtener la debida aprobación.”

DEBERES Y DERECHOS DEL TUTOR CON RESPECTO DE LOS BIENES DEL PUPILO

Al respecto, clasificaremos, dichos actos en obligatorios, prohibidos y para los que se necesita de autorización judicial.

1.- Actos obligatorios:

a) Formar inventario, solemne y circunstanciado, de cuando constituye el patrimonio del incapacitado, dentro del término señalado por el juez, que no puede exceder de seis meses, con intervención del curador y, en su caso del pupilo si es mayor de 16 años y capaz de discernimiento.

El inventario sirve como base para fijar el monto de la garantía del tutor y para establecer el patrimonio del pupilo a fin de poder calificar la administración del tutor, por lo que es una obligación que no puede ser dispensable, pues así lo establece el Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 548. La obligación de hacer inventarios no puede ser dispensada ni aun por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario”.

“Artículo 549. Mientras que el inventario no estuviere formado, la tutela debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado”.

“Artículo 550. El tutor está obligado a inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el incapacitado; si no lo hace, pierde el derecho de cobrarlo”.

“Artículo 551. Los bienes que el incapacitado adquiriera después de la formación del inventario, se incluirán inmediatamente en él, con las mismas formalidades prescritas en la fracción III del artículo 537”.

“Artículo 552. Hecho el inventario no se admite al tutor rendir prueba contra él en perjuicio del incapacitado, ni antes ni después de la mayor edad de éste, ya sea que litigue en nombre propio o con la representación del incapacitado.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los casos en que el error del inventario sea evidente o cuando se trate de un derecho claramente establecido”.

b) Caucionar su manejo con hipoteca, prenda, fianza o con cualquier otro medio suficiente a juicio del juez. Están exceptuados de presentar garantía las personas señaladas en los artículos que se transcriben a continuación:

“Artículo 520. Están exceptuados de la obligación de dar garantía:

- I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador;
- II. El tutor que no administre bienes;
- III. El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que, conforme a la ley son llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo lo dispuesto en el artículo 523; y
- IV. Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él”.

“Artículo 523. Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, no se dará garantía; salvo el caso de que el juez, con audiencia de curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente”.

Dicha garantía debe darse por el importe señalado en el artículo 529 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 529. Si los bienes del incapacitado, enumerados en el artículo que precede, aumentan o disminuyen durante la tutela, podrán aumentarse o disminuirse proporcionalmente la hipoteca, prenda o la fianza, a pedimento del tutor, del curador, del Ministerio Público o del Consejo Local de Tutelas”.

c) Administrar los bienes del incapacitado con excepción de los que este haya adquirido por su propio trabajo.

Tratándose de estos bienes es discutible si el pupilo puede realizar actos de disposición o meramente de administración consideramos que en concordancia con el artículo 453 del Código Civil, el cual establece que el tutor es responsable de los daños y perjuicios que cause en su negativa al incapacitado, por lo que sí puede realizar actos de disposición cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 643 del citado ordenamiento, el cual menciona que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su minoría de edad de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales.

Al respecto, es importante destacar que todos los actos de administración deben tender a la conservación y al acrecentamiento del patrimonio del pupilo.

d) representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles con excepción de los estrictamente personales como el matrimonio, el reconocimiento de hijos y el testamento.

e) Solicitar oportunamente la autorización judicial para los actos en que se necesita.

f) Admitir donaciones simples, legados y herencias.

g) Inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el pupilo, de no hacerlo así lo perderá.

h) Rendir cuentas de su administración, este informe puede ser: anual, se rinde en el mes de enero de cada año; general: ocurre dentro de los tres meses siguientes a que termine la tutela; y, a solicitud del curador, Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público o el pupilo.

i) Invertir el dinero sobrante del pupilo, según se desprende de los siguientes artículos:

"Artículo 557. El dinero que resulte sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de las redenciones de capitales y el que se adquiera de cualquier otro modo, será invertido por el tutor, dentro del mes siguiente a su obtención, bajo su más estricta responsabilidad".

"Artículo 558. Si para hacer la inversión dentro del término señalado en el artículo anterior, hubiere algún inconveniente grave, el tutor lo manifestará al Juez de lo Familiar, quien podrá ampliar el plazo por otro mes".

"Artículo 559. El tutor que no haga las inversiones dentro de los plazos señalados en los dos artículos anteriores pagará los réditos legales mientras que los capitales no sean invertidos".

2.- Actos prohibidos:

a) Dar fianza a nombre del pupilo, pues así lo establece el siguiente artículo.

"Artículo 563. Los tutores no podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta, ni dar fianza a nombre del tutelado...".

b) Vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta.

c) Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella, comprar o arrendar los bienes del menor o hacer contrato alguno respecto de ellos, para

sí y sus ascendientes, cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, excepto en el caso que sean coherederos o socios, el incapaz y su tutor.

“Artículo 570. Cesa la prohibición a que se refiere el artículo anterior, respecto de la renta de bienes, en el caso de que el tutor o sus parientes allí mencionados sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado”.

d) Aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, cualquier sesión de derechos o crédito contra el incapacitado.

“Artículo 572. El tutor no puede aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia”.

e) Hacer donaciones a nombre del incapacitado.

f) Recibir rentas anticipadas por más de dos años.

3.- Actos que requieren autorización judicial:

a) Contraer matrimonio con el pupilo.

b) Fijar la cantidad para gastos de administración:

“Artículo 554. El tutor, dentro del primer mes de ejercer su cargo fijará, con aprobación del juez, la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración y el número y sueldos de los dependientes necesarios. Ni el número, ni el sueldo de los empleados, podrá aumentarse después, sino con aprobación judicial”.

c) Enajenar o gravar bienes inmuebles, derechos anexos a los mismos y muebles preciosos.

“Artículo 561. Los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos, no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad del menor, o del mayor con alguna de las incapacidades a las que se refiere el artículo 450 fracción II debidamente justificada y previa a la confirmación del curador y la autorización judicial”.

“Artículo 563. La venta de bienes raíces de los menores y mayores incapaces, es nula, si no se hace judicialmente en subasta pública, en la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no la almoneda pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al tutelado”.

“Artículo 564. Cuando se trate de enajenar, gravar o hipotecar a título oneroso, bienes que pertenezcan al incapacitado como copropietario, se comenzará por mandar justipreciar dichos bienes para fijar con toda precisión su valor y la parte que en ellos represente el incapacitado, a fin de que el juez resuelva si conviene o no que se dividan materialmente dichos bienes para que aquél reciba en plena propiedad su porción; o si, por el contrario, es conveniente la enajenación, gravamen o hipoteca, fijando en este caso las condiciones y seguridades con que deben hacerse, pudiendo, si lo estimare conveniente, dispensar la almoneda, siempre que consientan en ello el tutor y el curador”.

- d) Transigir y comprometer en árbitros los negocios del pupilo.
- e) Hacer pago de sus créditos contra el incapacitado.
- f) Dar en arrendamiento por más de 5 años los bienes del pupilo.
- g) Recibir y dar préstamos a nombre del incapacitado.
- h) Hacer gastos extraordinarios.

3.3 DURACIÓN DEL CARGO DEL TUTOR

Sara Montero Duhalt señala que “la tutela se extingue cuando desaparece la necesidad de proteger o representar a un incapacitado”.⁴⁵

“De acuerdo al artículo 606 del Código Civil para el Distrito Federal la tutela se extingue en los siguientes casos:

- Cuando muera el incapaz.
- Cuando desaparezca la incapacidad del pupilo, ya sea por rehabilitación o porque llegue a la mayoría de edad.
- Cuando el menor de edad quede sujeto a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

Después de haber desarrollado de forma general tanto los derechos y obligaciones del tutor como la duración del cargo; en el siguiente subcapítulo, analizaremos lo concerniente a la clasificación jurídica de la tutela desde diversos puntos de vista.

3.4 CLASIFICACIÓN JURÍDICA

La tutela puede clasificarse desde varios puntos de vista: por su origen, por su carácter y por el número de personas que la desempeñan, y que a continuación analizaremos:

⁴⁵ MONTERO DUHALT, Op. cit., pág 385.

A) POR SU ORIGEN

El artículo 461 del Código Civil establece que, "por su origen, la tutela puede ser testamentaria, legítima y dativa".

1.- Tutela testamentaria. Es la que se otorga a través del testamento y únicamente por las siguientes personas:

a) Los ascendientes que ejercen la patria potestad, respecto de los menores sujetos a ella, tal como se desprende del artículo 470 del Código Civil.

"Artículo 470. El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan, con inclusión del hijo póstumo".

Cabe destacar que la designación de tutor que debe prevalecer es la del que fallezca al último de los ascendientes que en cada grado estén en ejercicio de la patria potestad, independientemente de la fecha de otorgamiento del testamento, es decir, si ambos padres pueden otorgar su testamento el día de hoy y el padre puede designar como tutor de su hijo a su hermano mientras la madre puede designar a otra persona; en este caso, la decisión que prevalecerá es la del que muera al último.

Sus efectos son excluir: de la patria potestad a ascendientes de ulterior grado, es decir, a los abuelos y de la tutela legítima a los colaterales, es decir, a los tíos y hermanos.

b) Ascendientes que desempeñen la tutela de un descendiente mayor de edad incapacitado, tal y como se desprende del artículo 475 del Código Civil.

“Artículo 475. El ascendiente que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción en los supuestos de la fracción II del artículo 450 de este Código, podrá nombrar tutor testamentario, si el otro ascendiente ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

Podrán ser tutores testamentarios las personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas con discapacidad intelectual o mental”.

Antes de la reforma de 2000, sólo el padre o la madre podían designar al tutor del hijo mayor de edad incapacitado; actualmente se quiso ampliar la posibilidad a los ascendientes de ulterior grado. Sin embargo, por un error en dicha reforma el artículo se refiere al descendiente como “hijo”, tal y como se desprende del artículo transcrito, y se habla del ascendiente que es el padre o la madre, debió decir los ascendientes en 1er. y 2do. grado. Entendemos que los abuelos pueden designar tutor ya que antes de la reforma, el artículo habla del padre o la madre y no de ascendiente.

c) Por la persona que en su testamento deje bienes a título universal (herencia) o a título particular (legado) a un incapaz no sujeto a patria potestad.

“Artículo 473. El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje”.

Hay que aclarar, que este llamado tutor es únicamente administrador de los bienes dejados por herencia o por legado, por lo tanto, sólo podrá conservar y mantener los bienes legados.

Respecto de la tutela testamentaria cabe destacar que producto de la reforma del 17 de enero de 2002, se adicionó el artículo 475 Bis, dentro del

capítulo II del título noveno de tutela testamentaria, dicho artículo es el siguiente:

“Artículo 475 BIS. El ascendiente que ejerza la patria potestad o tutela de una persona a que se refiere el artículo 450, fracción II, de este Código que se encuentre afectado por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta, podrá sin perder sus derechos, designar un tutor y un curador para el pupilo, prevaleciendo dicha designación a todas aquellas hechas anteriormente, aun las que se encuentren realizadas en testamento anteriores. Dicho tutor entrará en su encargo en cualquiera de los siguientes casos:

- I. La muerte del ascendiente;
- II. Discapacidad mental del ascendiente; o
- III. Debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente”.

Este nuevo tipo de tutela prevé la posibilidad de que una persona le designe tutor a otra sujeta a su patria potestad o a su tutela, para el caso de que sufra una discapacidad mental o un debilitamiento físico que le impidan encargarse de sus mencionados descendientes.

Considero que dicha designación, no necesariamente debe hacerse en un testamento, ya que este tiene efecto después de la muerte, y en los casos señalados en las fracciones b y c no hay muerte.

Asimismo, considero que esta posibilidad debe darse a todas las personas y no solamente a las que padezcan una enfermedad crónica o incurable o de las que se presuma su muerte cercana.

Además, se limita esta designación sólo en el caso de que el pupilo tenga una incapacidad de las señaladas en el artículo 450 fracción II del Código,

considero que también debería darse esta posibilidad tratándose de los menores de edad.

2.- Tutela legítima. Es la que, en ausencia de tutores testamentarios, recae en las personas que señala expresamente la ley, así, los sujetos pasivos de esta tutela son: los menores de edad, los mayores de edad incapacitados y los expósitos o abandonados.

a) La tutela legítima de los menores tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario, y cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio. Dicha tutela se desempeña en el siguiente orden, el cual puede ser modificado por el juez atendiendo al interés superior del menor:

1. por uno de los hermanos que lo sea por ambas líneas, a falta de este,
2. por uno de los hermanos que lo sea por una línea, a falta de este,
3. por uno de los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Si hubiere varios parientes dentro del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le pareciere más apto para desempeñar el cargo, pero el menor que ha cumplido dieciséis puede hacer directamente la elección.

b) Respecto de los mayores de edad incapacitados, los tutores legítimos serán las siguientes personas y en este orden:

1. el cónyuge, a falta de este,
2. uno de los hijos mayores de edad; si son dos o más, el que viva con el padre o la madre y siendo dos o más, el juez elegirá al más apto; a falta de estos,
3. los padres, poniéndose de acuerdo acerca de cuál de ellos desempeñará el cargo, a falta de estos,
4. sucesivamente: abuelos, hermanos y parientes colaterales dentro del cuarto grado.

c) Tratándose de expósitos y abandonados, la tutela la desempeña la persona que los haya acogido, o los responsables de las casas de asistencia públicas o privadas donde se recibieron.

“Artículo 492. La ley coloca a los expósitos y abandonados bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores”.

Por expósito se entiende que es el menor que se encuentra en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

El objeto del acogimiento es la protección inmediata del menor, tratándose de que éste tenga bienes, el juez decidirá sobre como se deben administrar los mismos.

En todos los casos, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al Ministerio Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

“Artículo 493. Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban expósitos o abandonados, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de la institución. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo”.

Con relación a los expósitos se puede concluir lo siguiente: si son acogidos están sujetos a una tutela legítima y si no son acogidos están sujetos a una tutela dativa como se verá en el siguiente punto.

3.- Tutela dativa. Este tipo de tutela se da en los siguientes casos:

- cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien corresponda desempeñar la tutela legítima,
- cuando el tutor testamentario está impedido de ejercerla temporalmente y no existan hermanos o parientes colaterales dentro del cuarto grado, y
- para asuntos judiciales del menor de edad emancipados.

El tutor es designado por el menor si ha cumplido dieciséis años, debiendo el juez de lo familiar aprobar dicho nombramiento.

En los demás casos, el tutor es designado por el juez entre las personas que figuren en las listas formadas cada año por el Consejo Local de Tutelas y, si los pupilos no tienen bienes, desempeñaran la tutela las personas designadas en los siguientes artículos:

“Artículo 500. A los menores que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación y asistencia que requiera. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, en su caso, y aún de oficio por el Juez de lo Familiar”.

“Artículo 501. En el caso del artículo anterior, tienen obligación de desempeñar la tutela mientras duran en los cargos que a continuación se enumeran:

- I. El Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, mediante los delegados que éste designe al efecto;
- II. Los titulares de los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal;

- III. Derogada;
- IV. Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional, del lugar donde vive el menor;
- V. Los integrantes de la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal que disfruten sueldo del Erario; y
- VI. Los titulares de establecimientos públicos de asistencia social".

Los Jueces de lo Familiar nombrarán de entre las personas mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutela, conforme a lo dispuesto en el Capítulo XV de este título, cuando estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trata.

Tratándose de expósitos o abandonados que no hayan sido acogidos por un particular o por instituciones de asistencia social, la tutela siempre corresponderá al Gobierno del Distrito Federal, de conformidad con lo señalado en la fracción I del citado artículo. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo.

B) POR SU CARÁCTER

Desde este punto de vista, la tutela puede analizarse, a su vez, por su tipo de facultades y por su temporalidad.

- 1.- Por el tipo de sus facultades, puede ser general o especial:

a) General: tiene ese carácter cuando el tutor tiene a su cargo el cuidado tanto del pupilo como de la administración de sus bienes, con todos los derechos, obligaciones y restricciones establecidas en la ley.

b) Especial: se da este carácter cuando el tutor tiene facultades limitadas y específicas y se da en cuanto el menor o el incapacitado están sujetos a la patria potestad o a la tutela general. Los casos de tutela especial son:

- cuando los que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al del menor:

“Artículo 440. En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso”.

Cuando los intereses de dos o más pupilos sujetos a la misma tutela fuesen opuestos.

“Artículo 457. Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición”.

Cuando se pide el aseguramiento de alimentos se nombra un tutor especial.

2.- Por su temporalidad: se subdivide, a su vez, en tutor definitivo o provisional (interino).

a) Tutor definitivo: es el que desempeña el cargo de tutor general hasta que legalmente se extinga la tutela.

b) Tutor provisional o interino: es el que desempeña provisionalmente la tutela por falta de tutor definitivo; este cargo se da cuando:

- Por cualquier causa, falta el tutor testamentario o el nombramiento del tutor está sujeto a condición.
- Falta temporalmente el tutor legítimo.
- El tutor definitivo está sujeto a proceso penal.
- El juez va a resolver alguna excusa o impedimento de un tutor.
- Durante los tres meses que tiene el tutor definitivo para caucionar.
- En el caso de que el tutor se case con el pupilo.
- Cuando se quiera querellar, denunciar o demandar al cónyuge tutor.

C) POR EL NÚMERO DE PERSONAS QUE LA DESEMPEÑAN

Esta forma tutelar tiene dos formas:

1) Unitaria: cuando el tutor se encarga del cuidado del pupilo y de la administración de los bienes.

2) Dual: cuando hay un tutor encargado del cuidado de la persona del pupilo y otro de la administración de sus bienes, según el artículo 455, que establece:

“Artículo 455 del Código Civil. La tutela se ejercerá por un solo tutor, excepto cuando por ocurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio convenga separar como cargos distintos el tutor de la persona y el de los bienes”.

Es importante destacar, que dicho artículo fue reformado el 17 de enero de 2002, ya que anteriormente no existía la posibilidad de dividir el cargo; sin embargo, actualmente deja muchas lagunas legales en lo relativo tanto a las facultades del tutor de la persona como a las del administrador de los bienes,

ya que dicho artículo no aclara si ambos tutores son totalmente independientes entre sí.

En el siguiente punto, analizaremos las diferencias y/o similitudes que existen entre la tutela y otras instituciones jurídicas, con las cuales, esta íntimamente relacionada.

3.5 RELACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS.

La tutela esta íntimamente ligada con la curatela y la patria potestad, sin embargo, cada una de las citadas instituciones son autónomas, por lo que, las analizaremos en este punto, para así poder establecer la relación entre ellas, así como, sus diferencias y similitudes.

3.5.1 CURATELA

"La curatela es una institución cuyo objeto es vigilar al tutor en el desempeño del cargo y la defensa de los intereses del pupilo".⁴⁶

De la anterior definición, se desprende que la curatela se constituye en función de la tutela, ya que la curatela entra en vigor únicamente cuando existe la tutela de un incapaz, en razón, de que el curador vigila los actos del tutor, en beneficio del incapaz.

"Mediante la curatela se instituye un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y su pupilo. Como quiera que el vocablo se deriva del latín curare, que significa

⁴⁶ DE LA-MOTA, Op. Cit., pág. 309.

cuidar, similar al de tueur proteger, se aplicó a tipos especiales de tutela que no se comprendían en la generalidad de esta función, confirmándose la finalidad de garantizar los intereses de la familia frente al incapacitado con predominio de los de éste, frente a sus familiares y terceros”.⁴⁷

En dicha definición, el autor, nos establece la diferencia que existe entre el tutor y el curador, la cual, consiste esencialmente en que mediante la curatela se instituye un vigilante al tutor para la protección permanente del incapaz, sin que signifique que el curador sustituya al tutor en sus deberes.

En cuanto al curador, Felipe de la Mota, establece que: “es aquella persona física o moral sin fines de lucro, nombrada por el testador, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años, que tiene a su cargo la vigilancia del tutor y la defensa de los intereses del pupilo”.⁴⁸

En la presente definición, cabe destacar, que el deber del curador es observar y vigilar la conducta del tutor, y de esta manera defender los derechos e intereses del incapaz; así como que el curador es la persona nombrada en testamento, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años o emancipado.

Las personas físicas que pretendan ser curadores no pueden tener parentesco consanguíneo (en la línea recta sin limitación de grado y en la colateral hasta el cuarto grado) con el tutor ni pueden ser aquéllos que forman parte del juzgado de lo familiar o del Consejo Local de Tutelas:

“Artículo 458. Los cargos de tutor y de curador de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral”.

⁴⁷ Diccionario Jurídico 2000. pág. 348

⁴⁸ Ibidem, pág. 309.

“Artículo 459. No pueden ser nombrados tutores o curadores las personas que desempeñen en el Juzgado de lo Familiar y las que integren los Consejos Locales de Tutelas; ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta, sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive”.

Las características de la curatela, son prácticamente las mismas que de la tutela, por lo que nos limitaremos a enunciarlas:

- Un cargo de interés público.
- Irrevocable temporal, su duración en todos los casos es de diez años.
- Excusable.
- Unitario.
- Remunerado.
- Removible.

La curatela también puede clasificarse por su origen y por su carácter.

1.- Por su origen

Al igual que la tutela, la curatela puede ser testamentaria, legítima y dativa.

a) Testamentaria: es la que se confiere por testamento.

c) Legítima: es la que se confiere a las personas que señala la ley.

La posibilidad de que exista curatela testamentaria y legítima se deriva del artículo 623 del citado Código que establece que los que tienen derecho de nombrar tutor también lo tienen de nombrar curador.

En la curatela testamentaria el testador es el que tiene el derecho de nombrar tutor, por ende, de nombrar curador. En la legítima, en cambio, este derecho lo tiene el juez y, desde luego, también puede designar curador, al respecto, el artículo 625 establece lo siguiente:

“Artículo 625. El curador de todos los demás individuos sujetos a tutela será nombrado por el juez”.

c) Dativa: esta curatela existe en los casos señalados por el artículo 624 que a continuación se transcribe:

“Artículo 624. Designarán por sí mismos al curador, con aprobación judicial:

- I. Los comprendidos en el artículo 496, observándose lo que allí se dispone respecto de esos nombramientos; y
- II. Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, en el caso previsto en la fracción II del artículo 643”.

El citado artículo 496 establece que el tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido 16 años. Asimismo, el Juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. Para reprobear las ulteriores designaciones que haga el menor, el Juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas y si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el juez nombrará tutor.

2.- Por su temporalidad:

a) Definitiva: cuando el curador tiene a su cargo la vigilancia de un tutor general definitivo.

b) Interina: cuando el curador tiene a su cargo la vigilancia de un tutor interino; siempre que no exista un curador definitivo:

"Artículo 619. En todo caso en que se nombre al menor un tutor interino, se le nombrará curador con el mismo carácter, si no lo tuviere definitivo, o si teniéndolo se halla impedido".

"Artículo 620. También se nombrará un curador interino en el caso de oposición de intereses a que se refiere el artículo 457".

Es decir, cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, mientras se decide el punto de oposición.

DERECHOS Y OBLIGACIONES

Los deberes u obligaciones del curador según el artículo 626 consisten en defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.

Otro de los deberes del curador se puede decir que es el de vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado.

Asimismo, el curador esta obligado a dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando este faltare o abandonare la tutela.

El curador que no cumpla con los deberes prescritos anteriormente, así como con las demás obligaciones que la ley le señale será responsable de los daños y perjuicios que resultaren al incapacitado, asimismo, las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela; pero si sólo variaren las personas de los tutores, el curador continuará en la curaduría, de igual forma, éste tiene derecho de ser relevado de la curaduría, pasados diez años desde que se encargó de ella y en los casos en que conforme al Código Civil para el Distrito Federal tenga que intervenir el curador, cobrará el honorario que señala el arancel a los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda

pretender mayor retribución, también, si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo; se le pagarán.

En cuanto a sus derechos, el curador tiene el de que se le remunere por el desempeño de su cargo.

Asimismo, el curador tiene derecho a excusarse por las mismas razones que tienen los tutores. Los impedimentos para cumplir con la curaduría son también los mismos de la tutela.

También, el curador tiene derecho a ser relevado de la curaduría, pasados diez años desde que se encargó de ella.

La curatela se extingue cuando el pupilo salga de la tutela.

"Artículo 628. Las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela; pero si sólo variaren las personas de los tutores, el curador continuará en la curaduría".

Es decir, que concluye el cargo de curador con la muerte, remoción o excusa del curador; por haber recobrado su capacidad o haber llegado a su mayoría de edad el pupilo, pues tratándose de un organismo accesorio al de la tutela cesa el cargo automáticamente con la descripción de esta, con la salvedad de que si variase sólo la persona del autor, el curador continuara en sus funciones.

Por su parte el Código Civil para el Distrito Federal menciona que las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela; pero si sólo variaren las personas de los tutores, el curador continuará en la curaduría.

En el siguiente subcapítulo, haremos mención a otra institución jurídica, la cual, también esta íntimamente ligada con la tutela.

3.5.2 PATRIA POTESTAD

Para poder establecer la relación que existe entre la tutela y la patria potestad, es necesario analizar tanto el concepto como las características legales de esta, las cuales, citare brevemente a continuación.

Al respecto, Rafael de Pina Vara, establece que es “el conjunto de facultades –que suponen también deberes- conferidas a quienes las ejercen (padres, abuelos, adoptantes, según los casos) destinadas a la protección de los menores no emancipados en cuanto se refiere a su persona y bienes”.⁴⁹

De lo anterior, podemos establecer que el concepto de patria potestad esta relacionado con la minoría de edad, por lo que esta es ejercida por los padres o en su defecto por los parientes, que la ley señale hasta que el menor llegue a la edad de dieciocho años o contraiga matrimonio (cuando ambos hayan cumplido 16 años), se le considerara emancipado y queda fuera de la patria potestad.

Es decir, que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, esta se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos y su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, es decir, que la patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres y cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro. A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en la ley, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso. Sin embargo, en caso de separación de

⁴⁹ De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1991, pág. 399.

quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores y en caso de desacuerdo, el juez de lo familiar resolverá lo conducente oyendo al ministerio público; en este supuesto, con base en el interés superior del menor, este quedara bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos y el otro estará obligado a colaborar en su alimentación y conservara los derechos de vigilancia y de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

Al hacer mención de custodia de los menores, debemos entender por esta a la "situación jurídica que implica el cuidado directo y vigilancia inmediata de un menor derivada de la filiación o parentesco, de una sentencia judicial o de la determinación contractual de los sujetos a quienes corresponde originariamente".⁵⁰

Además, los que ejercen la patria potestad, aun cuando no tengan la custodia, tienen el derecho de convivencia con sus descendientes, salvo que exista peligro para éstos, por lo que, no podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos, el juez de lo familiar resolverá lo conducente en atención al interés superior del menor. En este caso sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los tutores, las cuales ya citamos, se aplicarán al pariente que por cualquier circunstancia tenga la custodia de un menor, asimismo, quien conserva la patria potestad tendrá la obligación de contribuir con el pariente que custodia al menor en todos sus deberes, conservando sus derechos de convivencia y

⁵⁰ DE LA MOTA, Op. Cit., pág. 257.

vigilancia, dicha custodia podrá terminar por decisión del pariente que la realiza, por quien o quienes ejercen la patria potestad o por resolución judicial.

En el caso de la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que los adopten.

Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entraran al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los párrafos anteriores y si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho.

En cuanto al hijo, mientras estuviere éste en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente, asimismo, a las personas que tienen al menor bajo su patria potestad o custodia incumbe la obligación de educarlo convenientemente y en caso de que llegue a conocimiento de los consejos locales de tutela o de cualquier autoridad administrativa que dichas personas no cumplen con la obligación referida, lo avisaran al ministerio público para que promueva lo que corresponda.

De igual forma, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo, lo cual, no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

Después de haber analizado de forma general, la figura de la patria potestad, se puede observar que entre esta y la tutela existen semejanzas y diferencias que la doctrina señala. Al respecto, el maestro Clemente de Diego nos dice que "existen entre estas instituciones verdaderas semejanzas, porque ambas tienen el mismo fin, la protección de la persona e interés del incapacitado; pero tienen diferencias, porque la patria potestad es la institución principal para el incapaz por edad, emanada de la misma naturaleza y establecida por el derecho natural, en tanto que la tutela es la institución

secundaria para el incapacitado por edad (que no está bajo la patria potestad y supliendo a ésta, por tanto) y para todos los incapacitados.

De aquí, se desprende el verdadero concepto de la tutela. Si la patria potestad es el poder de protección reconocido en los padres respecto a los hijos, la tutela es el poder acordado a algunas personas para la defensa de aquellos que por su edad o por otra causa de incapacidad no pueden proveer a sí mismos y a sus bienes”.⁵¹

Por consiguiente, la tutela, de acuerdo con el autor citado, es un poder protectorio no constituido directamente por la naturaleza, sino organizado por la ley para suplir el defecto de capacidad, ya sea en los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, o en los incapacitados en general.

Las facultades del tutor respecto al pupilo o incapacitado son las mismas de quienes ejercen la patria potestad sobre un menor o incapaz en cuanto a su alimentación, educación y cuidado de su persona.

Otro de los autores que opina que la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, es Jorge Mario Magallón Ibarra, al decir que: “la tutela opera en aquellos casos en que la patria potestad no existe, y excepcionalmente concurre con ella en circunstancias especiales, a proveer de protección a los menores o incapacitados en los casos en los que pudiera ser que, quien tiene a su cargo la protección paterna, pudiera tener un interés contrario a aquel de los hijos que le estuvieren sometidos”.⁵²

De acuerdo a las definiciones citadas podemos establecer que las principales diferencias entre tutela y patria potestad son:

⁵¹ CLEMENTE DE DIEGO; Instituciones de Derecho Civil, Editorial Bosch, Madrid 1959, Vol. II, pág. 582.

⁵² MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1998, Tomo III, pág. 539.

Una deferencia que encontramos es la fuente, ya que la patria potestad se origina del vínculo natural que surge de la consanguinidad, por la cual nos descendemos de otros; puede originarse también de la adopción y en ambos casos genera una relación paternofamiliar. En cambio, la tutela se origina por el derecho positivo, que crea y organiza la institución en las leyes, según las necesidades propias de cada país.

Por lo que respecta a los límites, observamos límites legales más amplios en la patria potestad, pues se deja a quienes la ejercen mayor libertad, suponiendo que hay una mayor respuesta de cuidado y protección del padre hacia el hijo derivada de la propia naturaleza de la relación, que la ley acepta y la transforma en jurídica. La relación jurídica que se establece entre tutor y pupilo carece de lo anterior, por lo cual la ley fija límites más estrictos al tutor (y curador), haciendo necesaria la participación más frecuente del juez de lo familiar.

Por otro lado encontramos el afecto, ya que este se da fundamentalmente en la relación paterno-familiar que se genera de la patria potestad, es decir, que hay una relación de afecto y cariño que se establece entre ascendientes y descendientes. En cambio, la tutela se basa en la solidaridad humana por la cual unos responden para atender las necesidades de otros, en la medida que es posible, para lograr en la protección y cuidado de los menores.

En conclusión la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica. Es, por lo tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito de derecho de familia.

Después de haber analizado el objeto, características, y efectos de la tutela, en el último capítulo, nos enfocaremos a desarrollar la propuesta de la presente tesis: La tutela y la curatela como una sola institución jurídica en el Código Civil para el Distrito Federal.

CAPÍTULO IV

LA TUTELA Y LA CURATELA COMO UNA SOLA INSTITUCIÓN JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

4.1 INTERVENCIÓN JUDICIAL, ADMINISTRATIVA Y DE TERCEROS

En nuestra legislación, en la tutela participan tanto la autoridad judicial como la administrativa, ya que, se encomienda la misión tutelar a las autoridades judiciales al considerar que se trata, primordialmente, de un asunto jurídico, a cargo del Juez de lo Familiar; asimismo intervienen el Consejo Local de Tutelas, y el Ministerio Público, que son autoridades administrativas en contacto con la vida social, donde se conocen más las necesidades y requerimientos de los menores. De igual forma, se presenta la intervención de la familia como una necesidad sentida que sólo puede llevarse a cabo bien y mejor por un cúmulo de personas ligadas al menor por los vínculos del parentesco o la amistad.

A) JUEZ FAMILIAR

Como ya mencionamos, en la ley, es posible determinar la intervención de la autoridad, en este caso, se concede la oportuna intervención, al juez familiar en los asuntos relativos a la tutela, al considerar siempre que la protección al pupilo o incapacitado es un asunto del Estado y, por consiguiente, no susceptible de abandonarse a la autonomía de organismos privados.

En el Distrito Federal, como ya mencionamos, la autoridad judicial competente en el ámbito de la tutela son los jueces de lo familiar, con fundamento en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y en el artículo 454 del Código Civil.

"Artículo 454. La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos en este Código."

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 633 establece que los jueces deben ejercer una supervigilancia sobre los actos del tutor.

“Artículo 454. Los Jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una supervigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes”.

De igual forma, el artículo 634 establece que: “Mientras que se nombra tutor, el Juez de lo Familiar debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses”.

Por lo que, se puede observar que en este sistema de autoridad, la concentración en el juez familiar de todos los poderes de dirección, vigilancia, decisión y autorización requeridos para el desempeño de los más importantes actos de la tutela, colocan al tutor en calidad de un subordinado, es decir, de un auxiliar de la administración de justicia para la protección de incapaces. De igual forma, la ley establece responsabilidad para el juez que no cumpla con las disposiciones legales relativas a la tutela y ésta puede verse desde los aspectos civil y penal.

B) CONSEJO LOCAL DE TUTELA

Es un organismo administrativo, sin personalidad jurídica, que en cada demarcación territorial cumple con la función de vigilar a los tutores y curadores en el desempeño de su cargo; brindar a las autoridades administrativas y judiciales competentes la información que requieran, así como cumplir con las obligaciones señaladas en la ley.

Este Consejo lo integrarán un presidente y dos vocales que durarán un año en su cargo y serán nombrados por el jefe de gobierno del Distrito Federal o por quien esté autorizado al efecto, o bien, en su caso, por los jefes delegacionales; esto ocurrirá en el mes de enero de cada año, tal y como se desprende del artículo 631 del Código Civil.

"Artículo 631. En cada demarcación territorial del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los Jefes delegacionales, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que tengan un modo honesto de vivir y que se hayan destacado por su interés en la protección de los menores.

Los miembros del Consejo no cesarán en sus funciones aun cuando haya transcurrido término para el que fueron nombrados, hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente período".

Asimismo, el Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 632 que el Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que, además de las funciones que expresamente le asignan varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

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

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

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

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

V.- Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537;

VI.- Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma."

Por su parte Rafael de Pina señala que el Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia e información que además de las funciones que expresamente le asigna el Código Civil tiene por objeto formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas de la localidad que por su aptitud legal y moral, pueden desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores en los casos en que estos nombramientos correspondan al juez. Velar porque los tutores cumplan sus deberes especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores, dando aviso al juez de lo familiar de las faltas u omisiones que notare. Avisar al juez de lo familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes. Investigar y poner en conocimiento del juez de lo familiar que incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos. Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan con la obligación de destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de drogas enervantes. Vigilar el registro de tutelas a fin de que sea llevado en debida forma.

C) MINISTERIO PÚBLICO:

Dentro de las funciones que le corresponden al Ministerio Público local como institución dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, encargada de velar por el cumplimiento y la aplicación estricta de las leyes, resalta su intervención en materia tutelar por tratarse esta de una materia de interés público.

Por lo que, el Ministerio público, es la autoridad administrativa encargada de vigilar al tutor y de velar porque no se menoscaben los intereses del pupilo. Esta legitimado procesalmente para denunciar irregularidades del tutor; asimismo debe de ser escuchado en los casos en que así lo señale la ley.

D) LOS FAMILIARES DEL PUPILO Y TERCEROS RELACIONADOS:

La ley impone a los familiares y terceros relacionados con el pupilo, un régimen de vigilancia fundado en el concepto de solidaridad hacia la protección del débil.

Asimismo, el artículo 483 del citado Código, establece que: "La tutela legítima corresponde:

- I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;
- II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

En el siguiente subcapítulo, haremos referencia a la tutela, en la práctica, es decir, como se presenta en la sociedad mexicana.

4.2 EFECTOS EN LA SOCIEDAD

Considero que conviene hacer una revisión de la institución de la tutela para hacerla más ágil, esto en beneficio de la sociedad, y en especial, para proteger a los incapacitados; evitando algunas de las repeticiones en la vigilancia y evitando que debido al número de disposiciones legales resulte difícil el cumplimiento de estas y propicie la inobservancia de la ley por parte de los tutores.

En relación a los expósitos y a los indigentes o que carecieren de suficientes medios económicos, es necesario simplificar lo más posible las disposiciones legales. Debe simplificarse la guarda, educación y alimentación del menor, pues en estas situaciones no habrá persona que tenga interés en desempeñar un cargo que no será remunerado. En el caso de los acogidos, considero que debe evitarse a la persona que los acoja todo el tedio que significa el cumplimiento de las obligaciones y restricciones que se establecen para los tutores, pues considero que si hay alguna persona que proteja voluntariamente y por cariño a un menor, deben dársele las facilidades necesarias, librándolo de las obligaciones y restricciones.

De igual forma, considero que debe buscarse una mayor iniciativa del menor que no tuviere alguna otra incapacidad natural y legal. Por ejemplo, vimos que en los Códigos anteriores y en la Ley sobre Relaciones Familiares que el mayor de catorce años puede designar tutor legítimo o dativo; lo mismo sucedía en la adopción donde el mayor de catorce años participa dando su consentimiento. No hay razón, a mi parecer, para que el Código actual hubiere aumentado a dieciséis años la posibilidad de actuación del menor. Por lo que en beneficio del menor, debe buscarse una mayor participación de éste en su propio beneficio y como control del tutor.

Por otro lado, debemos tomar en cuenta, que en el caso de la tutela legítima puede haber alguno de los parientes que estén obligados, que carezca

de la aptitud necesaria para el cuidado y representación del incapacitado, por lo que deben señalarse algunas posibilidades de excusa en estos casos.

4.3 DIFERENCIAS ENTRE LA TUTELA Y LA CURATELA

La tutela y la curatela son las dos instituciones de guarda y protección legal que existen en nuestro ordenamiento y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (porque, por ejemplo, han fallecido) y de los incapacitados.

Por lo que como ya dijimos, la tutela se constituye judicialmente en los casos de menores no emancipados que no se encuentran bajo la patria potestad de sus padres (por ejemplo, porque han fallecido o han abandonado al menor), incapaces, personas sometidas a patria potestad prorrogada (incapaces mayores de edad), y menores en situación de desamparo.

La persona que es nombrada tutor tiene la obligación de educar al menor o incapaz y procurarle una formación integral, además de administrar sus bienes y representarle en todos sus actos.

En cambio, "Mediante la curatela se instituye un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y su pupilo. Como quiera que el vocablo se deriva del latín *curare*, que significa cuidar, similar al de *tueor* que significa proteger, se aplicó a tipos especiales de tutela que no se comprendían en la generalidad de esta función, confirmándose la finalidad de garantizar los intereses de la familia frente al incapacitado con predominio de los de éste, frente a sus familiares y terceros.

Además, la tutela presuponía la existencia de una persona sujeta a ella y en cambio la curatela en su origen sólo se refería a los bienes de dicha

persona, fundada en el aforismo romano de que "el tutor se da a la persona y el curador a la cosa".⁵³

En dicha definición, el autor, nos establece la diferencia que existe entre el tutor y el curador, la cual, consiste esencialmente en que mediante la curatela se instituye un vigilante al tutor para la protección permanente del incapaz, sin que signifique que el curador sustituya al tutor en sus deberes, de igual forma el autor reitera que en su origen la curatela, sólo se refería a los bienes de dicha persona, y la tutela a la persona.

En conclusión, el tutor es la persona capaz que tiene a su cargo, la guarda de la persona y la administración de los bienes del pupilo, y por su parte, el curador es la persona capaz que tiene a su cargo primordialmente vigilar la conducta del tutor en el desempeño de su cargo; e informar al juez de lo familiar, de cualquiera irregularidad que observe en el ejercicio de la tutela.

4.4 LA TUTELA Y LA CURATELA COMO UNA SOLA INSTITUCIÓN

Considero, que es un gran complejo de normas las que hacen referencia a la protección de los menores e incapacitados. En la mayoría de los casos resulta muy costosa la administración que grava al capital del incapacitado o del menor, generando pasivos exagerados. Por otro lado, ante tantas normas es fácil que el tutor y el curador omitan el cumplimiento de alguna de las obligaciones, dando lugar a una actitud pasiva. Como consecuencia, conviene la revisión para simplificar el cumplimiento del cargo.

Debe hacerse un análisis de los órganos que participan. Desde luego, el tutor es el órgano principal que indiscutiblemente debe permanecer dentro de la revisión que se haga a la institución. Pero en relación al curador "priva en la actualidad la corriente de la inutilidad de la curatela, atentas las circunstancias

⁵³ Diccionario Jurídico 2000. pág. 348

de que su función de control y vigilancia se desempeña también por otros órganos como son: el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público y el propio Juez de lo Familiar, además de que el pago de su remuneración constituye un gravamen mas en el patrimonio del pupilo, generalmente limitado, y de que en múltiples ocasiones se colude con el tutor para que no lleguen al conocimiento del juez las irregularidades cometidas por aquel en el aspecto privado de los negocios que se realicen por cuenta del pupilo”.⁵⁴

En respaldo de lo anterior, se encuentra la reforma hecha al Código Civil el 17 de enero de 2002, se pueden nombrar dos tutores: uno que se dedique al cuidado de la persona del pupilo y otro al de sus bienes.

“Artículo 455 Código Civil. La tutela se ejercerá por un solo tutor, excepto cuando por ocurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio convenga separar como cargos distintos el tutor de la persona y el de los bienes”.

Se puede observar que el tutor que se dedique al cuidado de los bienes tendrá el carácter únicamente de administrador; por lo que, insisto en la inoperancia de la curatela, ya que, si su función es vigilar únicamente al tutor con el fin de cuidar los intereses tanto de la persona del pupilo como de sus bienes, con dichas reformas, para evitar problemas con el patrimonio del pupilo, se puede nombrar un tutor que cuide al pupilo y otro que cuide de sus bienes, además de que el incapaz cuenta con la vigilancia, como ya dijimos, del Consejo Local de tutelas, del Juez de lo Familiar y del Ministerio Público, por lo que la figura de la curatela hoy en día resulta ineficaz.

Por lo que insisto, hacer de la tutela y la curatela una sola institución, con una adecuada regulación legal de la tutela, para hacerla más ágil, esto en beneficio de la sociedad y en especial, para proteger a los incapacitados; evitando algunas de las repeticiones en la vigilancia y evitando que debido al

⁵⁴ De Pina. Op. cit., pp. 397-398.

número de disposiciones legales resulte difícil el cumplimiento de estas y propicie la inobservancia de la ley por parte de los tutores.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si se recurre a los datos de la historia del derecho y fundamentalmente al derecho romano clásico, se podrá advertir que la tutela y la curatela, en su origen, no fueron sino las dos instituciones de guarda y protección legal que existieron en nuestro ordenamiento, cumpliendo la función de amparar a la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad.

SEGUNDA.- La tutela en México ha pasado por diversas etapas en las cuales, siempre se le ha regulado, siendo el Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870, el que concluye la época correspondiente al proceso codificador de aproximadamente 50 años antes.

TERCERA.- De acuerdo con las características acerca de la tutela que establece la ley y después de haber analizado definiciones de diversos autores podemos establecer que: La tutela es la institución de guarda y protección legal, que cumple la función de amparar a la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres, así como, de los incapacitados.

CUARTA. Están sujetos a tutela los menores de edad y 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 pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

QUINTA.- Resulta indiscutible la reiterada y permanente existencia de la tutela en el diario acontecer de la vida humana; por lo que exige la atención de los legisladores y estudiosos de derecho al ser simultáneamente, un acto jurídico, una institución jurídica, un poder, una función jurídica, un organismo de representación, carga pública o guarda de los menores; según sea el aspecto que se tome en cuenta para su estudio.

SEXTA.- De acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal la tutela se clasifica en testamentaria, la cual, es la que se otorga a través del testamento; en tutela legítima, que es la que, en ausencia de tutores testamentarios, recae en las personas que señala expresamente la ley; y por último la tutela dativa tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien corresponda desempeñar la tutela legítima y cuando el tutor testamentario esta impedido de ejercerla temporalmente y no existan hermanos o parientes colaterales dentro del cuarto grado.

SÉPTIMA.- La tutela se diferencia principalmente de la curatela en que esta únicamente se encarga de la vigilancia de la actuación del tutor, sin que esto signifique que el curador sustituya al tutor en sus deberes.

OCTAVA.- La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica.

NOVENA.- En nuestra legislación, intervienen en la tutela tanto la autoridad judicial a cargo del juez de lo familiar al considerar que se trata, primordialmente, de un asunto jurídico, como la administrativa a través del Consejo Local de Tutelas y el Ministerio Público, los cuales, están en contacto con la vida social, donde se conocen más las necesidades y requerimientos de los menores; así como la familia ya que la ley impone a los familiares y terceros relacionados con el pupilo, un régimen de vigilancia fundado en el concepto de solidaridad hacia la protección del débil.

DÉCIMA.- Se debe observar, tal como propone esta tesis, el hecho de formar una sola institución de la tutela y la curatela, teniendo en cuenta, desde luego, que el tutor es el órgano principal que indiscutiblemente debe permanecer dentro de la revisión que se haga a la institución, lo cual, se traduciría como un beneficio social y colectivo, ya que la función de control y

vigilancia de la curatela se desempeña también por otros órganos como son: el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público y el propio Juez de lo Familiar.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, Instituciones de Derecho Romano, 10ª ed., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUEN ROSTRO BÁEZ, Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, Ed. Harla, México, 1990.

BELLUSCIO, Augusto Cesar, Derecho de Familia, Tomo I, Parte General Matrimonio, Ed. Depalma, Argentina, 1975.

BELLUSCIO, Augusto Cesar, Derecho de Familia, Tomo II, 3ª ed., Ed. Depalma, Argentina, 1981.

BONNECASE, JULIEN, Tratado Elemental de Derecho Civil, Ed. Harla, México, 1993.

BONFANTE, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, 5ª ed., Ed. Reus, España, 1979.

BOSSERT, Gustavo A., Manual de Derecho de Familia, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995.

BRANCA, GIUSEPPE, Instituciones de Derecho Privado, 2ª ed. por Pablo Macedo, Ed. Porrúa, México, 1978.

BRENA SESMA, Ingrid, Intervención del Estado en la Tutela de Menores, México: UNAM, 1994, 158 pp.

CARBONNIER, Jean, Derecho Civil-Situaciones Familiares y Cuasi-Familiares, Ed. Bosch, Barcelona, 1961.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, 3ª. edición, Editorial Porrúa, México, 1994.

CLAVIJERO, Francisco Javier, Historia Antigua de México, Ed. Porrúa, México, 1982.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil. Parte General. Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1994.

DI PIETRO, Alfredo, Derecho Privado Romano, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996.

ELÍAS AZAR, Edgar, Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa, México, 1995.

ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, Apuntes para la Historia del Derecho en México, 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1984.

FIX – ZAMUDIO, Héctor, Metodología, Docencia e Investigación Jurídicas, 11ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Personas, Familia, Ed. Porrúa, México, 1991.

GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho Sucesorio, Inter Vivos y Mortis Causa, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1995.

HERRERA, Enrique, Práctica metodológica de la investigación jurídica, 1ª reimpresión, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2002.

IGLESIAS, Juan, Derecho Romano, Historia e Instituciones, 10ª ed., Ed. Ariel S.A, Barcelona, 1990.

LÓPEZ AUSTÍN, Alfredo, La Constitución Real de México – Tenochtitlán, Ed. UNAM, México, 1961.

LÓPEZ RUIZ, Miguel, Elementos para la Investigación, Metodología y Redacción, 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1995.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Ed. Porrúa, México, 1998.

MARGADANT, Guillermo Floris, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, 5ª ed., Ed. Esfinge, México, 1982.

MARGADANT, Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, 26ª ed., Ed. Esfinge, México, 2000.

MEDELLIN, Carlos J., Lecciones de Derecho Romano, 13ª ed., Ed. Temis, Colombia 1997.

MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, El Derecho Precolonial, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 1992.

MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1990.

MORINEAU IDUARTE, Martha, Derecho Romano, 3ª ed., Ed. Harla, México, 1992.

PÉREZ DUARTE, Alicia, Derecho de Familia, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

PETIT EUGENE, Henri Joseph, Tratado Elemental de Derecho Romano, 11ª ed., Ed. Esfinge, Madrid 1982.

PLANIOL MARCEL, GEORGES RIPERT, Derecho Civil, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1996.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil – Introducción, Personas y Familia, Ed. Porrúa, México, 1991.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México, 1993.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México, Ed. Porrúa, México, 1979.

VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano, 5ª ed., Ed. Porrúa, México, 1980.

ZANNONI, Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, 2ª ed., Tomo II, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

BAQUEIRO ROJAS, Edgard, Derecho Civil, Diccionarios Jurídicos Temáticos, Volumen V, Ed. Harla, México, 1997.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, 12ª ed. por Luis Alcalá - Zamora, Ed. Heliasta S.R.I y Castillo, Buenos Aires, 1979.

De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México, 1991.

Diccionario de Derecho Privado, Tomo I, 2ª reimpression, Ed. Labor S.A., Barcelona – Jurídica Madrid, 1961.

Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo III, Editora Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1967.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II y III, Ed. Porrúa, México, 2002.

Gran Enciclopedia del Mundo, Tomo VIII, 10ª reimpression, Ed. Durvan S.A. de Ediciones Bilbao, España, 1972.

HUBER OLEA, Francisco José, Diccionario de Derecho Romano Comparado con Derecho Mexicano y Canónico, Ed. Porrúa, México, 2000.

Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, Ed. Porrúa, México, 1990.

Diccionario de Sociología, Ed. Fondo de Cultura Económica, Henry Pratt Fairchild, Editor, México, 1987.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil del Estado de México.

Código Familiar del Estado de Hidalgo.