



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

"LA REGULACION PREVENTIVA DE LA PROPIA INCAPACIDAD".

T E S I S

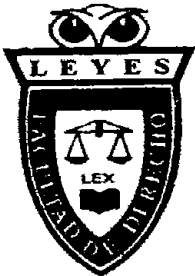
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

GUILLERMO RAMIREZ DE AGUILAR-CASTAÑEDA

ASESOR: DR. JOEL CHIRINO CASTILLO



CD. UNIVERSITARIA, D. F.

2005

m342148



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE Guillermo Ramírez de
Aguilar Castañeda

FECHA 15 marzo 2005

FIRMA [Firma manuscrita]



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/11/02/05/05

ASUNTO: Aprobación de Tesis

**SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .**

El alumno **GUILLERMO RAMÍREZ DE A. CASTAÑEDA**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Dr. Joel Chirino Castillo, la tesis denominada **"LA REGULACIÓN PREVENTIVA DE LA PROPIA INCAPACIDAD"** y que consta de 172 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

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

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F. 11 de Febrero de 2005

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.

Dr. Joel Chirino Castillo
Correspondencia Particular

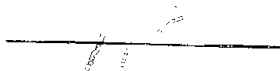
México D.F., a 9 de febrero de 2005.

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATIBEL SALAS.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL DE LA
FACULTAD DE DERECHO U.N.A.M.
P R E S E N T E .

Informo a usted en mi carácter de Tutor Académico, que se ha concluido el trabajo de investigación del pasante de derecho **GUILLERMO RAMIREZ DE AGUILAR CASTAÑEDA** denominado "LA REGULACION PREVENTIVA DE LA PROPIA INCAPACIDAD", que presenta como tesis para obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

Considero que el trabajo presentado reúne todos los requisitos académicos y la bibliografía adecuada para una investigación de esta naturaleza y válidas las proposiciones que son conclusión del estudio presentado y consecuentemente susceptible de ser evaluado por el jurado respectivo.

A T E N T A M E N T E

A handwritten signature in dark ink is written over a solid horizontal line. The signature is somewhat cursive and appears to be the name of the director mentioned in the text above.

Para Adriana, naturalmente...

A mis Padres, en testimonio de los valores que me han inculcado y que constituyen su legado más valioso.

A los señores licenciados José Ignacio Senties Laborde y Pablo Marván Laborde, con gratitud intemporal, por mostrarme desinteresadamente el punto en el que coexisten la realidad y la justicia.

A Rodrigo Barragán Román.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. BREVE ESTUDIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

1.1. Concepto de persona y de personalidad.....	5
1.1.1. Persona.....	5
1.1.1.1. Ideas generales.....	5
1.1.1.2. Diversas acepciones de la palabra persona.....	6
1.1.1.3. El concepto jurídico de persona.....	8
1.1.2. Personalidad.....	12
1.1.2.1. Concepto.....	12
1.1.2.2. La personalidad jurídica de las personas morales.....	14
1.1.2.2.1. Teorías que niegan la existencia de las personas morales.....	15
1.1.2.2.2. Teorías que afirman la existencia de las personas morales.....	15
1.2. Nacimiento y extinción de la personalidad jurídica.....	21
1.2.1. Nacimiento de la personalidad jurídica.....	21
1.2.1.1. Diversidad de teorías.....	22
1.2.1.2. Tratamiento en otros países.....	23
1.2.1.3. Inicio de la personalidad jurídica en nuestro derecho.....	26
1.2.2. Fin de la personalidad jurídica.....	29
1.3. Los Atributos de la Personalidad.....	30
1.4. Los Derechos de la Personalidad.....	36

2. LA CAPACIDAD

2.1. Concepto de capacidad.....	39
2.2. Capacidad de goce.....	39

2.2.1. Concepto.....	40
2.2.2. Distinción entre capacidad y personalidad.....	41
2.3. Capacidad de ejercicio.....	44
2.3.1. Concepto.....	44
2.3.2. Clases de capacidad de ejercicio.....	44
2.4. Causas que influyen en la graduación de la capacidad.....	45
2.4.1. Ideas generales.....	45
2.4.2. Clasificación.....	45
2.4.3. Limitaciones a la capacidad conforme al Código Civil del Distrito Federal.....	47
2.4.3.1. El concebido.....	47
2.4.3.2. El menor de edad.....	48
2.4.3.3. El mayor de edad.....	49
2.5. Habilitación, legitimación y prohibición.....	50
2.5.1. Habilitación.....	49
2.5.2. Legitimación.....	51
2.5.3. Prohibición.....	53

3. LA INCAPACIDAD

3.1. Concepto.....	55
3.2. División doctrinal de la incapacidad.....	56
3.2.1. Incapacidad natural.....	56
3.2.1.1. La incapacidad natural del menor de edad.....	57
3.2.1.2. La incapacidad natural del discapacitado.....	59
3.2.2. Incapacidad legal.....	62
3.3. Consecuencias de la incapacidad.....	63
3.4. Reglamentación de la incapacidad.....	64
3.4.1. En el Derecho positivo mexicano.....	64
3.4.2. En el Derecho comparado.....	67

4. INSTITUCIONES AUXILIARES DEL INCAPAZ.

4.1. La institucionalización de la representación de los incapaces.....	70
4.2. Breve referencia a la patria potestad.....	71
4.2.1. Concepto.....	71
4.2.2. Características.....	72
4.2.3. Contenido.....	73
4.2.4. Efectos respecto a la persona del hijo.....	74
4.2.5. Efectos respecto a los bienes del hijo.....	75
4.2.6. Extinción de la patria potestad.....	76
4.2.7. Pérdida de la patria potestad.....	76
4.2.8. Suspensión de la patria potestad.....	77
4.3. La tutela.....	77
4.3.1. Definición.....	78
4.3.2. Tipos de tutela.....	79
4.3.2.1. Tutela testamentaria.....	79
4.3.2.2. Tutela legítima.....	80
4.3.2.3. Tutela dativa.....	81
4.3.3. Sistemas tutelares.....	82
4.3.4. Órganos encargados de la Tutela.....	85
4.3.4.1. El Tutor.....	85
4.3.4.1.1. Presupuestos, impedimentos y excusas.....	85
4.3.4.1.2. Derechos y Obligaciones del tutor.....	88
4.3.4.2. El curador.....	90
4.3.4.3. Intervención judicial.....	93
4.3.4.4. El Consejo Local de Tutelas.....	95
4.3.4.5. El Ministerio Público.....	96
4.3.5. Desempeño de la tutela.....	97
4.3.6. Extinción de la tutela.....	100

5. EL ESTADO DE INTERDICCIÓN

5.1. Definición.....	102
5.2. Presupuestos.....	103
5.2.1. El órgano jurisdiccional.....	104
5.2.2. Las partes.....	105
5.3. Procedimiento.....	106
5.3.1. Declaración de estado de minoridad.....	107
5.3.2. Declaración de estado de incapacidad.....	108
5.3.2.1. Diligencias precautorias.....	108
5.3.2.2. Segundo reconocimiento médico.....	109
5.3.2.3. Audiencia.....	109
5.3.2.4. Juicio ordinario de interdicción.....	109
5.3.3. Nombramiento de tutor y curador.....	111
5.3.3.1. Aceptación del cargo.....	111
5.3.3.2. Otorgamiento de garantías.....	112
5.3.3.3. Discernimiento del cargo.....	112
5.3.4. Rendición de cuentas.....	112
5.3.5. Remoción de tutores y curadores.....	114
5.4. Efectos del estado de interdicción.....	114

6. LA REPRESENTACIÓN

6.1. Definición de la representación.....	118
6.2. Teorías sobre la representación.....	118
6.2.1. Teoría de la ficción.....	120
6.2.2. Teoría del nuncio.....	120
6.2.3. Teoría de la cooperación de voluntades.....	120
6.2.4. Teoría de la sustitución real de la voluntad del representado por la del representante.....	120
6.3. Tipos de representación.....	123
6.3.1. La Representación legal.....	123
6.3.2. La Representación voluntaria.....	124

6.3.3. La Representación orgánica.....	125
6.4. Mandato y poder.....	126
6.4.1. Concepto de mandato.....	126
6.4.2. Diferencia entre mandato y poder.....	128
6.4.3. Elementos del mandato.....	129
6.4.3.1. Elementos de existencia.....	129
6.4.3.1.1. Consentimiento.....	129
6.4.3.1.2. Objeto.....	129
6.4.3.2. Elementos de validez.....	130
6.4.3.2.1. Capacidad.....	131
6.4.3.2.2. Forma.....	131
6.4.4. Obligaciones de las partes.....	133
6.4.4.1. Obligaciones del mandante.....	133
6.4.4.2. Obligaciones del mandatario.....	134
6.4.5. Modos de terminar el mandato.....	136

7. LA REGULACIÓN PREVENTIVA DE LA PROPIA INCAPACIDAD

7.1. Justificación.....	139
7.2. Concepto y contenido.....	140
7.3. Fundamentación dogmática.....	141
7.4. Utilización de diversas figuras jurídicas vigentes en previsión de la incapacidad.....	146
7.4.1. El fideicomiso.....	146
7.4.2. Donación con carga.....	147
7.4.3. Renta vitalicia.....	148
7.4.4. Sociedades civiles y mercantiles.....	149
7.5. Tratamiento en el Derecho Extranjero.....	150
7.6. Tentativas legislativas en el Distrito Federal: La reforma del 17 de enero de 2002 al Código Civil.....	153
7.7. Instrumentación de las disposiciones dictadas en previsión de la propia	

incapacidad a través del nombramiento de representante y propuesta de reformas legislativas.....	157
7.7.1. Ideas generales.....	157
7.7.2. El mandato de autoprotección.....	158
7.7.3. Modificaciones legislativas.....	162
7.7.3.1. Código Civil para el Distrito Federal.....	163
7.7.3.2. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal...	165
8. CONCLUSIONES.....	167

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El estado de interdicción, esto es la declaración judicial de que una persona es incapaz, supone una serie de restricciones a la capacidad de obrar y de medidas protectoras de su persona y de sus bienes. Así surge la institución de la tutela, en la que el tutor asume la representación legal del incapaz, con el objeto de hacer valer los derechos que le son inherentes.

Sin embargo, el régimen legal de la tutela implica una serie de limitaciones al tutor que tornan un tanto complicada la administración del patrimonio del incapaz. Estas normas, consideradas en nuestra legislación como de orden público, no son susceptibles de modificarse por la voluntad de los particulares, ni siquiera por la del sujeto interesado, cuando aún conserva pleno discernimiento y capacidad de ejercicio.

Sabido es que hoy día, gracias al avance de las ciencias médicas, una persona puede saber si está afectado de algún padecimiento que en un momento dado pueda ocasionarle la pérdida de la capacidad de gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo, o por algún medio que la supla, circunstancias que como señala el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, suponen el estado de incapacidad natural y legal. No obstante y a pesar de ello, poco puede hacer para garantizar que su patrimonio sea administrado como hasta entonces se ha venido haciendo, o para dictar reglas especiales para la atención de las necesidades propias o de sus acreedores alimentarios.

Esto es así por dos razones: la primera, que ya se apuntó, es la rigidez de la institución tutelar. La segunda es la extinción del mandato por la incapacidad de mandante.

El objeto del presente trabajo consiste en sustentar una propuesta para la regulación de un representante especial, constituido mediante un mandato otorgado por una persona en previsión de su incapacidad, que surtirá efectos precisamente cuando el mandante sea declarado en estado de interdicción, derogando la regla general de extinción del mandato por incapacidad del mandante. Este mandatario coexiste con el tutor y el curador, como una especie de ejecutor especial de los actos concretos que le fueron encargados y constituye una alternativa real para aquellas personas que tienen un patrimonio que amerita de una administración especial, como el del comerciante, que al enfrentar este problema tiene que recurrir a figuras que no han sido creadas para estas cuestiones, para paliar el efecto adverso que su propia incapacidad pueda acarrear a su gestión patrimonial.

Su fundamentación se origina en la autonomía de la voluntad, partiendo del principio de que una persona capaz puede disponer libremente de sí misma y de sus bienes, con las limitaciones impuestas por la ley. Reconoce el hecho de que nadie puede ser privado de la libertad de decidir el destino de su patrimonio, libertad que está reconocida mediante la consagración del derecho de otorgar testamento, y que bien puede reconocerse en previsión de la incapacidad, y no sólo por causa de muerte.

Pero el principio de la autonomía de la voluntad no se recoge de forma irrestricta, como aconteció en otras épocas ya superadas por nuestra legislación, mediante la adopción de normas de corte social que tanto fueron elogiadas en su momento. Este representante no supone la supresión de la tutela, con todas sus medidas cautelares en beneficio del incapaz. Todo lo contrario: en materia de representación del incapaz ninguna precaución es excesiva y ninguna consideración de índole económica justifica la implementación de medidas temerarias que lo pongan en riesgo. Como se explicará en el lugar oportuno, el representante especial sólo puede llevar a cabo los actos jurídicos que el

mandante y futuro incapaz le encarga, actos que tienden a la conservación o incluso a la explotación de un patrimonio que de ordinario se ha manejado de determinada manera, que de sujetarse a las normas de la tutela podría verse reducido, en perjuicio el propio incapaz o de sus familiares. Podrá también, de ser esa la voluntad del mandante, realizar actos de dominio muy concretos, siempre con la intervención del tutor y del curador, a quienes finalmente y por todos los actos que realice, estará obligado a rendirles cuentas y hacerle entrega de los bienes que adquiera o de los productos que obtenga.

Para abordar todas esas cuestiones, comienza este estudio haciendo una breve referencia a los conceptos fundamentales de persona y personalidad. A este respecto se hace somera mención a las doctrinas que explican la naturaleza de las personas morales, no por algún extravío conceptual, sino porque a propósito de ellas comenzó realmente el estudio del tema de la personalidad, que se daba por supuesta y evidente al referirse a las personas físicas. Se exponen también para concretar el tema los atributos de las personas físicas y morales y los llamados derechos de la personalidad.

Posteriormente se hace un análisis de los conceptos de capacidad, en sus dos categorías, de goce y de ejercicio, y de incapacidad, tanto natural como legal, por razones obvias, pues es menester comprender a cabalidad estos supuestos para abordar las reflexiones posteriores.

Tras el estudio de la incapacidad se procede a analizar las instituciones que son auxiliares a los incapaces, a saber, la patria potestad, de una manera muy breve y esquemática, y la tutela, que resulta ser un tema fundamental en el presente trabajo, pues es una función sin la cual la propuesta planteada no podría existir.

Inmediatamente después toca el turno de la representación en general, analizando los dos tipos que resultan aplicables a nuestro sistema jurídico: la representación

legal, tratada en el capítulo anterior, y la representación voluntaria, concretándose al tema del mandato, que es el pilar de la tesis sustentada, que básicamente se refiere a un mandato especial sujeto a la condición suspensiva de que el mandante sea declarado incapaz.

Habiendo expuesto estos temas fundamentales, se procede a la fundamentación, conceptualización e implementación de lo que bien puede llamarse "mandato de autoprotección", como el instrumento principal y más eficaz de las llamadas "disposiciones para la propia incapacidad." Se hace también una propuesta de reformas legislativa para traerlo a la realidad.

1. BREVE ESTUDIO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

1.1. CONCEPTO DE PERSONA Y DE PERSONALIDAD

Los términos Persona y Personalidad aluden directamente al concepto de Sujeto de Derecho. Éste a su vez es referido como uno de los conceptos jurídicos fundamentales, es decir como uno de aquellos elementos que intervienen constante y necesariamente en toda relación de derecho¹, con independencia del tiempo y del lugar en el que acaezca y sin los cuales no puede comprenderse el universo normativo.

1.1.1. PERSONA

1.1.1.1 Ideas generales

En sentido jurídico, persona es todo ente susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. El término comprende tanto a los seres humanos, como a las personas jurídicas, morales o colectivas.

El sustantivo persona deriva del verbo latino "persono", que significa resonar. Con el término persona, se aludía a la máscara o careta que utilizaban los actores y que servía al mismo tiempo para caracterizarse y representar al hombre o al dios del que trataba el argumento de la obra y así asumir su personalidad (larva histrionalis), como para ahuecar y lanzar la voz. Posteriormente con ese término se señaló al actor mismo que la empleaba², y aún después, como señala Castán Tobeñas, citado por el Doctor Domínguez Martínez, a los actores de la vida social

¹ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", tomo I, 1ª ed; Porrúa; México, 2001, p. 95 y sigs.

² "Recuerda que tú no eres otra cosa que actor de un drama, el cual será breve o largo según la voluntad del poeta. Y si a éste le place que representes la persona de un mendigo, trata de representarla en forma adecuada. De igual forma que si te es asignada la persona de un cojo, de un magistrado, de un hombre común. Puesto que a ti sólo te corresponde el representar bien a la persona que se te destina, cualquiera que sea: corresponde a otro el elegirla." Epicteto, citado por Abbagnano (Diccionario de Filosofía, p. 909)

y jurídica.

El maestro Alberto Pacheco señala que la palabra persona en castellano procede de la misma palabra en latín, la cual equivale a la palabra griega “prósopon”, que significa en aquel idioma hypóstasis que puede traducirse también al castellano como subsistencia, o sea lo que es en sí, como sujeto independiente, que no existe en otro y que no necesita de otro para existir.

Por otro lado, Alfredo Orgaz, apoyándose en el profesor Pierre Ruffel, señala que el vocablo parece derivar del etrusco, en cuya lengua “phersus” designa la máscara del teatro, no enteramente individual, sino típica o genérica que identifica cierto carácter o en especial una función.

Independientemente de la diversidad de criterios respecto al origen etimológico del término, puede concluirse que su significado actual tiene un origen metafórico, que al referirse a la representación en abstracto de un sujeto, ha pasado a identificar al ser humano genéricamente considerado, en cuanto al papel que desempeña en sus diversas relaciones, incluidas por su puesto, las jurídicas.

1.1.1.2 Diversas acepciones de la palabra Persona

La palabra persona tiene diversas acepciones, según el contexto en el que se le utilice.

Para Francisco Ferrara, citado por el Dr. Fernando Flores García, el término persona tiene tres significados: en el sentido físico – antropológico, hombre; en el sentido teológico – filosófico, ente racional, consciente, capaz de querer; y en el sentido jurídico, ente que tiene función jurídica, cualidades en el Derecho, capacidad.³

³ Ensayos Jurídicos; 2ª ed.; UNAM; México, 1998.

Por su parte, Castán Tobeñas señala que las acepciones del concepto que nos ocupa son tres: en sentido vulgar, filosófico y jurídico.

En el sentido vulgar, la palabra persona denota al ser humano, es decir, "hombre", que significa individuo de la especie humana de cualquier edad o sexo⁴.

Filosóficamente, partiendo de la evolución histórica de las doctrinas de esta naturaleza, el concepto persona en un primer momento es equivalente a relación: en el sentido más común del término, la persona es el hombre en sus relaciones con otros hombres y consigo mismo, y en un sentido más genérico, si pensamos que el término es aplicable incluso a Dios, persona es simplemente "sujeto de relaciones".

Posteriormente, gracias a los estudios de los Padres de la Iglesia, el sentido "relación" fue superado por el de "sustancia". Es conocida la definición de Severino Boecio, que partiendo de una idea de San Agustín, señala que la persona es la "sustancia individual de naturaleza racional".

Sin embargo, a partir de Descartes, el reconocimiento del carácter sustancial de la persona se debilita, dando paso nuevamente al de relación, o mejor dicho al de autorrelación o conciencia: "La Persona es el ente que conserva la memoria de sí, esto es, que recuerda ser lo mismo que fue precedentemente en este o aquel estado", señala Wolf, y de la mano, Kant afirma que "el hecho de que el hombre pueda representarse su propio yo lo eleva infinitamente sobre todos los seres vivientes de la tierra. Por esto es una persona, y conforme a la unidad de conciencia persistente a través de todas las alteraciones que puedan tocarlo, en una sola y si misma persona."

⁴ Galindo Garfias, op. cit., p. 301.

De esta forma original de relación con uno mismo, la “persona del hombre” trasciende a sus relaciones con los demás hombres como un agente moral, y con el mundo que le rodea. Scheler define a la persona como “relación con el mundo”⁵, y de tal relación genérica, distingue el yo, definido por la relación específica con el mundo exterior, el *individuo*, por la relación específica con la sociedad, y el *cuerpo*, por la relación específica con el ambiente.

Finalmente, de esta pluralidad de relaciones nos viene la noción de *status*⁶, como la red de relaciones en las que se ve involucrado un ser humano. La persona es tanto un agente moral como un sujeto de derechos civiles y políticos y un miembro de un grupo social. “El hombre es persona en cuanto, en tales tareas, queda especialmente definido por sus relaciones con los demás.”⁷

1.1.1.3 El concepto jurídico de persona

Ya apuntábamos que en sentido jurídico Persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, o lo que es igual, a devenir sujeto, activo o pasivo, de relaciones jurídicas.

Refiere directamente dicho término al ser humano, como destinatario inmediato de las normas jurídicas, centro de imputación de derechos y deberes, pero se extiende traslaticamente a otros entes, creaciones intelectuales a las cuales el orden jurídico reconoce la calidad de persona.

“En el derecho se distinguen las personas físicas de las morales, de tal manera que existe la persona jurídica individual y las personas jurídicas colectivas. El hombre constituye la persona física, también llamada persona jurídica individual.

⁵ La palabra mundo se utiliza en el sentido de “cosmos”, englobante de todas las relaciones posibles del ser humano.

⁶ Conocida ya en el Derecho Romano, esta idea atribuía al sujeto una serie de cualidades jurídicas en función de su situación personal y de sus relaciones con la gens a la que pertenecía y con el Estado (*status personae*, *status familiae* y *status civitatis*)

⁷ ABBAGNANO, op. cit., p. 912

Los entes creados por el derecho son las personas morales o ideales, llamadas también personas jurídicas colectivas.⁸

Por lo que a los seres humanos se refiere es innegable su calidad de persona. Sin embargo, según lo muestra la evidencia histórica, no siempre fue así. Antiguamente dos instituciones, felizmente superadas, privaban al ser humano de su personalidad: La esclavitud y la muerte civil.

La esclavitud, institución reconocida y practicada por todos los pueblos de la antigüedad y por algunas naciones “civilizadas” en tiempos no muy remotos, reduce al ser humano a la calidad de cosa, carente de capacidad (*caput non habet*).

La muerte civil por su parte, reglamentada en el Código Civil Francés o Código Napoleón y que estuvo en vigor hasta el año de 1854, es una sanción que la ley establece para ciertas personas que llegaran a pertenecer a la orden sacerdotal, así como a los reos que llegaran a ser condenados a muerte, a trabajos forzados o deportación⁹.

Sus efectos fueron los siguientes, según se desprende del artículo 25 del Código mencionado:

1. Apertura de la sucesión, la que se seguía ab intestato, aún cuando la persona hubiere otorgado testamento, pues por una severidad suplementaria, este se anulaba.
2. Disolución del matrimonio. Si la persona continuaba habitando con quien fuera su cónyuge, la unión se consideraba concubinato y los hijos que llegaran a tener se tenían por ilegítimos.
3. Pérdida de los derechos políticos, que impedían al condenado a ser elegido, elector, candidato, funcionario, jurado, testigo, perito, etc.

⁸ ROJINA, *op. cit.*, p. 115

⁹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario: “Instituciones de Derecho Civil”, tomo II, p. 13.

4. Pérdida de los derechos civiles, conservando únicamente los necesarios para celebrar contratos a título oneroso, con lo que podía ganar dinero trabajando para subsistir, comprar, vender, ser acreedor y deudor¹⁰.

En la actualidad, todo ser humano es persona, en toda la plenitud del término, y como tal goza de una serie de atributos que le permiten desenvolverse libremente en la sociedad, gracias al reconocimiento y respeto de sus derechos elementales y a la existencia de instancias apropiadas para hacerlos valer.

Dejando atrás esas instituciones inhumanas, es conveniente señalar que el ser humano es una realidad biológica, psicológica y social anterior a cualquier orden jurídico, ya que como lo apunta el Doctor Luis Recasens, el Derecho es una creación cultural del ser humano¹¹, una de tantas manifestaciones de su inteligencia. Es el hombre, un fin en si mismo, un ser moral capaz de proyectar y realizar valores a través de su razón y su libertad. Como tal, tiene dignidad, entendida en oposición a la utilidad que poseen otros entes, considerados no como fines, sino como medios al servicio del hombre para alcanzarlos. Precisamente por esa dignidad, es el punto de inserción del mundo del "deber ser" en el mundo real y como tal el orden jurídico debe antes que cualquier otra cosa, reconocerle la calidad de persona, de sujeto de derechos y obligaciones.

En ese sentido, el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 señala que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, o como se desprende del texto en inglés, quizá con más precisión, a ser reconocido como una persona ante la ley (as a person before the law)¹².

¹⁰ MAGALLÓN IBARRA, op. cit. pp. 13 y 14.

¹¹ RECASÉNS SICHES, Luis: "Introducción al Estudio del Derecho", 11ª ed., Porrúa, México, 1996, p. 25

¹² RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús: "Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA", Tomo I; Comisión Nacional de Derechos Humanos; México, 1994, p. 20

Señala Legaz Lacambra¹³ que el concepto de sujeto debe interpretarse, no en el sentido lógico – gramatical de lo opuesto a predicado, sino en el sentido propiamente ético de lo contrapuesto a objeto; es decir, como aquello que, a diferencia de éste, no posee una mera utilidad ni un precio, sino una dignidad; el objeto es un medio, el sujeto un fin al cual se ordena todo medio, todo objeto.

Sin embargo es preciso señalar que el concepto jurídico de persona se introduce a raíz de la consideración que hace la norma de ciertas manifestaciones de la conducta humana, que son relevantes para el derecho, bien sea para ser garantizadas o para proscribirlas. Se es persona en la medida de que se realizan conductas jurídicamente significativas.

Por ello, el concepto de persona es una creación de la técnica jurídica que no se limita al ser humano. Por el contrario, se ha extendido a entidades creadas por el hombre, como en el caso de las personas morales, e inclusive, en tiempos ya remotos, a los animales o a determinados objetos que en otro tiempo fueron considerados como sujetos de derecho¹⁴.

Hans Kelsen ¹⁵apunta que la noción de sujeto de derecho o persona, es una construcción artificial creada por la ciencia jurídica, que sólo designa un haz de obligaciones, de responsabilidades y derechos subjetivos; el hombre en sí no es una noción jurídica, sino biológica, fisiológica y psicológica.

¹³ Citado por FLORES GARCÍA, Fernando en "Ensayos Jurídicos"; 2ª edición; UNAM; México, 1998, p. 70

¹⁴ Respecto a los llamados derechos de los animales, son de tenerse en cuenta las palabras del profesor cubano Mariano Aramburu: "También carece de todo valor filosófico el argumento que se aduce para probar el aserto combatido y referente al deber de respetar a los animales y demás cosas que se encuentren en nuestro dominio, porque el derecho no radica en ellos, sino en el propietario: se respetan, no en cuanto cosas, sino en cuanto propiedad; se prestan omisiones, no al ser físico constituido en patrimonio, sino al ser moral libre constituido en dueño. Y por último, si en algunas legislaciones se halla penada la crueldad que se ejerce con los animales, es porque repugna a la dignidad humana gozarse en el dolor; porque es inhumano e injusto hacer padecer innecesariamente a los irracionales, y porque si éstos están creados para nuestro servicio y utilidad, nosotros, en cambio, estamos obligados a no valernos de su inferioridad para proporcionarnos inicuas complacencias, y a hacer de ellos un uso prudente para evitar con el abuso o con un empleo irracional se perturbe el orden cosmológico en daño de los demás hombres. Del mismo modo estamos obligados a observar prudencia en el disfrute de las cosas inanimadas, no porque ellas tengan este derecho, sino porque es ilícito destruir por capricho y sin provecho legítimo." La Capacidad Civil, Madrid, 1931, pp. 5 y 6

¹⁵ FLORES GARCÍA, loc. cit.

El Dr. Recasens acepta las ideas del jurista vienés y agrega que lo que en el derecho se considera como persona no es el hombre en toda su plenitud, solamente algunas dimensiones genéricas, comunes con otros hombres, que son unificadas y objetivadas por el ordenamiento jurídico. De esta manera, la persona es el conjunto de normas que regulan la conducta de un individuo, en la medida que le atribuyen derechos y deberes.

De las ideas anteriores se desprende que el concepto de persona es sólo una de las manifestaciones de la dignidad del hombre, que es sin duda un ser mucho más complejo. La persona comprende solamente aquellos atributos indispensables para actuar en el mundo de lo jurídico, para soportar, como centro de imputación, derechos y obligaciones. Con las afirmaciones de Kelsen y de Recasens no se le quita nada al ser humano, por el contrario, se dignifica, al reconocer que hay terrenos mas íntimos de su existencia que no pueden ser irrumpidos por el derecho.

Sin embargo, el ser humano no está expuesto al capricho del poder público, que podría negarle o restringirle arbitrariamente su calidad de persona. La personalidad constituye un límite infranqueable para el estado, que de vulnerarse, cuestionaría el fundamento mismo del orden jurídico. Conveniente es recordar las palabras de Hermogeniano: *Hominum causa omne jus constitum est* (todo el derecho ha sido constituido por causa de los hombres).

1.1.2 PERSONALIDAD

1.1.2.1 Concepto.

Íntimamente ligado al concepto de Persona está el de Personalidad, de tal suerte que uno no puede ser entendido sin el otro. Algunos autores consideran que la

personalidad es la consecuencia directa y necesaria del reconocimiento que el orden jurídico hace al ser humano o a ciertas entidades de su calidad de persona. Otros por el contrario, sostienen que el concepto de persona emana como consecuencia, del reconocimiento previo de la personalidad.

De esta postura es el Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, quien señala que "ser persona está condicionado a tener personalidad jurídica; se es persona porque se tiene dicha cualidad; no se tiene personalidad porque se sea persona, sino al contrario, se tiene el carácter de persona por tener personalidad jurídica."¹⁶

Podemos definir la personalidad como la *aptitud* reconocida por la ley para ser sujeto de derechos y deberes.

La personalidad es una cualidad jurídica, es la atribución al sujeto de derecho de la titularidad del conjunto unificado de situaciones y acciones humanas, convirtiendo a ese sujeto de derechos, en un centro unificado de relaciones jurídicas o e imputación normativa.

Castán Tobeñas, distingue entre el concepto de persona y personalidad en los siguientes términos:

"Aunque a veces se usen como sinónimos y sean consecuencia uno del otro, no deben confundirse los términos persona y personalidad. Si persona es todo ser capaz de derechos y obligaciones, por personalidad ha de entenderse la aptitud de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas; se es persona; se *tiene* personalidad

Expuesto lo anterior, podemos señalar que los concepto de persona y de personalidad, si bien están íntimamente ligados y son interdependiente, no son

¹⁶ Derecho Civil, 4ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 130

sinónimos.

También es cierto que la noción de persona es resultado de la personalidad. En efecto, la personalidad es aptitud, posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, y sólo en la medida de que el ser humano, como individuo o agrupado en una entidad goza de esa aptitud, merece el reconocimiento por el orden jurídico de la calidad de persona.

1.1.2.2 La personalidad jurídica de las personas morales.

Como hemos señalado, la personalidad jurídica es la atribución que hace el orden jurídico de la calidad de persona, o mejor dicho, de ser sujeto de derechos, a determinados entes. Se desdobra en la personalidad jurídica reconocida al ser humano por su vocación natural para sostener relaciones jurídicas, y la personalidad otorgada a otros entes, distintos del ser humano, La personas morales.

Las personas morales son entes colectivos, e inclusive patrimonios definidos, a los que la ley les reconoce personalidad jurídica. Son llamadas también personas jurídicas, personas colectivas, personas sociales, o con mejor técnica, personas jurídicas colectivas.

A lo largo de la historia, han surgido varias teorías que intentan definir la naturaleza de este tipo de organismos y de justificar su existencia. Su origen parte principalmente de tratar de explicar la existencia del Estado, como persona jurídica por excelencia y de ahí se han trasladado a otras ramas jurídicas. Además, gracias a los avances logrados en esta materia, se ha podido comprender con mayor precisión la naturaleza de la persona física. En realidad, el estudio de ésta se introduce con mayor fuerza a raíz de las contribuciones hechas por los estudios de las personas morales.

Entre las teorías que tratan de explicar la naturaleza de las personas morales o jurídicas colectivas, hay algunas que niegan su existencia y otras que la afirman desde muy distintos puntos de vista, ya sea como creaciones del derecho Objetivo, como realidades materiales o como realidades ideales.

1.1.2.2.1 Teorías que niegan la existencia de las personas morales.

Entre los autores que niegan la existencia de las personas morales, encontramos a Marcel Planiol, que considera que lo que en realidad existe bajo este concepto es una propiedad colectiva, de ahí que ubique su estudio dentro del curso de derecho civil correspondiente a los bienes:

“Bajo el nombre de personas civiles debemos entender la existencia de bienes colectivos, en estado de masas distintas, poseídas por grupos de hombres más o menos numerosos y sustraídos al régimen de propiedad individual. Por consiguiente, estas pretendidas personas no lo son, ni aun de manera ficticia; es necesario reemplazar el mito de la personalidad por una noción positiva, que solo puede ser el de la propiedad colectiva¹⁷.”

1.1.2.2.2 Teorías que afirman la existencia de las personas morales.

Teoría de la ficción.

Federico Carlos De SAVIGNY sostuvo que la persona jurídica es un sujeto creado artificialmente capaz de tener un patrimonio. Parte de la idea de que todo hombre singular y sólo él es capaz de ser sujeto de derechos, pero el orden jurídico puede tanto negar esta realidad, privando al ser humano de la calidad de persona, como sucedió con la esclavitud, como extenderla a entes que no son hombres, sino

¹⁷ FLORES GARCÍA, op. cit, p. 83

sujetos artificiales creados por simple ficción.

Esto se debe a que sólo pueden tener derechos y correlativamente obligaciones, los entes dotados de voluntad, por lo tanto, las personas morales, al carecer de albedrío, solo pueden ser sujetos de derecho en virtud de una ficción de la ley, que se apoya en la teoría de la representación para suplir aquella carencia.

Entre las persona morales de acuerdo con esta teoría, hay las que tienen una existencia natural o necesaria, como las comunidades y las ciudades, y otras que tienen una existencia artificial o contingente, como las fundaciones y asociaciones. Las primeras viven naturalmente, por la simple conglomeración de individuos con características y finalidades comunes, sin que sea necesaria su voluntad para aglutinarse, mientras las otras precisan de esa voluntad.

Savigny no desconoce la existencia de las personas morales, por el contrario, la afirma y justifica. Lo ficticio en su teoría consiste en la extensión que hace la ley de los atributos que naturalmente sólo pueden recaer en el ser humano como ente volitivo¹⁸.

El Doctor Flores García apunta que el mérito de esta teoría radica en su simplicidad y en la validez de su razonamiento lógico, principalmente en la apreciación de que la persona jurídica colectiva es un sujeto ideal creado por la ley¹⁹.

Teoría del patrimonio afectación.

Esta teoría, atribuida a Brinz, señala que la persona moral no es otra cosa que un patrimonio sin titular objetivado, destinado al cumplimiento de un fin. El derecho, al estar en presencia de él, lo reconoce como una persona moral, soporte de

¹⁸ FLORES GARCÍA, op. cit, pp. 88 y sigs.

¹⁹ Op. cit., p. 93

derechos y obligaciones y garantía para los acreedores²⁰.

Esta teoría es inadmisibles, ya que como afirma García Maynez, no pueden existir derechos sin sujeto²¹. Todo derecho es forzosamente, facultad jurídica de alguien, así como toda obligación supone un obligado. Igualmente debemos descartar las ideas de Brinz, para quien el fundamento de la personalidad está en el patrimonio, si consideramos que existen agrupaciones de beneficencia que sólo cuentan con el trabajo de sus agremiados.

Teorías realistas: La teoría del organismo social

Los partidarios de estas teorías, aceptan que la personalidad jurídica depende totalmente de la voluntad y afirman que al lado del hombre, existen entes que constituyen verdaderos organismos, dotados de voluntad propia, distinta de la de sus integrantes. Así, si al ser humano se le reconoce la calidad de persona precisamente por que tienen voluntad, estos organismos deben gozar del mismo reconocimiento. En este sentido el derecho no les otorga la personalidad jurídica, simplemente se las reconoce como entidades reales, vivas, no imaginarias o ficticias.

El más destacado expositor de estas teorías es Otto von Gierke, quien afirma que en estos organismos, la voluntad no es simplemente la suma de las voluntades de sus miembros, sino una voluntad general propia. Además de esta capacidad de querer, el organismo tiene también capacidad de obrar.

Conviene citar la definición de organismo que hace el naturalista Claude Bernard: "organismo es un todo viviente formado por partes vivientes²²." Así los partidarios de estas teorías pretenden asimilar la ciencia jurídica con las ciencias de la

²⁰ FLORES GARCÍA, op. cit, p. 83

²¹ GARCIA MAYNEZ: "Introducción al Estudio del Derecho"; 56ª ed; Porrúa; México, 2004, p. 283.

²² FLORES GARCÍA, op. cit, p. 87

naturaleza, coincidiendo con las tradiciones filosóficas positivistas que buscan prescindir de cualquier concepción metafísica.

Teoría de la institución

Se atribuye principalmente a Hauriou el desarrollo y exposición de esta teoría, quien define la institución como “una idea de obra, que se realiza y perdura jurídicamente en un medio social”.

De la definición anterior se colige que toda institución es una organización que persigue necesariamente una finalidad; esa es la idea de obra. De esta finalidad deviene la personalidad moral, no como la entendemos actualmente, equivalente a personalidad jurídica, sino como la objetivación del vínculo que une a diversas personas, o el ánimo de constituir y pertenecer a un organismo. Sólo en la medida que una institución goza de esta personalidad moral, es susceptible de adquirir además personalidad jurídica. Esta es la manifestación exterior de aquella²³.

Tesis de Ferrara.

Para este jurista italiano, la personalidad es un producto del orden jurídico, que surge gracias al reconocimiento del Derecho objetivo. A mayor abundamiento, ni siquiera el hombre, la persona individual o sujeto físico es persona por su propia naturaleza, sino por obra de la Ley. Fuera de una organización estatal, el individuo humano no es sujeto de derechos.

Ferrara hace un recorrido histórico a través de la situación que el ser humano ha tenido frente al derecho, desde la esclavitud, pasando por la desigual situación de la mujer frente al varón, o del judío frente al cristiano, hasta llegar a la condición legal que en tiempos más próximos han tenido los extranjeros frente a los

²³ FLORES GARCÍA, op. cit, pp. 98 y 99

nacionales, todo ello para concluir que la personalidad jurídica ha sido dada y suprimida por el orden jurídico. En este sentido, la ley es la única fuente de la capacidad.

Admitiendo lo anterior, es decir que la personalidad viene dada únicamente por la ley y no por la naturaleza de los destinatarios, no existe ningún obstáculo para admitir que determinadas agrupaciones son personas. Esta calidad les es dada por el estado, con lo cual se superan las ideas organicistas de que estos entes tienen capacidad por formar organismos vivos o porque cuentan con un alma colectiva independiente. Gracias a las ideas de Ferrara despojamos a la teoría de la personalidad de aquellas ideas fantásticas.

Ya avocándose al estudio de las personas jurídicas colectivas, señala que sus elementos constitutivos:

1. Una asociación de hombres, pues independientemente de que la personalidad sea dada por el orden jurídico, es necesario un sustrato material.
2. El fin, concepto similar al de interés y que permite distinguir a las personas jurídicas de interés público de las que sólo persiguen intereses privados
3. El reconocimiento de las personas colectivas por el Derecho objetivo, ya que la personalidad solo puede emanar el orden jurídico.

Satisfechos estos requisitos, estamos en presencia de una persona jurídica colectiva, con plena aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Su existencia es real y no meramente ficticia, pero su realidad no es una realidad natural, sino una realidad ideal jurídica, tan real como cualquier otra institución de esta categoría²⁴.

²⁴ FLORES GARCÍA, op. cit, pp. 104-110.

Tesis de Kelsen

Para comprender las ideas de Hans Kelsen sobre la personalidad jurídica, es necesario estudiar primeramente el concepto de la imputación normativa²⁵. La imputación es el equivalente a la causalidad en el mundo jurídico. En las relaciones de causalidad, un hecho se vincula a otro por servirle de causa o por ser su efecto. Estamos en presencia de relaciones necesarias entre uno y otro. En el mundo jurídico, para que un hecho se vincule a otro, es necesario que una norma haga el enlace.

Así, la imputación se entiende precisamente como el enlace de un hecho a otro, o bien, de un hecho a un sujeto, que se realiza a través de una norma jurídica. El primer tipo de enlace se conoce como imputación periférica; el segundo como imputación central.

Partiendo de estas ideas, el problema de estudio de la personalidad no radica en indagar cual es la realidad fáctica de los sujetos a quienes se le otorga, sino en qué medida una entidad es considerada como centro de imputación de derechos y deberes. Así las cosas, al derecho no le incumbe saber en qué consiste el sustrato del hombre o de las asociaciones de hombres. Estas cuestiones están fuera de su objeto.

Ahora bien, en ese tenor, la personalidad está integrada por el conjunto de relaciones imputables a un mismo ente. La personalidad pasa a ser un sector o una sección del orden jurídico total, atribuible a determinada persona. Sólo en la medida que la norma atribuya derechos o imponga obligaciones estamos en presencia de una persona.

Expuesto lo anterior se evidencia que mas que contar con una serie de teorías

²⁵ FLORES GARCÍA, op. cit, p. 112

antagónicas, que se contradicen unas a otras, la materia de las personas jurídicas colectivas ha experimentado una verdadera evolución. Se han ido superando ideas que hoy parecen aberrantes pero que en su momento sirvieron como escalones para alcanzar la claridad que hoy en día existe al respecto.

En efecto, las personas morales o jurídicas colectivas tiene una existencia real y no meramente ficticia, pero su realidad no es material, sino ideal, tan ideal como la del Derecho. Esa existencia les viene dada por el orden jurídico, que como lo apuntábamos, es una creación cultural del ingenio humano, capaz a su vez de crear otros entes culturales. Negar la existencia de las personas morales equivaldría a negar la existencia misma del Derecho objetivo.

1.2. NACIMIENTO Y EXTINCIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

Hechos naturales, evidentes para los sentidos y absolutamente objetivos, son el nacimiento y la muerte, de ahí que parezca sencillo determinar sin lugar a dudas el momento en el que inicia y concluye la personalidad jurídica. Sin embargo, esto no puede ser más lejano de la realidad.

Respecto al inicio, existen un sinnúmero de posturas doctrinales diversas que hacen variar el momento de adquisición de la personalidad desde la concepción hasta la adquisición de la conciencia. Respecto al fin, el avance de la ciencia ha demostrado que un individuo aparentemente muerto puede conservar un hálito de vida.

Es preciso aclarar que cosas distintas son el inicio y fin de la personalidad jurídica del inicio y fin del ser humano. Generalmente son coincidentes, pero técnicamente pueden variar y lo han hecho, como en el caso de la muerte civil.

1.2.1 Nacimiento de la personalidad jurídica

El momento en el que la personalidad jurídica se inicia es determinante para atribuir a un sujeto el cúmulo de derechos que le corresponden. Al respecto, existen varias teorías, que se mencionan brevemente a continuación.

1.2.1.1 Diversidad de teorías.

El jurista español Castán Tobeñas, citado por el Dr. Domínguez Martínez²⁶, señala que existen diversas teorías que versan sobre el inicio de la personalidad jurídica, a saber:

1. Teoría de la concepción. Afirma que el concebido tiene existencia independiente y por consiguiente ha de ser tenido como sujeto de derechos, aún antes de nacer.
2. Teoría del nacimiento. El feto durante la gestación no tiene vida independiente de la madre y forma parte del cuerpo de esta (pars viceram matris).
3. Teoría ecléctica. Pone el origen de la personalidad en el nacimiento pero reconoce por una ficción derechos al concebido.
4. Teoría de la viabilidad. Para el reconocimiento de la persona no es suficiente el hecho del nacimiento. Es necesario además que el individuo sea viable (*vitae habilis*, capaz de vivir).

Respecto a la viabilidad se distingue la viabilidad propia y la impropia. La primera es más un concepto de la biología, que consiste en que un individuo se desarrolle apropiadamente según el periodo ordinario de gestación. La segunda consiste en que el ser humano pueda subsistir por sí

²⁶ Op. cit., pp. 141 y 142.

mismo.

5. Teoría psicológica. El individuo no debe ser considerado como capaz de derechos hasta que adquiere el sentimiento de su personalidad jurídica, momento que tiene que ser posterior a la adquisición de la personalidad psicológica.

1.2.1.2 Tratamiento en otros países.

El reconocimiento del ser humano como persona frente a la ley, constituye un derecho inalienable, que debe ser reconocido en todos los países del orbe, como se menciona de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷. No obstante, para fijar el momento de inicio de la capacidad que ese reconocimiento supone existen diversos criterios, de los cuales unos dependen del nacimiento y otros de la concepción.

Italia

En el derecho italiano, la capacidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento; los derechos que la ley reconoce a favor del concebido se subordinan al evento de su nacimiento. Así se desprende del artículo 1º del Código civil de aquel país.

Messineo afirma que a los ojos de la ley el sujeto existe si resulta ante todo el hecho del nacimiento, pues este es el fundamento y el inicio de la existencia del sujeto y de su personalidad. Antes del nacimiento, el sujeto es inexistente y carece de personalidad. Para adquirir esta es necesario además del alumbramiento, que el feto nazca vivo: un feto nacido muerto no es persona (*qui morturi nascuntur neque nati neque procreati vedntur*). Sin embargo, el concebido es una esperanza

²⁷ Vid. Supra, p. 6

de hombre (spes hominis) y por lo tanto, la ley le reconoce ciertos derechos, subordinándolos a su nacimiento futuro.

España

En el derecho español, el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno. Así, las donaciones hechas a su favor podrán ser aceptadas por sus representantes una vez que haya nacido y la división de la herencia quedará suspendida hasta ese momento.

Albaladejo, La Cruz Berdejo y Castán Tobeñas coinciden en que el nacimiento determina la personalidad y que el concebido pero no nacido, ni es persona ni tiene capacidad jurídica de ninguna clase. El último de los nombrados además señala que los derechos que se le atribuyen no suponen reconocimiento de su existencia jurídica ni implican ficción alguna, pues son un caso de protección de intereses expectantes y futuros, que sólo por el nacimiento pueden convertirse en derechos definitivos.

El requisito de la figura humana es un resquicio de las antiguas creencias de que era posible a una mujer concebir de un animal, o de una fuerza sobrenatural que tomara forma animal. Piénsese por ejemplo en Asterio, el llamado "minotauro", concebido por Pasifae gracias a los artificios de Dédalo, después de yacer con un toro enviado por Poseidón para la oblación.

Francia

El código Napoleón no contenía disposición alguna respecto al inicio de la personalidad jurídica, pero establecía que el concebido tenía capacidad de

heredar.

Carbonnier señala que en principio, la aptitud para ser sujeto de derecho, o lo que es lo mismo, la personalidad, se adquiere en virtud del nacimiento; sin embargo, no siempre es así, pues la personalidad puede preexistir a aquél, ya que el concebido goza de idoneidad para ser sujeto de derecho, heredero en especial.

Ripert y Boulanger señalan que no es sino hasta el nacimiento cuando el niño tiene vida independiente, no obstante, por derogación de la regla, la criatura no nacida aún, ya es capaz de adquirir derechos desde su concepción, pero condicionado a que nazca vivo y viable.

Los Mazeaud afirman por su parte que la criatura humana recibe la personalidad desde su nacimiento, o incluso desde su concepción, con la condición suspensiva de que nazca viva y viable. Para considerarla viva es suficiente que haya respirado. Para tenerla por viable, debe tener todos los órganos esenciales de la existencia.

Argentina

El artículo 70 del Código civil argentino señala que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos como si ya hubieren nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuere por un instante después de estar separados de su madre.”

Comentando el dispositivo transcrito, Spota señala que la capacidad para ser titular de derechos surge con la vida intrauterina. Estos derechos son actuales, no en potencia y están sometidos a una condición resolutoria: las personas por nacer los

adquieren como si ya hubieran nacido, y solo se resuelven si no nacen con vida, en cuyo supuesto serán considerados como si no hubieran existido. Mas que de expectativas de derecho, se tratan de derechos existentes, pero condicionales.

1.2.1.3 Inicio de la personalidad jurídica en nuestro derecho.

En nuestro derecho positivo, dispone el artículo 22 del Código civil para el Distrito Federal que la capacidad jurídica comienza con el nacimiento y termina con la muerte. Sin embargo, desde que un individuo es concebido se le tiene por nacido y entra bajo la protección de la ley para todos los efectos legales declarados en dicho Código.

Por su parte, el artículo 337 establece que para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil.

Del análisis de las disposiciones mencionadas se han derivado prácticamente dos teorías: una que señala que el ser humano concebido no tiene personalidad jurídica, ya que el derecho sólo conserva en su favor, los derechos que eventualmente adquirirá cuando nazca y se cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 337²⁸, y otra que señala que desde su concepción, el ser humano es persona. De ambas posturas, la segunda es la que debe prevalecer.

De sostenerse la primera teoría, podría pensarse que la personalidad jurídica comienza con el nacimiento, siempre y cuando el individuo sea presentado al Registro Civil o viva veinticuatro horas.

No obstante, como bien lo apunta el maestro Alberto Pacheco, sería absurdo el

²⁸ Véase Galindo Garfias: Derecho Civil; 22ª edición, pp. 311

pensar que la personalidad comienza por la inscripción en el Registro Civil o que comienza en la hora veinticuatro de haber nacido. A lo que el dispositivo en comento se refiere es al principio formal de la persona humana, no al principio natural, que es desde el momento de la concepción.

Desde ese momento, esto es desde el instante mismo en que el óvulo es fecundado, el individuo tiene todos los elementos propios de la persona. Continúa señalando el maestro Pacheco que:

“Para la moderna ciencia genética, está fuera de toda duda que el óvulo fecundado es ya una persona humana. No le falta nada para serlo. Sólo falta para su desarrollo estar en los ambientes propicios, en la misma forma que al niño le hace falta la atmósfera, la alimentación, el vestido para desarrollarse y llegar a la juventud, y eso mismo le hará falta siempre para subsistir.”²⁹

Así, el concebido puede aunque no haya nacido, ser nombrado heredero (1314) o legatario (1391) y abre un compás de espera en la sucesión (1638), modifica las obligaciones alimentarias de la sucesión (1643), suspende la partición de la herencia (1648), puede recibir donaciones (2357) y por lo tanto, puede tener un patrimonio con todas sus consecuencias.

De lo anterior se concluye que el concebido tiene personalidad jurídica, pues de otra manera no se explica el que pueda ser considerado como sujeto de las diversas relaciones de derecho ya apuntadas. Esa personalidad del concebido se extinguiría en el supuesto de que no naciera vivo y viable, acontecimientos futuros de realización incierta de los que dependen la extinción de una situación jurídica. En otras palabras, la personalidad del concebido está sujeta a una condición resolutoria negativa.

El maestro Rojina Villegas es partidario de esta idea, al señalar que “la capacidad

²⁹ Op. cit. p. 30

de goce se atribuye también antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido quedando su personalidad destruida si no nace vivo y viable.”

“Es así como el embrión humano –continúa el jurista mexicano– tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho y éstas son principalmente: capacidad para heredar, para recibir en legados y para recibir en donación. Sostenemos esta tesis a sabiendas de que nos ponemos en abierta contradicción con toda la doctrina. Sin embargo, cada vez que meditamos más sobre este problema reafirmamos nuestro punto de vista que es una consecuencia de una correcta teoría sobre la personalidad.”

“No creemos que sea una condición suspensiva la relativa a la viabilidad, pues entonces la personalidad no existiría sino hasta el nacimiento viable. Ahora bien, en este caso no podría explicarse cómo puede ser heredero o donatario el ser que sólo está concebido. En cambio, si afirmamos que el concebido es persona, pero que su personalidad está sujeta a una condición resolutoria negativa: que no nazca viable, quedará perfectamente explicado que fue persona desde el momento de la concepción, extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo (como ocurre en el caso de que se cumpla la condición resolutoria), si nace no-viable, es decir, si se realiza justamente ese hecho futuro e incierto (que nazca no-viable) y que funge como condición resolutoria. Si no se realiza dicha condición, será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento.”³⁰

También el doctor Domínguez Martínez sostiene esta postura, apuntando que “la personalidad surge en su plenitud desde el momento de la concepción. El individuo adquiere desde entonces todos los caracteres de su personalidad pero en su trayecto de duración se enfrentará inevitablemente con un acontecimiento

³⁰ “Derecho Civil Mexicano”; 10ª ed., pp. 434 y 435

representativo de una condición resolutoria negativa, consistente en que el sujeto no nazca viable.³¹

1.2.2 Fin de la personalidad jurídica.

La muerte, definida como el término o cesación de la vida, pone fin a la personalidad y con ello, da por terminadas diversas situaciones jurídicas, dejando subsistentes y transmitiendo otras.

Tradicionalmente se considera que el momento de la muerte es cuando el corazón deja de latir. Sin embargo, el pensamiento moderno admite hoy día que aquella se produce en el momento en que cesa toda actividad cerebral.

El artículo 317 de la Ley General de Salud dispone que para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II. La ausencia permanente de respiración espontánea;
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos;
- IV. La ausencia de reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
- V. La atonía de los músculos;
- VI. El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
- VII. El paro cardíaco irreversible, y
- VIII. Las demás que establezca el reglamento correspondiente.

La muerte trae consigo la extinción de la personalidad jurídica y con ella, la extinción de una serie de derechos subjetivos y la transmisión de otros. Si bien

³¹ "Derecho Civil", 4ª ed. p. 154.

estas cuestiones forman el tema central del estudio de las sucesiones, apuntaremos brevemente cuáles son unos y otros.

Los derechos que se extinguen por la muerte, según apunta el maestro Arce Cervantes³² son:

- i. Los derechos públicos que incluyen a los derechos humanos y los políticos.
- ii. Los personalísimos ligados a la persona por sus calidades personales de parentesco, confianza o cargo
- iii. Los derechos patrimoniales de duración limitada, como el usufructo, el uso y la habitación, la pensión o renta vitalicia así como las obligaciones no fungibles por ser personalísimas del obligado.
- iv. El importe de las prestaciones que empiecen a causarse por la muerte, como las indemnizaciones derivadas de contratos de seguros.

Por otro lado, son transmisibles por causa de muerte:

- i. Todos los derechos reales, salvo aquellos ya anotados como patrimoniales de duración limitada.
- ii. Los derechos personales o de crédito y las obligaciones que derivan de los derechos de esta naturaleza.
- iii. La posesión
- iv. Las cuotas o primas que hubiere acumulado el autor de la sucesión, como las aportaciones de seguridad social.
- v. Los bienes que le correspondan con motivo de la sociedad conyugal.

1.3 LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD.

Atributo, del latín *attributum*, significa en sentido gramatical cada una de las cualidades o propiedades de un ser.

³² De las Sucesiones; 4ª ed. Porrúa, pp. 12 a 15.

En sentido filosófico, podemos destacar las ideas de Aristóteles, que concibe al atributo como un carácter o una determinación que aun sin pertenecer a la sustancia del objeto, encuentra su causa en esta sustancia; de Descartes, como cualidad inherente a la sustancia, que no se comporta de manera diferente y en las cuales no existe ninguna variación; y de Spinoza, como aquello que el entendimiento percibe de la sustancia en cuanto constituye y expresa la esencia de la misma³³.

Las ideas anteriores son plenamente aplicables a los atributos de la personalidad, por lo que podemos afirmar que estos son los elementos constantes y necesarios que constituyen la esencia de la personalidad misma.

Para Planiol y Ripert, los atributos de la personalidad son el nombre, el estado jurídico, idea asimilable al status del derecho romano, del cual dependía la mayor o menor capacidad del ser humano, el patrimonio y el domicilio: "Las personas tienen un nombre que sirve para distinguir unas de otras; un estado jurídico, que se compone de cualidades múltiples, del cual se desprende su capacidad y que debe probarse por medios especiales; sólo ellas pueden tener un patrimonio y un domicilio."³⁴

En la doctrina mexicana la mayoría de los autores coinciden en señalar como atributos de las personas físicas la capacidad, el estado civil, el nombre, el domicilio, el patrimonio, y la nacionalidad. Los cuatro primeros se estudian dentro de la parte del derecho civil relativo a las personas. El patrimonio es el tema central de la parte relativa a los bienes y la nacionalidad es estudiada por el derecho internacional.

Respecto a las personas morales, sus atributos son la capacidad, el patrimonio, la

³³ Abagnano, op. cit., pp. 112 y 113

³⁴ "Derecho Civil" (trad. de Leonel Pereznieto); p. 62

denominación o razón social, el domicilio y la nacionalidad.

Rojina Villegas al hablar del papel de la voluntad en los atributos de las personas físicas señala que:

“La ley impone y reglamenta todas y cada una de las características mencionadas, sin que quede exclusivamente al poder de la voluntad del sujeto crearlas o extinguirlas. Para algunos atributos, como son el patrimonio, el domicilio y la nacionalidad, se reconocen ciertos efectos a la voluntad, en cuanto el ordenamiento jurídico permite, v. gr.: que el patrimonio pueda ser transmitido o modificado mediante acto jurídico... Para el domicilio, cabe estipular que tenga el carácter de convencional... (pero) para ciertas personas se impone el domicilio legal... “

“Respecto a la nacionalidad, ésta es impuesta cuando se trata de la nacionalidad de origen; pero la que se obtiene por naturalización supone, generalmente... una manifestación expresa o tacita de la voluntad...”

“En los demás atributos de la persona, consistentes en la capacidad, estado civil y nombre, la voluntad puede en ciertos casos crearlos, modificarlos o extinguirlos, como ocurre en los casos de matrimonio, divorcio y adopción...”

“La capacidad de goce y de ejercicio no dependen de la voluntad de la persona, sino que son atributos impuestos por la ley. En la emancipación del menor si depende de un acto voluntario...”

“El estado civil que deriva del parentesco, del matrimonio o del concubinato, puede sufrir modificaciones por acto jurídico, o bien constituirse como ocurre en los casos de matrimonio o divorcio voluntario. Sólo el parentesco consanguíneo no depende, en cuanto a su constitución, de un acto jurídico, pero el reconocimiento de hijo

puede atribuir dicho parentesco sin que de verdad exista...”

“Por lo que se refiere al nombre de las personas, éste es un atributo independiente de la voluntad del sujeto...”

Anotaremos brevemente en qué consisten cada uno de estos atributos con excepción de la capacidad, que será estudiada con la debida extensión en el capítulo siguiente.

Estado Civil

El estado civil es la posición que ocupa cada persona en relación con la familia, por ello es también llamado estado de familia.

Comprende tanto el estado de cónyuge, adquirido por el matrimonio, como el estado de pariente, sea por consanguinidad, que es el existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común, por afinidad, que es el existente entre un cónyuge o un concubino y los parientes consanguíneos del otro, y por adopción mediante una declaración de voluntad del adoptante y en ocasiones del adoptado, aprobada por el juez.

Nombre

“Desde el punto de vista gramatical —señala Galindo Garfias,— el nombre o sustantivo es el vocablo que sirve para designar a las personas, o a las cosas, distinguiéndolas de las demás de su especie... Así el nombre es el atributo de la personalidad que señala a una persona, individualizándola.”³⁵

El nombre se integra del nombre propio o nombre de pila, elegido libremente por

³⁵ Op. cit., p. 361

quien presenta al niño al Registro Civil, o impuesto por el Juez encargado de este registro para el caso de hijos de padres desconocidos, y con el nombre patronímico formado por el apellido paterno y materno, o por ambos apellidos de quien lo reconozca.

Domicilio

“En un orden etimológico, la palabra domicilio se integra por la conjugación de *domus* que significa casa, con el verbo *colere*, que entraña el hecho de habitar; luego entonces, en su connotación original, el domicilio es la casa en la que se habita.”³⁶

Para Domínguez Martínez, el domicilio es la sede jurídica del sujeto, es el lugar en el que el sistema legal lo tiene situado, a efecto de vincularlo allí en sus relaciones jurídicas con los demás sujetos y con las autoridades administrativas y judiciales competentes territorialmente en esa circunscripción³⁷.

Se distingue en este concepto el domicilio general del especial, siendo el primero el que normalmente corresponde a la persona como lugar donde se ubica para cualquier efecto, mientras el segundo implica un acto de voluntad, para determinados efectos. Es también llamado domicilio convencional.

Igualmente existe el domicilio voluntario, que es el que una persona asume o fija libremente, en oposición del legal, que es el lugar donde la ley ubica a determinadas personas para el cumplimiento de sus obligaciones, como los incapacitados, los militares en servicio activo o los reos condenados a sufrir una pena privativa de la libertad.

Patrimonio

³⁶ Magallón Ibarra, op. cit., p 65.

³⁷ Op. cit., p. 233

“Viene la palabra patrimonio del latín “patrimonium”, bienes que el hijo tiene, heredados de su padre y abuelos. Definámoslo como el conjunto de los derechos y compromisos de una persona, apreciables en dinero. Si se desea reducir el patrimonio a número, tendrá que deducirse el pasivo del activo, y ello nos lo dice claramente la vieja máxima latina: Bona non intelliguntur nisi reducto aere alieno.”³⁸

“En términos generales –expresa Domínguez Martínez– es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica.”³⁹

Conviene tener en cuenta las ideas del maestro Gutiérrez y González, quien después de señalar que las teorías que generalmente se estudian, es decir, la clásica y la del patrimonio afectación, se limitan al elemento económico del patrimonio y dejan de lado los llamados “derechos de la personalidad”, al considerarlos extrapatrimoniales, propone la siguiente definición: “Es el conjunto de bienes, pecuniarios y morales, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho.”⁴⁰

Nacionalidad

La nacionalidad es el vínculo jurídico que une a una persona con un Estado, determinando una serie de obligaciones y derechos que son propios de quienes tiene la calidad de nacionales, con exclusión de quienes son extranjeros.

El maestro Galindo Garfías se refiere a la nacionalidad como parte integrante del estado político, que a su vez es parte del estado en general de una persona y que

³⁸ De Ibarrola: Cosas y Sucesiones, 7ª ed. P. 41

³⁹ Op. cit., p. 215

⁴⁰ “El Patrimonio”; 7ª ed., Porrúa; México, 2002, p. 62

incluye al estado civil⁴¹. El estado político, además de determinar la nacionalidad, comprende el derecho de la ciudadanía para determinadas personas que han satisfecho ciertos requisitos, como la mayoría de edad y un modo honesto de vivir, tal cual lo prescribe nuestra constitución.

1.4. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

El patrimonio, como quedó asentado, es un atributo de la personalidad consistente en el conjunto de bienes, derechos, obligaciones y cargas valorables en dinero, pertenecientes a una persona y que constituyen una universalidad jurídica.

Existen ciertos derechos del hombre, que al no ser valorables en dinero, escapan del concepto de patrimonio. "Bienes innatos", como los llamaron Aubry y Rau, hoy conocidos como "derechos de la personalidad" o "derechos humanos".

Si bien es cierto que estos derechos emanan de la naturaleza misma del hombre, es relativamente reciente el reconocimiento que hace de ellos el poder público, a partir de las postrimerías del siglo XVIII.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1792, inspirada en las ideas renovadoras de la revolución francesa, se refiere a ellos como derechos individuales o libertades públicas, enumerándolos como derecho a la integridad del cuerpo, al respeto del pensamiento y de la vida íntima, a la reputación y a la libre actividad.

Ya anteriormente la declaración de independencia de los Estados Unidos de América, elaborada por Thomas Jefferson, señala que el gobierno es una institución de los hombres para asegurar la preservación de esos derechos que

⁴¹ Op. cit., p. 394.

emanan del hombre mismo y la Constitución de dicho país, promulgada en el año de 1887, enuncia en su preámbulo una serie de derechos humanos cuyo reconocimiento es indispensable para asegurar la paz y el bienestar general.

Sin ahondar en demasía sobre el particular, es preciso señalar que los derechos del hombre han sido reconocidos por el orden jurídico mexicano a través de las llamadas garantías individuales, contenidas en los primeros 29 artículos de nuestra Constitución. En ellos se asegura el respeto a bienes tanto patrimoniales (como la propiedad, en el artículo 27), como extramatrimoniales (como la vida, la integridad corporal, el respeto a la vida privada, al honor, etcétera). Igualmente diversos códigos y leyes sancionan conductas atentatorias de unos y otros, al tipificar figuras como el robo, daño o fraude respecto a los primeros, como el homicidio, los delitos contra la integridad corporal o contra la libertad sexual.

Por lo que se refiere a su enumeración y clasificación el maestro Gutiérrez y González atribuye a Adriano de Cupis haberlos agrupado en cinco capítulos:

- i. El primero, como derecho a la vida e integridad física, que comprende el derecho sobre las partes separadas del cuerpo.
- ii. El segundo, como derecho a la libertad.
- iii. El tercero, como derecho al honor, que comprende el derecho a la reserva, a la imagen y al secreto.
- iv. El cuarto, como derecho a la identidad personal, incluido al nombre, al título y al signo figurativo.
- v. El quinto, como derecho de autor y de invención.

Por su parte, el mismo maestro propone la siguiente clasificación:

- i. Derechos que integran la categoría social pública, que comprende el derecho al honor o reputación, al título profesional, al secreto o reserva

(epistolar, domiciliario, telefónico, profesional, imagen y testamentario), al nombre, a la presencia estética y a la convivencia.

- ii. Derechos que integran la categoría afectiva, sea familiar o de amistad.
- iii. Derechos que integran la categoría física – somática, que comprende el derecho a la vida, a la libertad y a la integridad física, así como los derechos relacionados con el cuerpo humano, incluida la disposición total del él, de sus partes y de sus accesiones.

2. LA CAPACIDAD

Señala el maestro Rojina Villegas que “la capacidad es el atributo más importante de las personas. Todo sujeto de derecho, por serlo, debe tener capacidad jurídica; ésta puede ser total o parcial. Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona, ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad.”⁴²ⁿ

En el mismo sentido, Magallón Ibarra señala que “la capacidad debe ser reconocida no sólo como el atributo más importante de la personalidad, sino como su atributo esencial.”⁴³ⁿ

2.1. CONCEPTO DE CAPACIDAD

Capacidad, del latín *capacitas*, *capacitatis*, es, en sentido jurídico, la aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones, o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho.⁴⁴

El jurista italiano Messineo la define como la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos subjetivos en general y aclara que no es ella misma un derecho subjetivo, sino el antecedente o presupuesto lógico de todos los derechos subjetivos que soporta en determinadas situaciones concretas⁴⁵.

La capacidad se divide en capacidad de goce, llamada también capacidad jurídica, o capacidad de hecho y capacidad de ejercicio, o capacidad de obrar, o de derecho.

2.2. CAPACIDAD DE GOCE

⁴² Derecho Civil Mexicano; 10ª ed., tomo I, p. 431.

⁴³ Instituciones de Derecho Civil; 2ª ed., tomo II, p. 30.

⁴⁴ Diccionario de la Lengua Española.

⁴⁵ Rojina Villegas, loc. cit.

2.2.1 Concepto

Toda persona, por el hecho de serlo, tiene la aptitud genérica para ser titular de derechos subjetivos. Esa aptitud no depende de su razón, voluntad o inteligencia, sino de la dignidad derivada del simple hecho de existir y del reconocimiento irrestricto de esa dignidad por el Derecho objetivo.

El jurista francés Bonnetcase, citado por el maestro Rojina Villegas, define la capacidad de goce como “la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación. En una fórmula más breve ya reproducida se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho.”⁴⁶

Alberto Trabucchi se refiere a la capacidad de goce, como la “personalidad en su actuación receptiva”, como la aptitud reconocida a todos los hombres para ser titular de derechos y deberes.⁴⁷

Para fijar con claridad el concepto de capacidad de goce, nada importa que la persona pueda o no gobernar su esfera jurídica. Esto es irrelevante para detentar un derecho. Tiene, por el hecho de serlo, la aptitud para ser parte en cualquier acto o negocio, salvo aquellos que requieran una capacidad especial, aptitud, que faltando la capacidad de ejercicio, puede ejercer mediante representante legal, salvo en aquellas “incumbencias personalísimas.”⁴⁸

En este sentido, la capacidad de goce implica la posibilidad de poseer o detentar

⁴⁶ idem

⁴⁷ Instituciones de Derecho Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 85

⁴⁸ Lacruz Berdejo: “Elementos de Derecho Civil”, tomo I, volumen segundo; 2ª edición; Editorial Dykinson; Madrid, 2000, p. 3

un derecho. Recurriendo a las ideas de Kelsen, implica la posibilidad de figurar como centro de imputación de un derecho en concreto, derivado de una norma, como ser pupilo o adoptante, comprador o vendedor, etc. Estamos en presencia de una idea que conceptualmente se confunde con la de personalidad, pues ésta implica la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Sin embargo, con las ideas expuestas, podemos decir que mientras el concepto de personalidad se refiere a la susceptibilidad en abstracto de ser titular de derechos y obligaciones en general, la idea de capacidad se refiere a la posibilidad de que una persona pueda detentar un derecho específico o no.

A continuación señalaremos las opiniones más relevantes que sirven para esclarecer la distinción entre los conceptos de personalidad y capacidad, particularmente la de goce, pues cabe aclarar que la capacidad de ejercicio tan sólo señala un requisito de procedibilidad en el ejercicio de un derecho concreto y determinado que aquella atribuye.

2.2.2 Distinción entre capacidad de goce y personalidad.

Señala el doctor Domínguez Martínez que "Es tan estrecha la relación habida entre la personalidad jurídica y la capacidad de goce, que hay quienes la consideran como una misma institución, pues se refieren ambas a conceptos sinónimos."⁴⁹

Entre ellos, el jurista mexicano cita a Castan Tobeñas, quien señala que "la capacidad es sinónimo de personalidad, pues implica aptitud para derechos y obligaciones, o lo que es igual, para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas."

Pero igualmente existen autores que encuentran diferencias substanciales entre ambos conceptos. Entre ellos, Domínguez Martínez cita a Albaladejo, Barbero,

⁴⁹ Derecho Civil, 4ª ed., pp. 168 a 171

Trabucchi ya los mexicanos Galindo Garfias y Montero Duhait.

Albaladejo señala que personalidad es la condición de persona; capacidad es la condición de capaz.

Barbero por su parte afirma que "la personalidad es un quid simple, mientras la capacidad es un quantum y, por tanto, susceptible de medición por grados. Se puede ser como persona más o menos capaz: no se puede ser más o menos persona. Persona se es o no se es: totalmente, radicalmente."

Esta idea se refiere a cuántos derechos posee o puede poseer un ser humano. Esto marca su capacidad. Dando por sentado que los puede poseer, de cuáles participa, cuales son los que configuran su esfera de inserción en lo jurídico.

El jurista italiano Aberto Trabucch sostiene que: "la personalidad es la abstracta idoneidad para devenir en titular de relaciones jurídicas: es la titularidad potencial de una serie indeterminada de relaciones. La capacidad jurídica, en cambio, es la medida de tal idoneidad que delimita los contornos de la personalidad."

Por su parte, el maestro Galindo Garfias apunta que: "La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el campo de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo, en la infinita gama de relaciones jurídicas que puedan presentarse. ... La capacidad alude a situaciones jurídicas concretas (para celebrar tal o cual contrato, para contraer matrimonio con determinada persona, para adquirir este o aquel bien mueble o inmueble, etc.) De tal manera que sin mengua de su personalidad una persona puede carecer de capacidad para adquirir un bien determinado. Si es por ejemplo, mandatario del vendedor."

“La personalidad es única, indivisa y abstracta. La capacidad de goce es múltiple, diversificada y concreta.”

Montero Duhalt expresa que: “la personalidad es una categoría de derecho. La capacidad es una cualidad esencial de la personalidad. La personalidad es genérica, es unívoca, es absoluta. Se tiene personalidad, se es persona. O se carece de personalidad, no se es sujeto de derecho... La capacidad en cambio, es de carácter restringido. Admite graduaciones. Quien es persona, quien es ente jurídico, tiene potencialmente la aptitud de asumir todas las capacidades; pero como éstas se otorgan en razón de ciertos y determinados supuestos normativos, en ningún individuo se darán todos los supuestos necesarios para gozar de todos los derechos posibles, que son múltiples –públicos, privados, políticos, civiles, de familia, reales, de sucesiones, de obligaciones sin fin– y en buen número de ocasiones excluyentes unos de otros.”

Finalmente el propio doctor Domínguez Martínez concluye que “la personalidad jurídica y la capacidad de goce son instituciones diversas; la primera es un concepto jurídico fundamental, inmutable, único, cuyo contenido no ha variado ni variará, independientemente del orden jurídico en el que sea analizado. Personalidad jurídica siempre y en todo lugar ha significado lo mismo ... Además, no es susceptible de graduación o medida como si un sujeto tuviera más o menos personalidad, como si fuera más o menos persona, supuesto este inadmisibles... La capacidad de goce, en cambio, si como es cierto, también participa invariablemente en la composición jurídica de la persona física desde la concepción de ésta, puede ser y es por el contrario de la personalidad jurídica, objeto de graduaciones; se tiene más o menos capacidad de goce; alguien puede ser capaz en determinadas circunstancias y otra persona no serlo... Por lo demás y como podrá ser fácilmente observado, la capacidad de goce se mide en atención a los derechos y obligaciones de los que el sujeto pueda ser titular.”

Con todo ello, podemos concluir que mientras la personalidad implica la aptitud o idoneidad para poseer en general derechos subjetivos, la capacidad implica, teniendo como presupuesto tal idoneidad, la posibilidad de ser titular de tal o cual derecho.

2.3. CAPACIDAD DE EJERCICIO

2.3.1 Concepto

Según Bonnecase, la capacidad de ejercicio puede definirse como “la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma.”

Alberto Trabucchi define la capacidad de ejercicio o capacidad de obrar como la aptitud reconocida al sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica, aptitud que es atribuida por el Derecho a aquellas personas idóneas para querer conscientemente.⁵⁰

2.3.2 Clases de capacidad de ejercicio

Alberto Trabucchi distingue entre la capacidad de ejercicio sustancial y la procesal o formal.

La capacidad de ejercicio sustancial implica la posibilidad de contraer obligaciones, administrar los bienes propios y disponer de ellos.

La capacidad de ejercicio procesal o formal, es la aptitud de defender en juicio los

⁵⁰ Op. cit. p. 85

derechos que correspondan⁵¹.

2.4 CAUSAS QUE INFLUYEN EN LA GRADUACIÓN DE LA CAPACIDAD

2.4.1 Ideas generales

Retomando algunas ideas expuestas, la capacidad, sea de goce o de ejercicio, admite graduaciones. Estas graduaciones resultan de hechos naturales, como la concepción, el nacimiento, la edad o algunas enfermedades mentales, o por disposición de la ley, como la situación jurídica del extranjero, del emancipado, o como en otros tiempos, de la mujer o del pródigo.

Así, la capacidad en general no es igual para los concebidos que para los mayores de edad. Puede ir aumentando conforme al desarrollo natural de una persona, o disminuir si padece alguna afección mental.

Debemos distinguir también el tipo de derechos que puede poseer una persona, ya que los derechos estrictamente patrimoniales tienen un tratamiento distinto a los que no lo son, como los derechos políticos, que corresponden únicamente a los nacionales que han adquirido la calidad de ciudadanos y por lo tanto, los menores de edad y los extranjeros están privados de ellos de un modo absoluto.

2.4.2 Clasificación

El jurista cubano Mariano Aramburo al estudiar las causas que influyen en la capacidad jurídica propuso la siguiente clasificación⁵²:

1. Por su origen

i. Naturales: El nacimiento, la edad, el sexo o la enfermedad.

⁵¹ Op. cit., p. 85

⁵² "La capacidad civil", 2ª ed. Madrid, 1931, pp.11 y 12

ii.Legales: La pena, la nacionalidad, la prodigalidad, la ausencia.

2. Por su duración

i.Temporales: La edad, la prodigalidad, la pena.

ii.Perpetuas: El parentesco, el sexo.

3. Por sus efectos

i.Limitativas: Restringen el ejercicio de la capacidad e impiden que el sujeto realice actos para los cuales no es actualmente capaz (la incapacidad para testar del demente que no tiene intervalos de lucidez).

ii.Reguladoras: Imponen para la validez de los actos jurídicos la concurrencia de ciertas circunstancias o la intervención de determinadas personas (matrimonio de menores o venta de sus bienes raíces).

Actualmente en nuestro derecho, muchas de las causas señaladas han sido superadas o proscritas, tales como el sexo, la prodigalidad o la religión, no apuntada por el maestro citado, pero que otrora fue determinante para el ejercicio de los derechos civiles.

Al efecto, dispone el artículo 2 el Código Civil: "La capacidad jurídica es igual para el hombre y mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrá negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de estos."

Cabe mencionar que las limitaciones a la capacidad civil, o la determinación de las

circunstancias que puedan modificarla, únicamente pueden ser establecidas por la ley y la voluntad de los particulares no pueden ampliarlas o suprimirlas. Así está ordenado por el artículo 23 del código mencionado, que a la letra dice:

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

El artículo mencionado fue modificado con acierto para quedar en esos términos, por decreto publicado en la gaceta oficial del D.F. el 25 de mayo de 2000. Anteriormente establecía que “la minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica.” Como apuntamos en el capítulo anterior, la personalidad jurídica no admite graduaciones o restricciones, y si bien es un concepto de la técnica jurídica, su atribución no puede ser arbitraria, sino que necesariamente debe reconocerse a todo ser humano, por la dignidad que le es inherente.

2.4.3 Limitaciones a la capacidad conforme al Código Civil del Distrito Federal.

2.4.3.1 El concebido.

El concebido puede ser titular de los derechos que deriven de su nombramiento de legatario o heredero y puede además gozar de la calidad de donatario. Igualmente tiene el derecho de alimentos y el derecho que nace de la presunción de la ley de ser heredero si el autor de la sucesión hubiera sabido de su existencia.

Ahora bien, aun cuando el concebido es sujeto de derechos, dotado de capacidad

de goce, carece absolutamente de capacidad de ejercicio. Los derechos que le corresponden necesariamente serán ejercitados por sus representantes legales.

2.4.3.2 El menor de edad.

El menor de edad puede ser titular de prácticamente todos los derechos subjetivos que el orden jurídico atribuye a las personas con plena capacidad, cosa que como se verá, dista mucho de la posibilidad que tiene de inmiscuir esos derechos en el tráfico jurídico.

Así, el menor de edad puede ser propietario, usufructuario, usuario y en general adquirir cualquier derecho por actos entre vivos o por causa de muerte. Puede ser acreedor y deudor y figurar prácticamente en cualesquiera situaciones jurídicas a través de la representación, de las que no esté expresamente exceptuado por una norma jurídica.

Debemos distinguir al menor de edad que no ha llegado a los 16 años, del mayor de esa edad, menor de 18. En efecto, el menor de edad que ha cumplido 16 años, además de ser titular de todos los derechos ya apuntados, puede contraer matrimonio y adquirir el estado de emancipado, reconocer un hijo y otorgar testamento público, con excepción del ológrafo.

El menor de edad a través de la representación, puede figurar prácticamente en todo tipo de relaciones jurídicas para las cuales la ley no exija expresamente la mayoría de edad o la intervención personal del interesado. No obstante, el menor no emancipado carece de capacidad de ejercicio, con la excepción prevista por el artículo 429, en relación con el 428 del Código Civil, para aquellos sujetos a patria potestad y que tengan bienes adquiridos por su trabajo:

“Artículo 428. Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen

en dos clases:

- I. Bienes que adquiera por su trabajo;
- II. Bienes que adquiera por cualquier otro título."

"Artículo 429. Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo."

Con la emancipación podemos decir que el menor adquiere la capacidad de ejercicio, prácticamente en la misma medida que el mayor de edad, con las únicas restricciones establecidas en el artículo 643 que señala:

"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."

2.4.3.3 El mayor de edad.

Con la mayoría de edad prácticamente se adquiere la capacidad de ejercicio absoluta. Recordemos que patrimonialmente hablando, desde el nacimiento o prácticamente desde la concepción, la persona puede ser titular de todo tipo de derechos. En el orden extrapatrimonial sin embargo, la mayoría de edad implica la adquisición de una serie de derechos, principalmente de orden político, como el derecho al voto activo y pasivo.

La mayoría de edad implica para el sujeto el reconocimiento pleno y absoluto de la capacidad de ejercicio, tal como lo dispone el artículo 24 del Código Civil del Distrito Federal: "El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley."

En el mismo sentido se expresa el artículo 647: “El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.”

Claro está que debemos precisar que esta capacidad plena le compete al individuo en cuanto no se vea afectado de alguna enfermedad que disminuya o suprima sus capacidades de querer o entender, es decir, que no padezca incapacidad civil, tal como se expondrá en el capítulo siguiente.

2.5 HABILITACIÓN, LEGITIMACIÓN Y PROHIBICIÓN

2.5.1 Habilitación

Existen ciertos actos que para su validez, además de la participación del sujeto interesado, sea por sí o por su representante, requieren la intervención de un tercero para autorizar el acto en sí, en razón de la incapacidad que padece el interesado o bien por poseer simplemente de una capacidad incompleta. Tal es el caso de la habilitación.

En nuestro derecho positivo corresponde al juez otorgar la habilitación en los siguientes casos:

Venta o gravamen de bienes inmuebles o muebles preciosos de los menores de edad no emancipados, tal como lo dispone el artículo 436: “Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio, y previa la autorización del juez competente...”

Enajenación o gravamen de bienes del menor emancipado, en términos del

artículo 643, antes transcrito.

Enajenación de bienes de los incapaces sujetos a tutela, de conformidad con lo prescrito por el 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 confirmación del curador y la autorización judicial.”

Antes de las reformas del 6 de enero de 1994 al Código Civil, el artículo 174, hoy derogado, señalaba que “la mujer necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que se celebre sea el de mandato”. Esta habilitación, que quedó totalmente suprimida, en realidad fue un resquicio de la antigua habilitación que el marido debía otorgar a la mujer para que celebrara cualquier contrato, con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil de 1928. El legislador pensó que, toda vez que la mujer requería autorización del marido para celebrar cualquier contrato, si dicho contrato fuera a celebrarse con el propio marido, existiría un conflicto de intereses, superable con la autorización judicial. Sin embargo, por falta de cuidado legislativo, no se suprimió la habilitación judicial, cuando se suprimió la que debía otorgar el marido.

2.5.2 Legitimación

La legitimación es la posición que tiene una persona frente a un derecho, o al acto jurídico del que él emana, que le permite disfrutarlo o celebrarlo con plena eficacia, por la ausencia de circunstancias personales u objetivas que en caso de presentarse, pudieran impedir tal disfrute.

En otras palabras, la legitimación es una situación general, que se comprende con

mayor facilidad en presencia del elemento contrario, o falta de legitimación. La regla es que toda persona capaz puede gozar o detentar un derecho, es decir, tiene legitimación. Sólo en determinadas condiciones, una persona capaz puede ser privado de tal titularidad, bien sea por circunstancias personales propias o de quien pretende adquirir el derecho, bien sea por circunstancias objetivas, respecto a determinado acto jurídico o a determinada norma prohibitiva. Así, como se precisará a continuación, existen dos tipos de legitimación: subjetiva y objetiva. La ausencia de ellas, entraña para la persona la prohibición de detentar el derecho subjetivo respectivo.

“Es necesario –apunta Pacheco Escobedo– no confundir la capacidad de ejercicio o capacidad de obrar, con al legitimación. Con frecuencia, se confunden ambos conceptos, y se habla de casos de incapacidad cuando en realidad son casos de falta de legitimación.”⁵³

Por su parte, José Tobías señala que “la doctrina mas reciente, al profundizar el análisis acerca de aspectos que se consideran comprendido dentro de la categoría de la capacidad, ha terminado por aislar – distinguiéndola de aquella – la categoría de la legitimación. Aunque los estudios no hayan llegado aún a conclusiones definitivas, es posible afirmar, en líneas generales, que la capacidad consiste en una cualidad “abstracta” e “intrínseca” de la persona. Abstracta, porque le es reconocida no con relación a determinado acto o efecto jurídico, sino con prescindencia de ello; intrínseca porque se le reconoce a la persona computando sus intereses y prescindiendo de aquellos que son externos a ella. La legitimación, en cambio, se relaciona con una posición del sujeto vinculado a un determinado objeto o al otro sujeto del acto y computando intereses que lo trascienden.”

“El ordenamiento jurídico –continúa el autor citado– en relación a la legitimación,

⁵³ “La persona en el Derecho civil mexicano”, p. 139

en vez de subordinar la validez de un acto determinado a la capacidad de quien es parte, puede requerir, además, que la persona se halle en una determinada posición respecto del objeto del acto o de la otra parte. De ese modo, mientras la capacidad constituye una cualidad "general" de la persona, la legitimación tiene una característica especial, referida a un determinado objeto o a la otra persona que interviene en el acto."⁵⁴

Concordando con las ideas expuestas, Pacheco define la legitimación como "la posibilidad concreta que la ley otorga a un individuo concreto de realizar un acto concreto."⁵⁵

2.5.3 Prohibición

La prohibición está íntimamente ligada con el concepto de legitimación, concretamente con la falta de ella, e impide a una persona celebrar un acto jurídico o ser causahabiente de él, en virtud de la situación que guarda respecto a una persona en concreto, o bien respecto a los efectos del acto jurídico en sí.

En ese sentido, los impedimentos para contraer matrimonio derivados del parentesco, o para ser heredero o legatario de determinadas personas, entrañan prohibiciones en el primer sentido. La imposibilidad de los extranjeros de adquirir el dominio directo de bienes raíces ubicados en zona restringida, son prohibiciones en el segundo.

"De las incapacidades se distinguen las prohibiciones impuestas a la persona que se halla en determinada situación, de realizar ciertos actos que, en otro caso, le estarían permitidos... Estas genéricamente denominadas prohibiciones tienen fundamento, alcance y consecuencias variados. Algunas de ellas afectan a una persona sólo en relación con otra, de manera que le está abierta la posibilidad de

⁵⁴ "La inhabilitación en el derecho civil", p. 15

⁵⁵ Loc. cit.

realizar válidamente el acto y acceder a la situación de parte en la relación con cualesquiera otros sujetos. Por ejemplo, los impedimentos de parentesco en el matrimonio..., el requisito de diferencia de edad para la adopción..., la indignidad para suceder, la incapacidad para recibir por testamento de determinada persona... Se ha hablado, entonces, de incapacidades relativas, pero también –y parece más adecuado– de falta de legitimación (intersubjetiva). A diferencia de la capacidad, cuya valoración hace el Derecho en atención al tipo de acto o a la clase de efectos considerados en abstracto, la legitimación se valora en atención al dato concreto del objeto o del otro sujeto del acto o de la relación.”⁵⁶

⁵⁶ Lacruz, op. cit, p. 6

3. LA INCAPACIDAD

3.1 Concepto

La Incapacidad es un concepto negativo: sin más significa la falta de capacidad, es decir, la carencia de la facultad para adquirir y ejercitar determinados derechos y cumplir obligaciones. Esta carencia se refiere a lo que conocemos como capacidad de ejercicio y se regula respecto a ella, pero no así a la de goce, ya que como señala García Mendieta, la incapacidad de goce no existe en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁷.

Como quedó señalado, la capacidad se reconoce de modo genérico a todas las personas; a no ser que la ley señale expresamente lo contrario, de tal suerte que aquella constituye la regla, mientras que la incapacidad es una circunstancia excepcional, atribuida a determinadas personas como medida de protección, o bien como sanción: "Es evidente que en materia de capacidad jurídica o de derecho, la dicotomía entre capacidad e incapacidad sólo puede presentarse en los siguientes términos: una capacidad jurídica general e incapacidades jurídicas especiales; no es posible concebir la hipótesis inversa. La incapacidad jurídica general resulta manifiestamente incompatible con la personalidad."⁵⁸

Como medida de protección, se establece sobre determinadas personas que se encuentran en una situación de desigualdad frente a los demás, de tal suerte que si se les concediera la libertad que la capacidad plena supone, podrían ser objeto de abusos o ser víctimas de su propia inexperiencia o irreflexión. Esta protección se funda tanto en la nulidad de los actos que celebren como en la posición de estar bajo la guardia y custodia de una tercera persona.

⁵⁷ Código Civil para el D.F. comentado; tomo I, p. 303

⁵⁸ TOBLAS, José W: "La inhabilitación en el derecho civil"; 2ª edición; Editorial Astrea; Buenos Aires, 1992, p. 17

Como sanción se establece en contra de determinadas personas como consecuencia de la responsabilidad por algún acto que hayan efectuado. Tal es el caso de quien era afectado por la muerte civil en la antigua Roma o de quien es declarado en quiebra. Hoy día, más que incapacitaciones como sanción, que sugieren un régimen general de restricciones, estamos en presencia de inhabilitaciones o restricciones concretas, y la incapacidad, en un estado de reconocimiento y protección de las libertades individuales, se limita a ser un instituto de protección.

3.2 División doctrinal de la incapacidad

La incapacidad se ha dividido tanto doctrinal como legalmente en natural y legal. No obstante, es de considerar lo señalado por De Pina, en el sentido en que tal distinción no se encuentra suficientemente clara ni en una ni en otra⁵⁹.

“La incapacidad proviene de la naturaleza ó de la ley, ó de la naturaleza y de la ley juntamente. De la naturaleza, como en el caso del niño que nace informe, ó sin vida, o sordo mudo. De la ley, como en el estado del condenado á una pena que lleva consigo la muerte civil, del hijo natural, del extranjero (asi) y del religioso”⁶⁰.

3.2.1 Incapacidad natural.

La incapacidad natural supone un estado físico o mental que impide al sujeto discernir las consecuencias jurídicas de sus actos. Este estado mental puede deberse al proceso normal de desarrollo y maduración del ser humano, que es gradual (de menor a mayor discernimiento) o a una enfermedad o deficiencia mental, congénita o adquirida.

⁵⁹ Derecho Civil, tomo I, p. 208

⁶⁰ ESCRICHE: Diccionario Razonado de legislación y jurisprudencia

Señala Domínguez Martínez que la incapacidad natural consiste en la situación en la que un sujeto está, independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y entender lo que hace. Citando a García Amigo apunta que “proviene de una causa natural que excluye o disminuye la libertad jurídica del individuo”⁶¹.

Barbero, citado por el propio Domínguez, sostiene que existe incapacidad natural cuando el sujeto se encuentra en la efectiva condición de no poder entender y querer lo que hace, de manera que los actos que realiza no son actos humanos, sino físicos. Esta condición obedece a un insuficiente desarrollo mental o a una perturbación física, permanente o transitoria.

“La incapacidad natural afecta a las personas que no comprenden lo que hacen: los niños, antes de llegar al uso de la razón, los alienados, mientras dura la enfermedad y los idiotas.” (Colin y Capitant)

Como puede advertirse, la incapacidad natural implica como efecto, un estado de incomprensión, inconciencia o irresponsabilidad, y como causa la falta de edad y experiencia suficientes, o bien el padecimiento de un trastorno, enfermedad o discapacidad.

3.2.1.1 La incapacidad natural del menor de edad.

Desde su nacimiento o su concepción, según la postura doctrinal que se asuma, el menor de edad tiene plena incapacidad de ejercicio. Esta termina por regla general a los 18 años, momento que la ley ha señalado para alcanzar la mayoría de edad. Se altera sustancialmente a los 16 años, cuando el menor puede llevar a cabo determinados actos jurídicos válidos, como nombrar su propio tutor, otorgar

⁶¹ Domínguez, op. cit. p. 187

testamento público abierto y celebrar matrimonio, el cual produce de pleno derecho la emancipación, por una consideración legal de que ha alcanzado cierta madurez, pero aún necesita de cierta protección.

Señala Enneccerus que el pensamiento, la voluntad, la conciencia del deber y de la responsabilidad de los propios actos son en el hombre el resultado de un proceso gradual⁶². Es a través del paso el tiempo que el hombre adquiere pleno desarrollo tanto físico como mental, el suficiente para estar plenamente facultado para actuar en sociedad.

La ley asume que en determinadas condiciones, por lo general ordinarias y comunes, el ser humano experimenta un proceso de desarrollo hasta adquirir la madurez necesaria para intervenir válidamente en el ámbito jurídico. Mientras ese proceso transcurre, el ser humano está en formación y no ha alcanzado la plena conciencia de su libertad ni de la responsabilidad que el ejercicio de aquella implica. Por ello, la ley señala que en tales circunstancias es naturalmente incapaz.

La ley también señala una circunstancia objetiva y general para determinar que un ser humano, si no está afectado de algún trastorno que se lo impida, ha cumplido el ciclo de desarrollo normal para ser considerado capaz. Tal circunstancia es la mayoría de edad.

No es posible establecer un proceso de evaluación individual para determinar que el sujeto ha alcanzado la mayoría de edad real y otorgar un certificado de capacidad de ejercicio. Por ello se fija un criterio general basado en una presunción: el cumplir los 18 años, que supone el desarrollo de las facultades cognoscitivas y volitivas necesarias para ser capaz de ejercer los propios derechos.

⁶² Tratado de Derecho Civil. P. 354, Bosch, 1953

“La capacidad de obrar –señala Eneccerus – no puede depender directamente del grado de madurez del individuo, sino que en interés de la seguridad del tráfico tiene que condicionarse a hechos susceptibles de reconocerse exteriormente.”⁶³

No obstante, la ley reconoce que el menor de 18 años puede gozar de cierto discernimiento e inclusive debe ser consultado en algunos casos, como en los actos mas relevantes de la administración, si está sujeto a tutela.

3.2.1.2 La incapacidad natural del discapacitado

Pero no solo los inmaduros e inexpertos son naturalmente incapaces. También lo son aquellos que durante ese proceso normal de desarrollo y habiendo llegado a la mayoría de edad, no alcanzaron la capacidad de discernimiento necesaria, o aquellos que siendo capaces o pudiendo serlo en potencia durante su minoría de edad, la pierden con motivo de algún trastorno físico o mental.

Así, tiene incapacidad natural, o es totalmente incapaz de obrar, el que se encuentre en un estado de perturbación morbosa o patológica de la actividad mental, que excluya la libre determinación de la voluntad, en tanto que ese estado no sea pasajero por naturaleza⁶⁴.

El jurista argentino Santos Cifuentes⁶⁵, clasifica a las personas que padecen incapacidad natural por trastorno mental en dos grupos:

1. Los enfermos mentales, en el que quedan comprendidos todos los campos de la patología psiquiátrica, sea intelectual, volitiva o afectiva.

⁶³ Op. cit., p. 355

⁶⁴ Eneccerus, op. cit., pp 366 y 367

⁶⁵ “Jucio de Insania y otros procedimientos sobre la capacidad”; Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990, pp. 22

2. Los semialienados, es decir, aquellos que padecen estados graves de neurosis, personalidades psicopáticas, alcoholismo crónico, debilidad mental, defectos esquizofrénicos, toxicomanías, epilepsias y afasias.

Señala también que el estudio de la enajenación mental causante de incapacidad jurídica parte desde del Derecho Romano, que conocía de los furiosus y los demens. En los primeros, a decir de Savigny, la capacidad jurídica estaba en suspenso, aunque en intervalos lúcidos, podían celebrar actos perfectamente válidos. Los dementes eran totalmente incapaces. Ambos estaban privados de la administración de sus bienes, por la ley de las XII tablas.

Apunta que las Leyes de Partidas establecían para los locos o desmemoriados un curador, privándoles igualmente de la administración de su patrimonio. En el proyecto del Código Civil español de 1821 se hablaba de incapacidad por enfermedad mental para locos y mentecatos (de mentes captus, faltos de mente) y en el de 1851 de locos y dementes. Los locos eran los antes llamados furiosos, que eran aquellos que padecían algún trastorno o perturbación general de las facultades mentales. Los dementes eran los antiguos mentecatos, considerados ya como imbéciles o desmemoriados, o como deficientes mentales o subnormales.

Continúa Cifuentes señalando que a raíz de las innovaciones del proyecto de 1851 los trastornos mentales fueron clasificados por Pedro M. Olivé en: demencia (flaqueza, debilidad, parálisis mental), locura (exceso, arrebatamiento o furor) y manía (locura que se manifiesta por la fijación de la imaginación en un solo objeto, pudiendo ser pacíficas o furiosas). Por su parte, don Dalmacio Velez Sarsfield reprodujo prácticamente la clasificación de Olivé, respecto a la demencia y a la manía, substituyendo la locura por la imbecilidad que comprende el idiotismo, es decir, la total ausencia de ideas o la insuficiencia mental congénita).

Posteriormente, el término demencia se utilizó para designar genéricamente a todas las locuras. En la actualidad se entiende como el "trastorno general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, que impide la adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente sin provecho para sí mismo ni para la sociedad."⁶⁶

Siguiendo un criterio médico jurídico, "se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes."

Cabello, citado por el propio Cifuentes, apunta que enfermedad mental es el resultado de un proceso cerebral, orgánico o funcional, que poniéndose de manifiesto mediante síntomas provistos de tipicidad, acepta una etiología⁶⁷ reconocida o postulada en cuya virtud se produce una alteración de la personalidad que imposibilita adoptar una conducta acorde con los valores sociales en vigencia. En esta categoría quedan comprendidas las psicosis orgánicas (oligofrenias, demencias, confusión mental y epilepsia), las psicosis funcionales (delirios, depresión y manías) y las psicosis mixtas (esquizofrenia).

Estas enfermedades mentales para considerarse incapacitantes o restrictivas de la capacidad de ejercicio deben tener las siguientes características:

- a) Habitualidad, es decir, deben tratarse de anomalías mentales duraderas, y
- b) Gravedad, de tal suerte que producen ineptitud jurídica, quedando excluidas las llamadas debilidades de espíritu, la senilidad y la ebriedad.

La senilidad por si misma no es causa de incapacitación. Sin embargo, puede producir una particular forma de demencia (la demencia senil), que según el doctor Ciril Rozman, es un síndrome clínico de carácter orgánico, caracterizado por un

⁶⁶ Nerio Rojas: Psiquiatría Forense, citado por Cifuentes, op. cit., p. 24

⁶⁷ Parte de la medicina que tiene por objeto el estudio de las causas de las enfermedades

deterioro progresivo y global de las facultades intelectuales, con preservación del nivel de conciencia.

3.2.2 Incapacidad legal.

La incapacidad legal es “la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de querer y entender lo que hace, aún cuando en la realidad si pueda hacerlo”⁶⁸ y es atribuida por un lado a quienes padecen alguna incapacidad natural y por el otro a los menores de edad emancipados.

“Toma su fundamento –señala Barbero– en circunstancias de hecho que inducen al ordenamiento jurídico a creer que el sujeto no está en condiciones de querer o de entender... Esta valoración se hace a veces sobre datos meramente presuntivos, sin tomar en cuenta las condiciones reales de cada sujeto.”

La incapacidad legal se funda en una causa natural que impide a un sujeto gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por algún medio. Solamente así se justifica el instituto de protección al que los incapaces se encuentran sujetos, ya que el establecimiento de incapacidades no puede ser de ninguna manera arbitrario o sujeto a causas que no estén plenamente respaldadas en circunstancias naturales y objetivas.

Los menores de edad, mayores de 16 años, continúan siendo incapaces, pero sólo legalmente. La incapacidad natural cesa, si no padecen enfermedad o trastorno especial, subsistiendo sólo la legal. Esta es la edad en la que la ley permite al menor de edad otorgar determinados actos jurídicos, como el testamento, o celebrar matrimonio y ser emancipado. En ese sentido, sería absurdo que la ley permitiera testar a una persona que al padecer una incapacidad

⁶⁸ Domínguez, loc. cit. p. 187

natural no pueda gobernarse a sí misma, y así sólo tiene incapacidad legal para determinados actos.

Vale aclarar que la incapacidad legal que es también natural, es general e implica una prohibición prácticamente absoluta para el ejercicio del propio derecho y sólo excepcionalmente se faculta al sujeto a otorgar actos específicos, como el testamento en un intervalo de lucidez. Por el contrario la incapacidad que únicamente es legal, es especial, es decir, se limita a ciertos actos jurídicos enunciados por la ley, como la venta o gravamen de bienes raíces.

3.3 Consecuencias de la incapacidad.

Como señalamos, las consecuencias de la incapacidad consisten tanto en la declaración de nulidad de los actos jurídicos que celebren las personas que la padecen, como en la situación de estar sujetos a la protección o guarda de una tercera persona, a través de la representación legal derivada de las instituciones de la patria potestad o de la tutela en su caso.

La capacidad es un elemento de validez de los contratos y en general de los actos jurídicos. En tal virtud, tal como lo establece el artículo 1795, el contrato (o el acto jurídico, por la extensión que señala el 1859) puede ser invalidado por incapacidad legal.

El artículo 2228 establece en lo conducente que la incapacidad de cualquiera de los autores del acto produce la nulidad relativa del mismo. Sin embargo, la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común (1799).

La relatividad de la nulidad radica en que ésta sólo puede invocarse por el incapaz (2230), el acto jurídico puede ser confirmado cuando cese la incapacidad (2233) y la acción debe ejercitarse dentro de los plazos señalados por la ley para evitar su prescripción (2236).

Por otro lado, a consecuencia de la incapacidad, una persona debe ser puesta bajo la guardia y la custodia de un tercero, a través de las instituciones de la patria potestad y la tutela. En tal virtud, el ejercicio de sus derechos deberá hacerse por medio de la representación legal.

Al efecto, el artículo 412 señala que los hijos menores de edad no emancipados (incapacitados natural y legalmente), están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley. Por su parte, el artículo 449 establece que los incapaces que no estén sujetos a la patria potestad, estarán sujetos a tutela.

En razón de ambas instituciones, los incapaces están bajo la guarda y custodia de quien las ejerce y carecen de la facultad de administrar sus bienes o disponer de ellos, con las excepciones de los adquiridos por el trabajo propio respecto a los menores sujetos a patria potestad.

3.4 Reglamentación de la incapacidad.

3.4.1 En el Derecho positivo mexicano

Dispone el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, a partir de la reforma del 25 de mayo de 2000 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 puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que lo supla.

Por su parte la incapacidad únicamente legal es la que el artículo 451 establece para los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, respecto a los actos que se mencionan en el artículo relativo del capítulo I del título décimo del libro primero del mencionado Código.

Tales disposiciones han experimentado modificaciones importantes.

En el Código Civil de 1870, el artículo 404 señalaba que "Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad no emancipados; II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir." Los menores de edad emancipados tenían incapacidad legal únicamente para los negocios judiciales, conforme al texto del artículo 405.

En el Código de 1884, el artículo 431 transcribió íntegramente el texto de su predecesor, el 404 del código anterior. Sin embargo el artículo 432 amplió la incapacidad legal a los pródigos declarados conforme a las leyes; subsistiendo la de los emancipados para los negocios judiciales.

La Ley de Relaciones Familiares: en su artículo 299 reprodujo las tres primeras fracciones de los artículos 404 y 431 de los códigos anteriores, con la modificación de que al referirse a los menores de edad ya no precisaba el que no estuvieran emancipados. Además, estableció una cuarta fracción destinada a los "ebrios habituales". Por su parte, en sustitución de los artículos 405 y 432, el artículo 300 de la nueva ley estableció que "Tienen incapacidad legal para la administración de sus bienes y para los negocios judiciales los menores de edad emancipados".

La redacción original del artículo 450 de nuestro Código Civil de 1928, copió prácticamente el texto del artículo 299 de la Ley de Relaciones Familiares, modificando únicamente la fracción cuarta, para atribuir incapacidad natural y legal además de a los ebrios consuetudinarios, a *los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes*.

El Artículo 451 por su parte, señalaba que los menores de edad emancipados tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo 643, que originalmente señalaba que el emancipado tenía la libre disposición de sus bienes, pero necesitaría siempre durante su menor edad, del consentimiento del que lo emancipó para contraer matrimonio, de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y de un tutor para negocios judiciales.

En el mes de julio de 1992, el Código Civil de 1928 sufrió importantes modificaciones. Una de ellas recayó en el artículo 450, que suprimió los conceptos de imbecilidad o idiotismo, por considerarlos ofensivos a la dignidad humana⁶⁹. Dicha reforma derogó las fracciones III y IV y modificó la fracción segunda para quedar redactada en los siguientes términos:

“(Tienen incapacidad natural y legal...) II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas, como

⁶⁹ “Dos son los supuestos –señalados expresamente por el legislador– que se deben considerar como el eje central de lo que motivó las reformas resultantes, dada la situación que los textos legales blanco de dichas reformas ofrecían y propiciaban. En primer lugar, suprimir del texto legal calificativos como “idiotas”, “imbéciles” y los otros relacionados, que fueron considerados, además de anticuados, ofensivos y degradatorios de la dignidad humana, con el ofrecimiento paralelo, supuesta la reforma, e las fórmulas substitutivas acordes con la realidad actual y menos agresivas y ofensivas. En segundo términos, incluir declaraciones preservadoras de una dignidad jurídica y humana, de quienes tienen alguna deficiencia física o mental, para así satisfacer los propósitos y hasta los anhelos de instituciones cuyos objetivos han sido luchar por esas dignidades” Domínguez Martínez: “La incapacidad de ejercicio en el Código Civil para el D.F. a partir de julio de 1992”. Edición privada; México, 1993.

el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o a la alteración en la inteligencia que esto les provoque, no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.”

3.4.2 En el Derecho comparado

Las restricciones a la capacidad de ejercicio generalmente están justificadas en razón de la imposibilidad que afecta a una persona para discernir las consecuencias de los actos que tiene vedados. A la par de la incapacidad de obrar, deben existir mecanismos de protección que aseguren a los sujetos afectados el ejercicio y conservación de sus derechos subjetivos. Naturalmente, cada país aporta soluciones diferentes, como se ejemplifica someramente a continuación:

Francia

En el sistema francés, tienen incapacidad de obrar total o parcial, quienes padezcan alguna enfermedad mental, los llamados débiles de espíritu, como los alcohólicos o los toxicómanos y en general todos aquellos que por una alteración de sus facultades personales (físicas o mentales) no tengan posibilidad de proveer solos a sus intereses y a los que por su prodigalidad, su intemperancia o su ociosidad se expongan a caer en la pobreza o comprometan la ejecución de sus obligaciones familiares.

Para la protección de sus intereses, existen tres regímenes de protección:

- a) La Salvaguarda de justicia, que es una limitación menor que entraña la inhabilitación de realizar actos concretos para aquellas personas cuyos padecimientos no son tan graves como para sujetarlas a la tutela o a la curatela.

- b) La tutela, que es similar al régimen de nuestro país y que implica una restricción generalizada de la capacidad de obrar y la sujeción del incapaz a la representación legal del tutor.
- c) La curatela, que corresponde a las personas cuya prodigalidad, intemperancia u ociosidad ponen en riesgo el cumplimiento de sus deberes. Acarrea la inhabilitación para llevar a cabo ciertos actos sin la intervención del curador e implica en lugar de un sistema de representación, uno de asistencia.

Alemania

De conformidad con el Código Civil Alemán, están incapacitados:

- a) Quienes padezcan enfermedad o debilidad mental que les impida cuidar de sus asuntos.
- b) Los pródigos, cuando por su conducta corran el riesgo para sí o para sus familias de caer estado de necesidad
- c) Quienes a consecuencia de embriaguez o toxicomanía habitual no puedan atender sus asuntos, o pongan a su familia en riesgo de caer en estado de necesidad o pongan en riesgo la seguridad de otra persona.

España

Según el Código Civil de ese país, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil son causas de restricción de la capacidad de obrar. Sin embargo, queda al arbitrio del juez determinar si los padecimientos que aquejan a la persona ameritan sujetarlo al régimen de la tutela o al de la curatela. El pródigo sin más queda sujeto a curatela, a partir de la ley de 24 de octubre de 1983, ya que antes estaba sujeto a tutela. También quedan sujetos a la tutela los que padezcan cierta debilidad mental que no pueda calificarse de enfermedad.

La curatela implica la asistencia del curador para llevar a cabo los actos que expresamente haya determinado el juez. Si el juez no determina que actos requieren del concurso del curador, estarán incluidos todos aquellos en los que el tutor necesita autorización judicial.

Argentina

Según el Código Civil argentino a las personas de “existencia visible” les son permitidos todos los derechos que no les fuesen expresamente prohibidos, y así, tienen incapacidad absoluta (art. 54):

- a) Las personas por nacer.
- b) Los menores impúberes, hasta los 14 años.
- c) Los dementes.
- d) Los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

Los menores púberes, hasta antes de alcanzar la mayoría de edad, a los 21 años, son considerados adultos menores y sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autoricen otorgar.

De las personas anteriores, son representantes los siguientes: a) de las personas por nacer, sus padres, y a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; b) de los menores no emancipados, sus padres o tutores, y c) de los dementes o sordomudos, los curadores que se les nombre (art. 57).

La tutela es exclusiva de los menores de edad no sujetos a patria potestad (art. 377); la curatela es propia de los mayores de edad que por cualquiera de las causas señaladas por la ley sean incapaces de administrar sus bienes, como son los dementes y los sordomudos que no saben leer ni escribir (art. 469).

4. INSTITUCIONES AUXILIARES DEL INCAPAZ.

4.1 La institucionalización de la representación de los incapaces.

El concepto de institucionalización radica en la unidad del sistema unitario de protección, compuesto por derechos, poderes, facultades, obligaciones y deberes, que están unidos y correlacionados de tal forma que no pueden justificarse o existir aisladamente sin los otros.

La representación de los incapaces, calificada de legal por la doctrina, es sólo un aspecto o consecuencia de las instituciones que tienen por objeto su guarda y custodia: la patria potestad y la tutela.

Señala el maestro Galindo Garfias que “la doctrina en materia de tutela –y son estas consideraciones aplicables también respecto a la patria potestad– maneja los calificativos con gran variedad. Rugiero y Clemente de Diego la definen como un poder, conferido a una persona para cuidar a otra; Planiol afirma que es una función jurídica conferida a una persona capaz para cuidar a un incapaz y administrar sus bienes; Bonnacase expresa que es el organismo de representación de los incapaces que interviene tanto en materia de minoridad como en materia de interdicción; Laurent, la define como la carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social; Enneccerus la denomina como el cuidado llevado bajo la inspección del Estado por una persona de confianza (el tutor) sobre la persona y patrimonio de quien no está en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo que por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación; Mateos Alarcón la considera como el cargo público que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o sólo la primera.”⁷⁰

⁷⁰ Derecho Civil, p 714; 22ª ed; Porrúa; México, 2003

Todas las perspectivas señaladas son correctas, aunque parciales. En realidad estamos en presencia de instituciones⁷¹ de una naturaleza compleja, que tienden a proteger no solo al individuo, sino a la familia e inclusive a la sociedad en su conjunto. Lo que el régimen jurídico pretende no es sólo activar la capacidad de ejercicio de los incapaces mediante la representación legal, sino y fundamentalmente, asegurarles el respecto de sus derechos, garantizarles un estado de convivencia justo y protegerlos de cualquier irrupción lesiva a sus intereses por la posición natural en la que se hayan respecto a las personas con plena capacidad de obrar.

4.2. Breve referencia a la patria potestad.

La patria potestad tiene una trascendencia especial en el estudio y regulación de las instituciones auxiliares del incapaz, ya que, bien puede afirmarse, sirve de modelo a la institución de la tutela y en materia de representación se ha tomado como directriz, para garantizar los intereses del representado, al señalarle al representante el deber de actuar “como buen padre de familia”.

4.2.1 Concepto

La patria potestad como institución jurídica tiene su origen en el Derecho Romano, en el que era uno de los cuatro poderes a los que estaban sometidas las personas *alieni iuri*: la autoridad paternal.⁷² Esta autoridad concedía al *pater familias* derechos sobre la persona y los bienes de los hijos, algunos tan rigurosos como el de darles muerte, o cederlos a una persona para librarse de la responsabilidad por

⁷¹ Renard, citado por Galindo (loc. Cit.), se refiere a esta institución jurídica como el conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran la función del estado de asistencia normal a los jurídicamente incapaces.

⁷² “Se llaman *alieni iuris* las personas sometidas a la autoridad de otro. Por tanto, en el derecho clásico hay cuatro poderes (Gayo I, § 49): 1.- La autoridad del señor sobre el esclavo.-2. La patria potestad, autoridad paternal.-3 . La manus, autoridad del marido, y a veces de un tercero, sobre la mujer casada.- 4. El *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre.” Petit: Derecho Romano, p. 95

los delitos que hubieren cometido.

La "autoridad dictatorial absoluta"⁷³ derivada de la patria potestad, se fue atenuando con el paso del tiempo, principalmente por la influencia del cristianismo (Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere).

En la actualidad se establece como el poder y la autoridad atribuidos a los progenitores de un menor de edad no emancipado, para dar cumplimiento a los deberes que les son impuestos, de educarlos, protegerlos y alimentarlos, prevaleciendo el interés del menor sobre el del ascendiente.

Su justificación se encuentra en la filiación, que naturalmente coloca a los hijos al cuidado de sus padres, quienes a su vez son los principales interesados y los mejores garantes de su desarrollo integral.

Además de verse como poder o autoridad, es una función que la ley atribuye a los padres en beneficio del menor.

La patria potestad se ejerce por ambos padres; a falta de estos por los ascendientes en segundo grado, en el orden que determine el juez de lo familiar (los abuelos, sean paternos o maternos, a discreción del juzgador), tomando en cuenta las circunstancias del caso (art. 414). A ella están sujetos todos los hijos menores de edad no emancipados, cuando exista una persona llamada para su desempeño.

4.2.2 Características

Es considerada como un cargo de derecho privado que se ejerce en interés público. De ello se desprende que sea irrenunciable, intransferible e

⁷³ Como la califica Galindo Garfias, op. cit., p. 691

imprescriptible.

La irrenunciabilidad la hace a su vez obligatoria, de tal suerte que los padres o los ascendientes deben ejercerla, con la única salvedad de la excusa concedida a quienes tengan sesenta años cumplidos o a quienes habitualmente se encuentran en mal estado de salud (art. 448).

Es además intransferible por la voluntad de quien la ejerce. Solamente en el caso de adopción, como consecuencia de la resolución aprobatoria del juez, pasa del padre natural al adoptante. Esto en realidad obedece más que a una transmisión a que la adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores, y lo coloca respecto del adoptante, en la misma posición del hijo consanguíneo, como lo señala el artículo 410-A. Aclara el artículo mencionado que si el adoptante está casado con alguno de los progenitores del adoptado, no se extingue respecto a este la filiación ni los derechos y obligaciones que le son inherentes.

Finalmente es imprescriptible, por lo que los derechos y obligaciones que produce no se extinguen por el transcurso del tiempo o por la inactividad del titular.

4.2.3 Contenido.

La patria potestad implica por su contenido una serie de deberes y facultades de distinta índole. Entre ellos, están el cuidado y la guarda de los hijos y la dirección de su educación, el poder de corregirlos y castigarlos, la obligación de proveer a su mantenimiento, la representación legal de la persona del menor y la administración de sus bienes. Algunos de ellos producen efectos primordialmente sobre la persona de los hijos y otros sobre su patrimonio.

Señala el maestro Galindo Garfias que en el Código Civil chileno se establece la

distinción entre la “autoridad paterna”, para aludir a la relación personal entre padres e hijos, es decir al cuidado y la dirección de la persona del hijo y la “patria potestad”, para referirse a los poderes de administración del patrimonio de los hijos menores no emancipados.

4.2.4. Efectos respecto a la persona del hijo.

Uno de los efectos principales de la patria potestad es el deber que tiene el que la ejerce de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a su autoridad.

Los padres tienen también el deber de guarda y custodia de sus hijos, con las particularidades establecidas en caso de divorcio. A su vez los hijos están obligados a vivir con sus padres y no pueden abandonar el domicilio paterno sin su consentimiento o sin que medie decreto de autoridad competente. Ese domicilio se reputa por el código (art. 31-l) como domicilio legal de los menores no emancipados. Paralelamente, los padres tienen el derecho de convivencia con sus hijos, aunque no tengan la custodia, del que solo pueden ser privados mediante resolución judicial, por que exista causa justificada que ponga en peligro al menor.

Igualmente tienen el deber de educar al menor, dirigir o vigilar la instrucción que reciba y observar una conducta que le sirva de buen ejemplo. Correlativamente tienen la facultad de corregirlo, la que no implica infligirle actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica que puedan caer en la calificación de violencia familiar que hace el código en sus artículos 323 quater y 323 quintus.

Finalmente a los padres les corresponde la representación legal de los menores, ya sea en actos patrimoniales o personales: “La representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad y es una consecuencia de que a ellos se ha encomendado el cuidado de la persona y

de lo bienes el menor; porque parece evidente que aquél que desempeña la función protectora y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés el hijo, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad, en la celebración de toda clase de actos y contratos, que el hijo no puede llevar a cabo por su estado de minoridad.⁷⁴

4.2.5. Efectos respecto los bienes del hijo.

La ley, respecto a los bienes de los hijos, distingue los que éste ha adquirido por su trabajo de los que ha adquirido por cualquier otra causa.

Los primeros pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo. En los segundos, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo y la administración y la mitad restante del usufructo pertenecen a los padres.

El usufructo que se atribuye a los padres es para sufragar los gastos del menor, haciendo menos gravoso a los padres el cumplimiento de los deberes de alimentarlo y educarlo

En consecuencia, los padres son administradores de bienes ajenos, que gozan de la confianza de la ley de que actuarán siempre en beneficio del menor, aún es su propio perjuicio. De ahí el empleo de la fórmula "como buen padre de familia" que se establecen en algunos contratos de administración patrimonial, como el mandato o el fideicomiso.

Como tales, los padres no pueden, por regla general, llevar a cabo actos de disposición o dominio, celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años o recibir rentas anticipadas por más de dos, vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados por menor valor del que se cotice

⁷⁴ Galindo, op. cit., 703

en la plaza en día de la venta, hacer donación de los bienes de los hijos, renunciar a los derechos de éstos o renunciar a la herencia en representación de los hijos.

Sólo pueden enajenar y gravar los bienes inmuebles o los muebles preciosos, por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y mediante autorización judicial, a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria señalado en el Código de Procedimientos Civiles.

4.2.6. Extinción de la patria potestad.

Las causas de extinción de la patria potestad obedecen primordialmente a circunstancias naturales, como la muerte, la mayoría de edad, o a circunstancias jurídicas asimilables a aquellas, como la adopción, que como quedó asentado, extingue la filiación y en consecuencia la patria potestad y coloca al hijo como descendiente consanguíneo del adoptante. El artículo 443 señala las causas por las cuales se extingue la patria potestad:

- a) Por la muerte del que la ejerza si no hay otra persona en quien recaiga;
- b) Por la emancipación derivada del matrimonio;
- c) Por la mayor edad del hijo; y
- d) Por la adopción el hijo.

4.2.7. Pérdida de la patria potestad.

La pérdida de la patria potestad no obedece a alguna circunstancia natural, como en el caso de la extinción, sino que se establece como una sanción para quien ha infringido alguna de las obligaciones que impone o por poner al menor en estado de peligro. El artículo 444 señala que la patria potestad sólo puede perderse por resolución judicial, dictada en los siguientes casos:

- a) Cuando el que la ejerza es condenado a la pérdida de ese derecho;
- b) En los casos de divorcio;
- c) En caso de violencia familiar contra el menor;
- d) Por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria;
- e) Por la exposición de los hijos;
- f) Por el abandono de los padres por más de seis meses;
- g) Por la comisión de delito doloso contra el menor o sus bienes;
- h) Por reincidencia en la comisión de delitos graves.

4.2.8. Suspensión de la patria potestad.

La suspensión obedece tanto a circunstancias naturales, como la incapacidad o la ausencia, que pueden ser enteramente transitorias, aunque puede ser impuesta también como sanción, de un rigor inferior al de la pérdida. El artículo 447 establece las causas por las cuales el juez puede declarar la suspensión de la patria potestad:

- a) Por incapacidad declarada judicialmente;
- b) Por la ausencia declarada en forma;
- c) Por alcoholismo, farmacodependencia o ludomanía que pongan en peligro al menor; y
- d) Por sentencia que la imponga como sanción.

4.3. La Tutela.

Corresponde ahora tratar el tema de la tutela, la segunda institución auxiliar del incapaz, que presenta ciertas coincidencias con la patria potestad pero establece para el tutor ciertos mecanismos de control que en esta son casi inexistentes, al no partir del hecho natural de la filiación.

4.3.1 Definición

Como bien señala Carlos Rendón Ugalde en su obra "La Tutela"⁷⁵, nuestro Código Civil no establece una definición de tutela, limitándose a señalar en el artículo 449 cual es su objeto: "la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda para gobernarse por su mismos", así como "la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley".

Tras citar algunas definiciones de juristas nacionales y extranjeros, el autor mencionado define la tutela (refiriéndose a la de los menores de edad, pero en términos aplicables a la tutela de cualquier incapaz) como "la institución jurídica, de interés público desempeñada por una persona coadyuvante de la administración de justicia, la cual tiene a su cargo personalísimo: la formación, representación, protección de la persona y patrimonio del incapacitado, no sujeto a patria potestad."⁷⁶

Como notas características de la tutela, el maestro Antonio de Ibarrola señala las siguientes: a) naturaleza pública del oficio; b) Obligatoriedad de la función; c) Gratuidad en el derecho español, a diferencia del nuestro, que establece la remuneración del tutor y del curador; d) generalidad del poder conferido al tutor; y e) indivisibilidad y unidad del poder tutelar.⁷⁷

Rendón Ugalde señala además como rasgos esenciales la supletoriedad respecto a la patria potestad y la temporalidad y enumera otros que pueden encuadrarse en los señalados por De Ibarrola, como la irrenunciabilidad, excusabilidad o la posibilidad de remoción, que bien pueden caber en la obligatoriedad, por lo que se

⁷⁵ p. 25, Ed. Porrúa, México, 2001

⁷⁶ Op. cit., p. 27

⁷⁷ Derecho de Familia, pp. 475 y 476

refiere a los dos primeros, o en la naturaleza pública o interés público, como la remoción o separación.

Atendiendo a estas notas esenciales o rasgos distintivos, pueden formularse un sinnúmero de definiciones, dependiendo de la perspectiva asumida. Así la tutela puede definirse como un cargo, como una institución de orden público, como una función o como un mecanismo de protección.

4.3.2 Tipos de tutela.

Dependiendo del modo en el que una persona es llamada al desempeño de la tutela se clasifica a esta en testamentaria, legítima o dativa.

4.3.2.1 Tutela testamentaria.

Señala el artículo 470 del Código civil que el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, tiene derecho, aunque fuera menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza.

El nombramiento de tutor testamentario que resulte eficaz, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados: abuelos paternos o maternos, pero no al cónyuge supérstite, por estar en el mismo grado que el testador y por que su presencia impide la eficacia del nombramiento, que es válido solamente cuando lo hace el sobreviviente.

También puede nombrar tutor testamentario el ascendiente que ejerza la Tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad en términos de la fracción II del artículo 450 (y que por ende no está bajo patria potestad), si el otro ascendiente ha fallecido o no puede legalmente ejercer la Tutela.

El artículo 475 Bis, reformado por decreto publicado el 17 de enero de 2002, establece un tipo singular de tutela testamentaria, en previsión de la propia incapacidad.

“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 testamentos anteriores. Dicho tutor entrará en su encargo en cualquiera de los siguientes casos: a) La muerte del ascendiente, b) Discapacidad mental del ascendiente, o c) Debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente.”

4.3.2.2 Tutela legítima.

Cuando a una persona se le debe nombrar tutor y no existe el nombramiento de un tutor testamentario, o el que hay es ineficaz, la ley señala a que personas corresponde el desempeño del cargo, en razón del parentesco habido con el incapaz.

Distingue la ley varios supuestos, según el incapaz sea mayor o menor de edad, soltero o casado o si tiene descendientes o carece de ellos.

Así, la ley llama al ejercicio de la tutela de los menores de edad que han quedado huérfanos de padre y madre y que carecen de abuelos para el ejercicio de la patria potestad, a los hermanos (naturalmente mayores de edad) prefiriéndose a los que son de ambas líneas. A falta de ellos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado. Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá al que parezca

más apto, y si el menor ha cumplido 16 años, él hará la designación.

Si el incapaz es mayor de edad, debemos distinguir: si es casado, su cónyuge es el tutor (o tutriz) legítimo y forzoso. Si no tiene cónyuge, nuevamente hay que distinguir si tiene descendientes o no. En el primer caso, los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre soltero. Si son varios, el juez elegirá primero al que viva en compañía del incapaz y a falta de esta circunstancia, al que le parezca más apto.

Si el incapaz no tiene descendientes, la tutela corresponde a los padres. A falta de padres, entrarán en el desempeño de la tutela los abuelos, los hermanos y los demás colaterales hasta el cuarto grado.

También la ley establece reglas especiales para la tutela legítima de los menores abandonados y expósitos. En primer lugar, la tutela corresponde persona que los haya acogido. En caso de que hayan sido depositados en una casa de asistencia, la tutela les corresponde a los responsables de ellas.

4.3.2.3 Tutela dativa.

La tutela dativa tiene lugar: a) cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima; b) cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente a ejercer su cargo y no hay ningún pariente para la legítima y c) Cuando se confiere para la atención de asuntos judiciales del menor emancipado.

La voz dativa, declinación del verbo “dare”, alude a la tutela que es dada por el Estado, cuando la naturaleza ha privado al incapaz de los vínculos del parentesco que originan la tutela legítima. En estos casos, para hacer el nombramiento de tutor dativo debemos distinguir si el incapaz tiene bienes o carece de ellos.

Si el incapaz tiene bienes, el nombramiento del tutor lo hará el juez de lo familiar de entre las personas que figuren en las listas anuales formadas por el Consejo Local de Tutelas.

Si el nombramiento de tutor se refiere a un menor de edad, mayor de 16 años, que no padezca alguna de las incapacidades señaladas en la fracción II del artículo 450, él hará el nombramiento, sujeto a la aprobación del juez, quien oírá el parecer del Consejo Local de Tutelas.

Si el incapaz carece de bienes, el juez nombrará al tutor de entre las siguientes personas e instituciones: a) el Gobierno del Distrito Federal a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF); b) Los titulares de los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal; c) Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional, del lugar donde vive el incapaz; d) Los integrantes de la Junta de Asistencia Privada del Distrito federal que disfruten sueldo del Erario; y e) Los titulares de los establecimientos públicos de asistencia social. Pueden también designarse a las personas señaladas en las listas anuales, si están conformes a desempeñar gratuitamente la tutela.

Inexplicablemente, todas las normas en materia de tutela dativa se refieren a los menores de edad y no existe ninguna referencia a los mayores incapaces por enfermedad o trastorno. Sin embargo, son aplicables las normas antes señaladas. Si quien padece el trastorno o la enfermedad es menor de edad, mayor de 16 años, aunque esté sujeto a la tutela de los menores no podrá hacer el nombramiento del propio tutor.

4.3.3 Sistemas tutelares

Además de los tipos de tutela, la doctrina ha elaborado la clasificación de los sistemas tutelares, en función de la mayor o menor ingerencia o intervención estatal en su desempeño. Así existen tres sistemas tutelares: a) sistemas familiares, b) sistemas de autoridad y c) sistemas mixtos.

En el sistema familiar, acogido en países como Francia y hasta no hace mucho tiempo en España, la familia, a través de un Consejo, es el organismo rector de la tutela, siendo prácticamente nula la intervención del Estado. Este consejo funciona como organismo de deliberación, control y vigilancia del tutor, que le está subordinado. Por otro lado, no existen órganos de información, toda vez que se presume que la familia está al tanto de todas y cada una de las actuaciones del tutor.

En el sistema de autoridad, como el alemán o el que configura nuestra legislación, el Estado (en nuestro país a través de los jueces de lo familiar) ejerce un control prácticamente absoluto de la actividad del tutor. Para poder ejercer dicho control requiere de la participación del curador y del Consejo Local de Tutelas, que son organismos de vigilancia y de información, encargados de hacerle saber cualquier irregularidad para que pueda tomar pronta y eficazmente las medidas del caso.

En los sistemas mixtos, si existen consejos familiares con una serie de atribuciones que en los sistemas de autoridad le corresponderían exclusivamente al estado. Sin embargo, para los actos más importantes no basta la deliberación de los consejos, sino que es necesario que el juez autorice las resoluciones tomadas, sancionando a través de su potestad soberana, si no encuentra causas justificadas para rechazarlas, tal como sucede en el Distrito Federal, con el nombramiento del tutor dativo por el mayor de dieciséis años, situación meramente ejemplificativa que no torna a nuestro sistema de carácter mixto.

El estudio de los sistemas tutelares puede ser útil para determinar la ubicación de

la tutela dentro del campo de estudio del derecho civil. En España, a raíz de las reformas que hicieron transitar su sistema del control familiar al de la autoridad, Díez Picazo afirmó: “ha sido tradicional en nuestra disciplina abordar el estudio de la tutela en la parte dedicada al Derecho de Familia. Seguramente han confluído en esta sistemática la consideración de la institución como supletoria de la patria potestad para los menores que no están sometidos a ella y la realidad legislativa, que concebía la tutela como mecanismo de la estructura eminentemente familiar en el que la autoridad judicial tenía muy poca intervención. La reforma de la tutela por Ley de 23 de octubre de 1983 obliga a plantear la cuestión, según nuestra opinión, bajo otra perspectiva. La nueva tutela es una institución concebida fundamentalmente para las personas que no pueden valerse por sí mismas (incapaces), y aplicables con algunas matizaciones a los menores no sujetos a patria potestad. Predomina por tanto la concepción de la tutela como instituto íntimamente vinculado con el estado civil de las personas. Por otra parte, el papel relevante que se concede a la autoridad judicial, en todo el desarrollo legislativo de esa idea, relega a la familia del incapaz hacia posiciones que podríamos calificar de secundarias, pues lo cierto es que la tutela será ya una tutela de autoridad y no una tutela de familia. Por las consideraciones anteriormente expuestas, pensamos que la tutela en general debe estudiarse dentro de los estados civiles de la persona.”⁷⁸

En nuestro país, tradicionalmente se ha estudiado a la tutela como parte del derecho de familia, al considerarse como institución subsidiaria de la patria potestad, situación que resulta incorrecta, ya que la tutela es eminentemente una figura propia del derecho de las personas. Por otro lado, no estando regulada en nuestro derecho como un sistema familiar, no existen las razones que otrora existían en regímenes como el español para incluirla en aquella disciplina. Cierto es que pueda parecer ociosa la discusión. Sin embargo, las instituciones familiares por los valores que las mismas conforman, pueden encontrar mayor resistencia al

⁷⁸ Díez Picazo, Luis y Guillón, Antonio: Instituciones de Derecho Civil, volumen II, libro 1, pp. 213; 2ª ed; Tecnos; Madrid, 1998.

cambio o a las adecuaciones que por este trabajo se proponen.

4.3.4 Órganos encargados de la Tutela

Señala el artículo 454 que la tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público.

4.3.4.1. El Tutor

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

4.3.4.1.1 Presupuestos, impedimentos y excusas.

Presupuestos.- Pueden ser tutores todas las personas con capacidad de ejercicio plena, no exceptuadas expresamente por la ley.

Como regla general se establece que una persona no tendrá más que un tutor. Sin embargo, en el año de 2002 se introdujo la posibilidad de la llamada "tutela plural", que permite separar como cargos distintos, la tutela de la persona y la tutela de los bienes, siempre que concurren "circunstancias especiales" (455).

Pueden ser tutores tanto las personas físicas como las morales. Aquellas, pueden tener hasta tres pupilos bajo su guarda, a menos que los pupilos sean hermanos o coherederos, pues en este caso el tutor puede serlo de todos, aunque sean más de tres. Las personas morales siempre que sean de las consideradas como de

finalidad no lucrativa⁷⁹, pueden tener bajo su guarda el número de pupilos que su capacidad le permitan, siempre que cuenten con el beneplácito de los ascendientes y la persona sujeta a ella carezca de bienes (456 bis).

La tutela puede ser definitiva o interina. Se nombrará tutor interino cuando por cualquier causa no se le haya discernido el cargo a la persona a la que le corresponde la definitiva, sea por un nombramiento condicional, sea por haberse separado del cargo al tutor original y no se haya nombrado al sustituto.

Galindo Garfias recoge los dispositivos dispersos en el título relativo a la tutela y expone los casos en los que tiene lugar el nombramiento de tutor interino:

- a) Cuando por algún motivo faltare temporalmente el tutor testamentario o cuando el autor de la herencia haya establecido en su testamento una condición para el desempeño del cargo.
- b) En tanto se califica la excusa que haya presentado el tutor definitivo.
- c) Mientras transcurre el plazo de tres meses que se concede al tutor para otorgar la garantía de su manejo.
- d) Cuando uno de los cónyuges se encuentre en el ejercicio de la tutela legítima del otro, en el juicio que éste tenga que ejercer contra aquél.
- e) Cuando haya oposición de intereses entre alguno o algunos de los incapacitados y el tutor de éstos.
- f) Respecto a la tutela especial del menor emancipado.⁸⁰

Para el nombramiento de tutor interino no se siguen las mismas reglas que para el nombramiento del definitivo. El inciso a) de la fracción III del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal señala que el nombramiento de tutor interino debe recaer en las siguientes personas: Padre,

⁷⁹ Las personas morales con fines no lucrativos son aquella a las que se refiere el título tercero de la Ley del Impuesto sobre la renta.

⁸⁰ Op. cit., p. 723

madre, cónyuge, hijos, abuelos y hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos, serán preferidos los de mayor edad. En caso de abuelos, frente a la existencia de maternos y paternos, el juez resolverá atendiendo a las circunstancias. A falta de todos ellos, se nombrará tutor interino a una persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres.

En algunos casos también es necesario nombrar un tutor especial, concretamente cuando existan conflictos de interés entre el tutor y su representado, o en caso de ser varios los representados, cuando exista conflicto de intereses entre sí.

Impedimentos.- El artículo 503 establece que no pueden ser tutores, aunque estén anuentes a recibir el cargo: a) Los menores de edad; b) los mayores de edad que se encuentren bajo tutela; c) Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado; d) Los que por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo; e) El que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso; f) Los que no tengan un modo honesto de vivir; g) Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado; h) Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento; i) Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas; j) El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercerse la tutela; k) Los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto; l) El que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela; y m) Los demás a quienes lo prohíba la ley.

Excusas.- Pueden excusarse de ser tutores, conforme al artículo 511: a) Los servidores públicos; b) Los militares en servicio activo; c) Los que tengan bajo su patria potestad a tres o más descendientes; d) Los que por sus situación socioeconómica no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; e) Los que por el mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a la tutela; f) Los que tengan sesenta años cumplidos; g) Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría; h) 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.

4.3.4.1.2 Derechos y Obligaciones del tutor

Las facultades y derechos que en razón del cargo le corresponden al tutor son los siguientes:

- a) Facultad de corregir a los menores bajo su guarda, con la obligación correlativa de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo (423).
- b) Cobrar una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento, o que fije el juez, en caso de tutela legítima o dativa, pero que en ningún caso bajará del cinco por ciento ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes (arts. 585 y 586). Sin embargo, si los bienes del incapaz tuvieron un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, tendrá derecho a un aumento en su retribución, de hasta un veinte por ciento (art. 587).
- c) Ser restituido en los gastos hechos debida y legalmente de su propio caudal, aunque no haya resultado utilidad para el menor.
- d) Ser indemnizado por los daños sufridos en el desempeño de la tutela, siempre que no medie culpa o negligencia.

- e) Ser relevado de la tutela a los diez años, si no lo une parentesco con el incapaz que lo convierta en su tutor legítimo.

Por su parte, entre las principales obligaciones el código señala las siguientes:

- a) Prestar caución o garantía para asegurar su manejo.
- b) Formar inventario solemne y circunstanciado, con intervención del curador y del incapaz, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años.
- c) Destinar los recursos del incapaz a la curación de sus enfermedades o a su rehabilitación.
- d) Alimentar y educar al incapacitado, con cargo a su patrimonio o en su caso, exigir judicialmente la prestación de estos gastos a los parientes que tienen la obligación legal de ministrarlos,
- e) Administrar los bienes del incapacitado y consultarle respecto a los actos más importantes de la administración, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años.
- f) Determinar la cantidad que vaya a invertirse en gastos de administración.
- g) Invertir el dinero sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela.
- h) Admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado.
- i) Representar al incapacitado en juicio y fuera de él, con excepción del matrimonio, reconocimiento de hijos, testamento y otros estrictamente personales.
- j) Solicitar oportunamente las autorizaciones judiciales para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ellas.
- k) Rendir cuentas detalladas de la administración, anualmente y en cualquier tiempo, a petición del curador, del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público y de los propios incapaces.
- l) Rendir cuenta general de la tutela, al término de ésta, o cuando deba darse

- por terminado su encargo, aunque aquella subsista.
- m) Pagar los réditos legales en caso de no invertir los recursos de los incapaces.
 - n) Presentar un informe sobre el desarrollo de la persona y tratándose de mayores incapaces, un certificado de dos médicos psiquiatras.
 - o) Entregar los bienes al pupilo que deje de serlo o a sus nuevos representantes durante el mes siguiente a la terminación de la tutela.

4.3.4.2.- El curador

“Es la persona nombrada en testamento, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años o emancipado, que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, dentro o fuera de juicio, en el caso de que sus intereses estén en oposición con los del tutor.”⁸¹

A toda persona sujeta a tutela se le debe nombrar un curador, excepto a los expósitos y abandonados y a los menores que no tengan bienes. Estos cargos no pueden ser desempeñados por la misma persona, ni por personas que tengan entre sí parentesco en línea recta, en cualquier grado, o en línea colateral, hasta en un cuarto grado, inclusive.

Al igual que en la tutela, una persona física puede ser curador de hasta tres incapaces, pero si son hermanos o coherederos, podrá serlo de todos ellos, aunque sean más de tres.

Además de las personas físicas, las personas morales con fines no lucrativos pueden ser también curadores, del número de personas cuya capacidad les permita atender.

⁸¹ RENDON Ugalde, op. cit. p. 55

Son aplicables a los curadores todas las disposiciones establecidas para los tutores respecto a impedimentos y excusas.

En cuanto a los derechos que le corresponden al curador se encuentran los siguientes:

- a) Cobrar honorarios, conforme al monto que señale el arancel para los procuradores (630).
- b) Ser relevado de la curaduría, pasados diez años desde que se encargó de ella (629).
- c) Ser restituido de los gastos que hubiere erogado.

Por lo que se refiere a sus obligaciones, el artículo 626 que el curador establece principalmente:

- I. Defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor;
- II. Vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado;
- III. Dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela, y
- IV. Cumplir las demás obligaciones que la ley le señale.

Respecto a la fracción IV señalada, dispersas en el Código Civil están las siguientes obligaciones y facultades:

- a) Solicitar el aumento o disminución de las garantías por el aumento o disminución de bienes del incapaz (529).
- b) Promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores (533).
- c) Vigilar la actualización de la fianza otorgada por el tutor (526).

- d) Vigilar el estado de las fincas hipotecadas y de los bienes dados en prenda y dar aviso al juez de su deterioro o menoscabo (534).
- e) Intervenir en la formación del inventario (537-III).
- f) Solicitar al juez la inclusión en el inventario de los bienes que se hayan omitido (553).
- g) Avisar al juez del incumplimiento del tutor de proveer educación al incapaz (540).
- h) Exigir judicialmente la prestación de la obligación de alimentar y educar al incapaz, cuando el tutor sea el obligado (543).
- i) Confirmar las causas de absoluta necesidad o evidente utilidad para la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles y los muebles preciosos de los incapaces (561).
- j) Consentir en la transacción que el tutor haga respecto de inmuebles, muebles preciosos o valores mercantiles o industriales (568).
- k) Consentir el pago que el tutor haga de sus propios créditos (571).
- l) Consentir en el arrendamiento de bienes por más de cinco años (573).
- m) Promover el nombramiento de tutor interino, cuando la tutela recaiga en el cónyuge y exista conflicto de intereses entre ellos (581-II).
- n) Promover la remoción del tutor en caso de maltratamiento o negligencia para con el incapaz (584).
- o) Exigir del tutor la rendición extraordinaria de cuentas por causas graves (591).

Además, el juez debe oír la opinión del curador cuando tome las siguientes resoluciones:

- a) Respecto a los casos en los que el cónyuge que desempeñe la tutela deba otorgar garantías (523).
- b) Respecto a la conveniencia de garantizar con fianza, que en principio sólo es admitida cuando no se puedan otorgar garantías reales (527).

- c) Respecto a la variación de la institución a la que el incapaz asistía o del oficio que desempeñaba por disposición de sus padres (541).
- d) Respecto a la incorporación del incapaz en una institución de asistencia social, pública o privada por falta de deudores alimentarios (544).
- e) Respecto a las medidas que tome el juez para la seguridad, alivio y mejoría de los mayores incapaces (547).
- f) Respecto al gravamen o enajenación de inmuebles, muebles preciosos o valores mercantiles o industriales cuando la tutela recaiga en el cónyuge (582).
- g) Respecto al aumento de la remuneración del tutor por el incremento de los bienes debido a su industria y diligencia (587).
- h) Respecto al pago del tutor de los créditos contra el incapaz que exceda de la mitad de las rentas anuales (598).

4.3.4.3 Intervención judicial

En nuestro sistema tutelar, que bien puede ser calificado como sistema de autoridad, la participación del órgano jurisdiccional es primordial. El juez interviene en todas las etapas de la tutela, comenzando con la misma declaración de minoridad o de incapacidad de los mayores: "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 capacidad de la persona que va a quedar sujeto a ella." (462)

Realiza también el nombramiento de los tutores legítimos o dativos y reconoce el de los testamentarios, conoce y califica los impedimentos y excusas y ante él se substancian los procedimientos de separación, tanto de tutores como de curadores.

De manera específica, el Código Civil establece para el Juez las siguientes

facultades, atribuciones y obligaciones:

- a) Cuidar provisionalmente de la persona y bienes de los incapaces, dictando las medidas específicas (468).
- b) Observar todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, a no ser que las estime dañosas para los menores (479).
- c) Nombrar tutor interino por cualquier causa.
- d) Elegir al mas apto de los parientes a los que en el mismo grado les corresponda la tutela legítima (484 y 484)
- e) Confirmar la designación del tutor dativo hecha por el mayor de dieciséis años (495)
- f) Nombrar de oficio tutor para los menores que no tengan bienes (500)
- g) Determinar la procedencia de las garantías o consentir en el otorgamiento de fianzas (527).
- h) Fijar la cantidad que vaya a invertirse en alimentos, educación y asistencia (539) así como los gastos de administración (554)
- i) Decidir si debe inscribirse al incapaz en una institución de asistencia (544) o si ha de empleársele para solventar sus gastos (542)
- j) Decidir si debe continuarse la negociación dejada al incapaz (557)
- k) Suplir el consentimiento del cónyuge que desempeña la tutela, cuando dicho consentimiento es necesario para algún acto (581-l)
- l) Recibir las cuentas ordinarias y extraordinarias de la tutela (590 y 591), la cuenta general y la información anual sobre el desarrollo del incapaz y los informes médicos (546)
- m) Determinar sobre la ampliación del inventario (553)

Autorizaciones.- Por otro lado, existen ciertos actos para cuya validez es necesaria la autorización del juez. El Código señala los siguientes:

- a) La enajenación o gravamen de los bienes inmuebles y muebles preciosos (561)
- b) Realizar gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación (565)
- c) Transigir y comprometer en árbitros (566); es necesario además que el juez apruebe el nombramiento de los árbitros (567)
- d) Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años (573).
- e) Pedir dinero en nombre del incapaz, con o sin garantía (575)

Responsabilidades.- El artículo 469 señala de manera general que el juez es responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces si no cumple con las prescripciones relativas a la tutela, además de las penas en que incurra conforme a las leyes. Existen además disposiciones específicas:

- a) Por no hacer oportunamente el nombramiento de tutor dativo (498)
- b) Responsabilidad subsidiaria con el tutor de los daños y perjuicios por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela (530).

4.3.4.4. El Consejo Local de Tutelas.

Los Consejos Locales de Tutelas son órganos de vigilancia y de información (632), formados por un Presidente y dos vocales, nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él señale. Duran en su encargo un año y son nombrados precisamente en el mes de enero. Existen tantos Consejos como demarcaciones territoriales o delegaciones existen en el Distrito Federal (631).

Sus obligaciones son las siguientes:

- a) Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad que por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos

de que estos nombramientos correspondan al Juez.

- b) Velar porque los tutores cumplan con sus deberes, especialmente los relativos a la educación y asistencia, dando aviso al Juez de cualquier irregularidad.
- c) Avisar al Juez cuando tengan conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro.
- d) Investigar y poner en conocimiento del Juez qué incapacitados carecen de tutor.
- e) Vigilar que los tutores destinen los recursos de los incapaces a la curación de sus enfermedades o a su rehabilitación.
- f) Vigilar el registro de tutelas.

4.3.4.5.- El Ministerio Público

En materia de tutela, el Ministerio Público tiene las siguientes obligaciones y atribuciones:

- a) Solicitar el nombramiento de tutor de los menores que no tengan bienes (500).
- b) Opinar respecto del nombramiento de tutor dativo del menor de dieciséis años, de entre las personas que figuren en las listas preparadas por los Consejos y cuidar de la comprobación de la honorabilidad de la persona elegida para ser tutor (497).
- c) Promover la separación de los tutores que se ubiquen en los supuestos del artículo 504 (507).
- d) Promover ante el juez las medidas pertinentes para la conservación de los bienes del pupilo (522).
- e) Solicitar el aumento o disminución de las garantías por el aumento o disminución de bienes del incapaz (529).
- f) Promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores (533).

- g) Avisar al juez del incumplimiento del tutor de proveer educación al incapaz (540).
- h) Promover la remoción del tutor en caso de maltrato o negligencia para con el incapaz (584).
- i) Exigir del tutor la rendición extraordinaria de cuentas por causas graves (591).

Además de lo anterior, quien haya acogido a un menor, deberá informarlo al Ministerio Público dentro de las 48 horas siguientes, ya se trate de un expósito o abandonado o de quien haya abandonado la casa familiar por haber sido objeto de violencia o malos tratos (493 y 494).

4.3.5. Desempeño de la tutela.

Para que se le discierna el cargo al tutor y entre en su desempeño, es indispensable que previamente otorgue garantía de su manejo.

Todos los llamados al desempeño de la tutela tienen la obligación de dar garantía por su actuación, con excepción de: a) los tutores testamentarios relevados de ello por el testador; b) el tutor que no administre bienes; c) El padre, la madre o los abuelos que desempeñen la tutela de sus descendientes; y d) Los que acojan a un expósito, lo alimenten y lo eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

Puede garantizarse el manejo de la tutela por cualquier medio lícito, ya sea hipoteca, prenda, fianza, depósito, etcétera, tal como se desprende del artículo 519.

El monto de la garantía debe otorgarse:

- a) Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;
- b) Por el valor de los bienes muebles;
- c) Por el valor de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez.
- d) En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculados por los libros, si están llevados en debida forma, a juicio de peritos.

Discernido el cargo, el tutor entra en la administración de los bienes y puede llevar a cabo todos los actos necesarios para conservar o incrementar los bienes del incapaz. Como todo administrador de bienes ajenos, no puede llevar a cabo actos de disposición o de dominio, sin estar autorizado por la ley o por resolución judicial.

Al respecto, el Código establece cuales actos pueden celebrarse con autorización judicial y cuales no pueden celebrarse bajo ninguna circunstancia, ni aún mediando una resolución del juez.

Los actos que requieren autorización judicial han sido citados al analizar la actuación del juez. Especial mención merecen sin embargo, las disposiciones relativas a la enajenaciones de bienes de los incapaces.

Como quedó señalado, solamente con autorización judicial y con la conformidad del curador, puede el tutor vender bienes inmuebles o muebles preciosos del incapaz. La autorización judicial sólo será concedida si el tutor acredita el estado de absoluta necesidad o de evidente beneficio. Si no está debidamente comprobado alguno de estos dos extremos, el juez simplemente no puede autorizar la venta, aunque tenga la anuencia del incapaz –pensando que fuera un

menor de edad, capaz de discernimiento,— del curador, de los herederos presuntivos y demás parientes.

Si lo que pretende venderse es un bien en el que el incapaz tenga derechos de copropiedad, el juez debe resolver si es conveniente dividir la cosa común y aplicarle su porción en plena propiedad, o por el contrario, si conviene enajenarla. Como puede advertirse, el espíritu de la disposición es evitar la venta y que el tutelado conserve sus bienes.

La venta debe hacerse en subasta pública, sujetándose a las reglas que para los remates establece el Código de Procedimientos Civiles. En caso contrario, está afectada de nulidad absoluta. Sin embargo, el juez puede dispensarla tratándose de muebles preciosos, o en el caso de copropiedad señalado en el párrafo anterior.

El artículo 562 establece sin ninguna distinción que la venta de los bienes de los menores y mayores incapaces es nula si no se hace en subasta pública. Esta disposición no precisa si se trata únicamente de incapaces sujetos a tutela o también de los que están sujetos a patria potestad. Aplicando tajantemente el principio hermenéutico de no distinción, sería también aplicable a los bienes de los menores sujetos a patria potestad, aun cuando en la práctica, los jueces son mas laxos y sin ninguna causa, o más aún, sin reparar en ello, dispensan tácitamente la subasta.

Efectuada la venta, el tutor debe acreditarle al juez haber invertido el precio recibido en el objeto que la motivó, Mientras no se haga la inversión, el dinero se depositará en una institución de crédito y el tutor no puede disponer de él sin orden judicial. Esto es lo que regula el artículo 437, incluido en el título de la patria potestad, que señala que el precio de la venta se depositará directamente en la institución de crédito, sin pasar por manos de quienes la ejercen. Si esto es

aplicable al tutor, le resultaría imposible acreditar al juez que el producto de la venta fue efectivamente invertido de acuerdo a la autorización. Si no es aplicable, no existe explicación lógica, ya que si quienes ejercen la patria potestad no pueden disponer del dinero, que se deposita directamente, no es posible que los tutores, que gozan de menor confianza que aquellos, puedan y deban recibir el precio para poder precisamente cumplir con su obligación de invertirlo.

Por otro lado, durante el desempeño de la tutela, existen actos que le están absolutamente prohibidos al tutor, como son:

- a) Comprar, arrendar o celebrar cualquier contrato respecto a los bienes de los incapaces, para sí, para sus ascendientes, cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, a menos que el propio tutor o las personas ahí mencionados sean coparticipes de la cosa.
- b) Aceptar a título gratuito y oneroso la cesión de algún derecho en contra el incapacitado, a menos que lo reciba por herencia.
- c) Hacer donaciones a nombre del incapacitado.

Durante el desempeño de la tutela, debe el tutor dar cumplimiento en tiempo y forma a todas y cada una de las obligaciones que le son propias, y que han quedado enumeradas anteriormente. Basta decir finalmente que la prescripción no puede correr entre el tutor y el tutelado, sino hasta que hayan sido entregados los bienes y se haya nombrado en su caso, nuevo tutor, en caso de subsistir la incapacidad.

4.3.6 Extinción de la tutela.

Dispone el artículo 467 que la interdicción no cesa sino por la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva, dictada en juicio seguido con las mismas formalidades para el de interdicción.

El artículo 606, ya respecto a la tutela, señala que aquella se extingue: (i) por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad y (ii) Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción. Esta se refiere a la tutela respecto al incapaz, pero también puede tenerse por terminada respecto al tutor, aunque subsista la incapacidad.

Concluida la tutela, el tutor debe rendir la cuenta general, en un término de tres meses, prorrogable hasta por tres meses más, a juicio del juez, y entregar los bienes a las personas señaladas en el artículo 607 bis. La entrega debe ser hecha dentro del mes siguiente a la terminación, pudiendo ampliarse dicho plazo por el juez, independientemente de que se hayan presentado o no las cuentas generales. Los gastos de la entrega son por cuenta del incapaz.

El tutor que deje de serlo, por haber sido removido, separado por cualquier causa, aunque subsista la incapacidad, tiene obligación de rendir cuentas y de entregar los bienes al nuevo tutor.

5. EL ESTADO DE INTERDICCIÓN

Corresponde abordar el procedimiento para la declaración de la incapacidad y la sujeción a la tutela, y que conlleva para quien la sufre, un estado jurídico denominado “de interdicción.”

5.1 Definición.

Interdicción “es la privación de derechos civiles definida por la ley; es pena accesoria, que somete a tutela a quien la recibe.”⁸² Cifuentes señala que “implica la veda o prohibición genérica de obrar que nace de la incapacidad general declarada, como un status en que se coloca al enfermo mental por efecto de la sentencia que así lo establece.”⁸³

La interdicción puede analizarse tanto como estado de incapacidad al que está sujeto una persona, como al procedimiento mediante el cual la autoridad jurisdiccional reconoce dicho estado de incapacidad y provee a la persona de la representación legal que le corresponde. Finalmente el estado de interdicción no es sino la incapacidad reconocida judicialmente.

Disponía el artículo 462 antes de la reforma de 17 de enero de 2002, que ninguna tutela podía conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeto a ella.

A raíz de la reforma mencionada, la declaración del “estado de incapacidad” fue sustituido por “el estado y grado de capacidad”, pasando de un concepto plenamente restrictivo a uno permisivo, en el sentido de que el juez deberá señalar

⁸² Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁸³ “Juicio de Insania y otros procedimientos sobre la capacidad”, p. 22; Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

en la sentencia que dicte, “los actos jurídicos de carácter personalísimo que podrá realizar, determinándose con ello la extensión y límites de la tutela.”

5.2 Presupuestos.

Los Presupuestos son aquellos elementos necesarios para la concepción, creación, desarrollo y subsistencia de una institución determinada.

En materia procesal son los elementos sin los cuales no puede existir una relación jurídica de esa naturaleza, constantes en todo procedimiento jurisdiccional de carácter civil y que según el maestro Briseño Sierra son las partes, el órgano jurisdiccional y el proceso.

“Los presupuestos procesales son requisitos basados en la potestad de obrar de los sujetos que permiten al juez hacer justicia, mediante la constitución y desarrollo del proceso.”⁸⁴

5.2.1 El órgano jurisdiccional.

Corresponde a los jueces de lo familiar, como jueces de primera instancia, conocer, ente otros de los siguientes casos:

- I. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;
- II. De los juicios contenciosos que tengan por objeto cuestiones derivadas del estado de interdicción y tutela;
- III. De los asuntos concernientes a otras acciones relativas a la capacidad de las personas, y
- IV. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos

⁸⁴ Briseño Sierra: “El Proceso Civil en México”, pp. 4,

de persona a los menores e incapacitados.⁸⁵

Las Salas en materia familiar conocen, entre otros, de los casos de responsabilidad civil y de los recursos de apelación y queja que se interpongan en asuntos de materia Familiar, contra las resoluciones dictadas por los Jueces del mismo ramo;

En el Distrito Federal, existen actualmente 40 juzgados de lo familiar, y de las 23 salas que componen el Tribunal, 4 están dedicadas a esta materia.

Dentro del presupuesto "órgano jurisdiccional", podemos hacer referencia a los auxiliares de la administración de justicia, entre los que incluyen los peritos y los testigos, que son terceros ajenos a la relación sustancial que cumplen una función de información para el juez, que le permita motivar su resolución.

Mediante la información de testigos, puede declarar el juez el estado de minoridad si no se acompañaron a la promoción ni se presentaron en la audiencia la certificación del Registro Civil que permita constatar la edad del interesado.

Como peritos, intervienen los médicos, tanto en la vía de jurisdicción voluntaria, como en la fase contenciosa.

Señala el Código adjetivo que en las diligencias prejudiciales, los médicos (sin precisar el número) "de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente" deberán realizar un examen al presunto incapaz y rendir el dictamen pericial en el cual se apoya el juez para continuar el procedimiento. Posteriormente se hace un segundo reconocimiento con peritos distintos a los anteriores.

⁸⁵ Vid. Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del D.F., artículos 48 y 52

En la fase contenciosa, intervienen dos médicos, preferentemente alienistas de servicio médico legal o de instituciones médicas oficiales, nombrados por cada parte.

5.2.2 Las partes.

Parte es la persona que exige del órgano jurisdiccional la aplicación de la norma substantiva a un caso concreto, en interés propio o ajeno, o como señala el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, “la persona que tenga interés en que el órgano jurisdiccional declare o constituya un derecho y quien tenga el interés contrario”.

Pueden promover la declaración del estado de minoridad o incapacidad:

- a) El menor, si ha cumplido 16 años, únicamente respecto de la declaración de minoridad;
- b) El cónyuge, en cualquier caso;
- c) Los presuntos herederos legítimos, es decir, las personas llamadas a suceder *ab intestato*, en el orden y proporciones que les correspondería, como si el presunto incapaz hubiere fallecido, al momento de la promoción;
- d) El albacea, en el caso de que se trate de deferir la tutela testamentaria o se esté tramitando la sucesión de una persona a cuyos herederos, hijos menores y pupilos deban nombrárseles tutor, y
- e) El Ministerio Público

En los procedimientos de jurisdicción voluntaria se oír al Ministerio Público, entre otros supuestos, cuando la promoción se refiera a la persona o bienes de menores o incapacitados (art. 895 CPC).

En la fase contenciosa, son partes el promovente de la incapacidad, el tutor interino nombrado en la vía inicial de jurisdicción voluntaria y el Ministerio Público.

Por la trascendencia y extensión del tercer presupuesto, se estudia por separado a continuación.

5.3 El Procedimiento.

En materia de interdicción, como quedó apuntado, existen una fase no contenciosa, que se sigue mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria y puede existir, pero no necesariamente, una fase contenciosa, que se sigue a través del proceso que supone el juicio ordinario civil.

Dentro del título décimo quinto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, relativo a la jurisdicción voluntaria, están regulados entre otros, los procedimientos (i) para el nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos, y (ii) para la enajenación de bienes menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, que serán expuestos a continuación.

Todo procedimiento de interdicción debe iniciar necesariamente en la vía de jurisdicción voluntaria. Esta comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas (Artículo 893 del CPC).

El código adjetivo distingue dos supuestos: Estado de minoridad o estado de incapacidad, refiriéndose a los mayores de edad ubicados en los supuestos de la fracción II del artículo 450 del Código Civil.

5.3.1 Declaración de estado de minoridad.

Establece el artículo 39 del Código Civil, como regla general, que el estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; dentro de las actas que éste extiende, están las relativas al nacimiento (art. 35), las cuales naturalmente deben contener, entre otros, el día, la hora y el lugar del nacimiento (art. 58). Estas constancias o certificaciones, tienen el carácter de documentos públicos según lo dispone en su fracción IV el artículo 327 del CPC y se tienen por legítimos y eficaces (art. 333) y con valor probatorio pleno.

En ese sentido, si al solicitarse la declaración de minoridad se acompaña la certificación del Registro Civil, se hará la declaración de plano (ar. 903 CPC) y se procederá al nombramiento de tutor y curador definitivos.

Sin embargo, la falta de certificaciones del Registro Civil no puede ser causa para dejar a un menor en estado de indefensión, sin la representación del tutor. Por ello, el código adjetivo establece el procedimiento a falta de aquellas.

Señala el artículo 40 del Código Civil que cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o por testigos.

En consonancia parcial con esta disposición, el artículo 903 del CPC señala que de no adjuntarse a la petición del estado de minoridad las certificaciones del Registro Civil, el Juez de lo familiar citará a una audiencia dentro del tercer día, a la que concurrirán el menor, si fuere posible, y el Ministerio Público. “En ella – dispone el numeral invocado– con o sin la asistencia de éste, y por las certificaciones del Registro Civil si hasta ese momento se presentaron, por el aspecto del menor y a falta de aquéllas o de la presencia de éste, por medio de

información de testigos, se hará o denegará la declaración, correspondiente.”

Aunque el artículo 903 se limita a señalar la información de testigos, el juez debe tomar en cuenta las pruebas instrumentales señaladas en el artículo 40 del código sustantivo, como podrían ser las partidas parroquiales o cualquier otro documento, que relacionándolo con las testimoniales y la apariencia del menor, pueden proporcionar al juez los elementos de convicción necesarios para hacer la declaración de minoridad.

5.3.2 Declaración de estado de incapacidad.

En aparente contradicción con su ubicación, dentro del título concerniente a la jurisdicción voluntaria, el artículo 904 del código procedimental señala que “la declaración de incapacidad por alguna de las causas a que re refiere el artículo 450, fracción II (enfermedad o discapacidad que impliquen para quien la padezca la imposibilidad de gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad), del Código Civil para el Distrito Federal; se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.”

5.3.2.1 Diligencias precautorias

Dentro del procedimiento de interdicción, el juez debe dictar las siguientes medidas:

- I. Aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado;
- II. Práctica de un primer reconocimiento por medio de los médicos – de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente – que designe el juez.

Si el dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

III. Nombramiento de tutor y curador interinos.

IV. Entrega de los bienes del presunto incapacitado al tutor interino, para su administración, excepto los de la sociedad conyugal, que quedarán bajo la administración del otro cónyuge.

V. Designación de las personas que desempeñarán la patria potestad o la tutela de las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.

5.3.2.2 Segundo reconocimiento médico.

Dictadas las providencias anteriores se procederá a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado, con peritos diferentes, en los mismos términos señalados para el primer reconocimiento. En caso de discrepancia con los peritos que rindieron el primer dictamen se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere el juez designará peritos terceros en discordia.

5.3.2.3 Audiencia.

Realizado el segundo reconocimiento médico, el juez citará al tutor interino y al Ministerio Público a una audiencia. Si estos están conformes, el juez declarará el estado de interdicción, estableciendo el alcance de la capacidad y la extensión y límites de la Tutela, de acuerdo con la reforma al artículo 462 del Código civil para el Distrito Federal.

5.3.2.4 Juicio Ordinario de Interdicción.

Si en dicha audiencia hubiera oposición de parte, se substanciará un Juicio Ordinario con intervención del Ministerio Público, que se sujetará a las siguientes reglas, enumeradas en el artículo 905 del CPC:

- I. Durante el procedimiento subsistirán las medidas precautorias dictadas en las diligencias prejudiciales, pudiendo modificarse por cambio de circunstancias o por la aportación de nuevos datos;
- II. El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino;
- III. El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de dos médicos o psicólogos, por lo menos, preferentemente de instituciones de salud oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del Juez, con citación de las partes y del Ministerio Público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas;
- IV. Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el autor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

Una vez dictada la sentencia, ya se trate de declaración de estado de minoridad o de estado de incapacidad, y en este caso, sea en la audiencia cuando no existe oposición de parte o agotado el juicio ordinario civil, el juez deberá hacer los nombramientos de tutor testamentario, legítimo o dativo, según el caso, y de curador definitivos, conforme a las disposiciones del código civil.

5.3.3. Nombramiento de tutor y curador.

El nombramiento de tutores y curadores puede hacerse:

- a) Al declarar de plano el estado de minoridad si a la solicitud se acompañaron las constancias del Registro Civil;
- b) En la audiencia celebrada a falta de constancias del Registro Civil, también para el caso de declaración de minoridad, si existen elementos de convicción suficientes;
- c) En la audiencia siguiente al segundo reconocimiento médico, tratándose de mayores de edad incapacitados ubicados en los supuestos de la fracción II del artículo 450 del Código Civil.
- d) Después de que cause ejecutoria la sentencia de interdicción dictada en el juicio ordinario promovido por oposición a la resolución dictada en la audiencia seguida al segundo reconocimiento médico.

El menor que tuviere dieciséis años o más, podrá oponerse al nombramiento de tutor hecho por la persona que no siendo ascendiente le haya instituido heredero o legatario.

5.3.3.1 Aceptación del cargo.

Una vez nombrada por el juez, la persona llamada a desempeñar la tutela debe manifestar si acepta o no la tutela o hacer valer sus impedimentos y excusas, dentro de los cinco días siguientes a aquél en el que se le haga saber su designación, disfrutando un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.

5.3.3.2 Otorgamiento de garantías

Después de la aceptación y antes del discernimiento del cargo, el llamado a la tutela, si no está exceptuado de ello, deberá otorgar las garantías necesarias conforme al código sustantivo, para lo cual gozará de un plazo de tres meses, contados a partir de la aceptación. Si no pudiere otorgarlas, no le será discernido el cargo y el juez procederá al nombramiento de un nuevo tutor.

5.3.3.3 Discernimiento del cargo

Aceptados los cargos de tutor y curador y otorgadas por aquél las garantías, se harán los discernimientos del cargo, pero el juez deberá cerciorarse que las personas llamadas a desempeñarlos reúnan los requisitos que la ley exige para ser ello; en caso contrario, denegará el discernimiento del cargo y proveerá al nombramiento en la forma y términos prevenidos por el Código Civil.

Concretamente, "el discernimiento es la aprobación que habilita al tutor que ya cumplió con todos los requerimientos legales, para poder iniciar sus funciones." ⁸⁶

En los juzgados de lo Familiar, bajo el cuidado y responsabilidad del Juez y a disposición del Consejo de Tutelas, habrá un registro en que se inscribirá testimonio simple de todos los discernimientos que se hicieren de los cargos de tutor y curador (art. 909 CPC).

5.3.4. Rendición de cuentas.

El tutor está obligado a rendir cuentas de su actuación:

1. Anualmente, durante el mes de enero, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo.

⁸⁶ Asprón Pelayo, Juan Manuel: "Sucesiones", p. 125; McGraw.Hill; México, 1996.

2. En cualquier momento, a petición del Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, los propios incapaces, mayores de edad y los menores, si han cumplido dieciséis años, por causa grave que calificará el juez.
3. Al finalizar el encargo, dentro de los tres meses siguientes al término de la tutela.

También está obligado a rendir cuentas el tutor interino nombrado durante el procedimiento de declaración de incapacidad para los mayores de edad, al tutor definitivo con intervención del curador.

Para la rendición de cuentas de la tutela, se siguen las reglas genéricas establecidas en la sección de ejecución de sentencias del CPC, con las siguientes modificaciones.

- a) Para la rendición de la cuenta anual no se requiere prevención judicial, pero si se requiere para la rendición de cuentas extraordinarias.
- b) Las cuentas deben rendirse a las siguientes personas: (i) al juez, (ii) al curador, (iii) al Consejo Local de Tutelas, (iv) al menor que haya cumplido dieciséis años de edad, (v) al tutor que reciba el encargo del interino o del separado y (vi) al pupilo que dejare de serlo. Señala el CPC que deben rendirse también a las personas que señala el Código Civil, siendo estas: (vii) el Ministerio Público y (viii) el incapaz o incapaces, mayores de edad.
- c) La sentencia que desaprobare las cuentas indicará, si fuere posible, los alcances. Del auto de aprobación pueden apelar el Ministerio Público, los demás interesados y el curador si hizo observaciones. Del auto de desaprobación pueden apelar el tutor, el curador y el Ministerio Público.
- d) Si se objetaren de falsas algunas partidas, se substanciará el incidente por cuerda separada, entendiéndose la audiencia sólo con los objetantes, el Ministerio Público y el tutor.

5.3.5. Remoción de tutores y curadores.

Señala el artículo 914 del CPC que los tutores y curadores no pueden ser removidos ni excusarse sino a través del incidente contradictorio respectivo, substanciado ante el juez competente, y por alguno de los impedimentos o causas de separación señalados en los artículos 503 y 504 del Código Civil.

No obstante esa disposición, el artículo 913 regula no en la vía incidental, sino mediante juicio, la remoción de tutores, cuando del examen de la cuenta resulten motivos graves para sospechar dolo, fraude o culpa lata en el tutor. El juicio de separación, que se sigue en la vía contenciosa, se iniciará a petición de parte o del Ministerio Público.

5.4 Efectos del estado de interdicción.

La consecuencia primordial del estado de interdicción es la restricción de la capacidad de ejercicio y la necesidad de la representación legal para llevar a cabo todos los actos inherentes a la persona y a los bienes del incapaz.

El Código Civil, en el capítulo XVI (Del Estado de Interdicción) del título Noveno, libro primero, señala cuales son las consecuencias de los actos y contratos celebrados por los incapaces, sean menores de edad, emancipados o mayores incapaces.

Así, los actos de administración (y deben incluirse los de disposición, aunque el código no los señale) y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la intervención del tutor son nulos, excepto los que se refieran a la administración de los bienes que el pupilo haya adquirido por su trabajo. Estas disposiciones, contenidas en los artículos 635 y 537, fracción IV, no hacen sino confirmar las reglas en materia de ineficacias previstas por el libro cuarto.

También se contiene la nulidad de los actos celebrados por los menores emancipados, sin la intervención del tutor, en términos del artículo 643, respecto a la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces y los negocios judiciales (art. 636).

Sin embargo, si los menores (emancipados o no) son peritos en la profesión o arte sobre los que versen los actos o contratos celebrados o si se han hecho pasar por mayores de edad, exhibiendo certificaciones falsas del Registro Civil, no pueden intentar las acciones de nulidad antes señaladas.

El nuevo artículo 462 del Código Civil señala que la sentencia que el juez emita determinará los actos jurídicos de carácter personalísimos que podrá realizar por sí mismo el incapaz.

Actos personalísimos son aquellos que deben otorgarse personalmente por el interesado, sin que pueda admitirse ninguna clase de representación o suplencia de voluntad⁸⁷. En ellos quedan comprendidos el testamento, tal como lo dispone el artículo 1295 del Código Civil, sin dejar lugar a dudas, y el reconocimiento de hijos, tal como lo han señalado los tribunales⁸⁸, a pesar de que sí es posible llevarlo a cabo mediante apoderado constituido con poder especial, conforme a lo dispuesto por el artículo 44 de dicho código.

Respecto al testamento, el artículo 1307 señala que es válido un testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez. El término demente, superado casi completamente a través de la reforma de julio de 1992 y que por un descuido persiste en este artículo, se refiere naturalmente a un mayor incapaz. Así las

⁸⁷ Vid. Arce y Cervantes, José: "De las Sucesiones", p. 55; 4ª ed.; Porrúa; México, 1996.

⁸⁸ "El reconocimiento de un hijo es un acto de carácter personalísimo que debe hacerse en forma expresa". Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Amparo en revisión 302/92. Doroteo Sánchez Guerra y otra. 1 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura. Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917- 1988, tercera tesis relacionada con la Jurisprudencia 920, Pág. 1505

cosas, es la Ley la que faculta al mayor de edad a incapaz a otorgar testamento, atendiendo a ciertas formalidades especiales, y no la sentencia del juez. Éste no podría, como parece inferirse del artículo 462, señalar que el incapaz no podría otorgar este acto personalísimo.

Por lo que se refiere al reconocimiento de hijos, no existe una prohibición expresa para que sea realizado por un mayor incapaz. El artículo 361 señala como requisito el que los reconocientes tengan la edad necesaria para contraer matrimonio, es decir, dieciséis años. Sin embargo, los menores de edad necesitan del consentimiento de los que ejercen la patria potestad, de sus tutores o de la autoridad judicial para llevarlo a cabo e igualmente puede anularlo si prueba haber incurrido en error o sufrido engaño.

En estas circunstancias, haciendo una interpretación extensiva pareciera que el mayor incapaz no puede reconocer a un hijo, al no poderlo hacer un menor, o pudiendo anularlo por no haberlo otorgado consciente y libremente, pero al no haber disposición expresa, podría resultar en este caso aplicable el artículo 462, dejando a salvo los derechos del hijo reconocido de impugnar el reconocimiento, conforme a los artículos 375 y 376.

El matrimonio también es un acto de los señalados en el artículo 44 del Código Civil, como aquellos que podrían celebrarse mediante apoderado y que por ello no podría considerarse como personalísimo. Sin embargo, estando el reconocimiento considerado por nuestros tribunales como tal, puede el matrimonio quedar comprendido también en esa categoría. Podemos extender el concepto personalísimo no solo a los actos que no admiten representación, sino aquellos que son de la incumbencia personal y exclusiva del celebrante y que son de la mayor relevancia para su vida.

Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracción II del

artículo 450 es un impedimento para contraer matrimonio, según lo establece el artículo 156, fracción X, que bajo ninguna circunstancia admite dispensa. El incapaz simplemente está privado de modo absoluto de celebrar matrimonio. Así, la sentencia del juez no podría facultar al incapaz a contraerlo.

De lo anterior se desprende que el juez al dictar su sentencia debe limitarse a declarar el estado de incapacidad, cuyas consecuencias ya están previstas en la ley, sin necesidad de una norma individualizada. Podría, con las reservas del caso autorizar al incapaz a reconocer hijos, exclusivamente, pues respecto al testamento ya existe la posibilidad de su otorgamiento, con tal de que sea en un intervalo de lucidez, de acuerdo a las formalidades especiales y respecto a la celebración del matrimonio, admitiendo que este sea un acto personalísimo, existe una prohibición absoluta.

6. LA REPRESENTACIÓN

Frente al rígido principio “nemo alteri stipulari potest” (nadie puede contratar por otro)⁸⁹, surge el fenómeno de la representación, que permite que los efectos jurídicos de un acto sean imputables a una persona distinta al que lo celebró.

6.1 Definición de la representación

La representación puede definirse como “la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre y por cuenta de otra”,⁹⁰ es decir, de que los efectos que la ley atribuye a la manifestación de la voluntad de una persona, para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, sean atribuidos a otra distinta a la que la hizo y que no ha otorgado materialmente el acto.

Desde otro punto de vista, implica no solo una facultad, sino una obligación, impuesta por la ley o por asumida voluntariamente, de gestionar un patrimonio ajeno, fundamentalmente en interés de su titular.

“Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado del (sic) acto): se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero.”⁹¹

Nuestra legislación contempla la posibilidad de la representación al reglamentar los elementos generales del contrato, concretamente de la capacidad. El artículo 1,800 señala: “El que es hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de

⁸⁹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo: “Representación, poder y mandato, prestación de servicios profesionales y su ética”; 11ª ed; Porrúa, México, 2001, p. 6.

⁹⁰ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, op. cit., p. 3

⁹¹ BORJA SORIANO, Manuel: “Teoría General de las obligaciones”; 13ª ed; Porrúa, México, 1994, p 244

otro legalmente autorizado.” El artículo siguiente dispone, estableciendo principalmente las fuentes de la representación que “ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.”

En la relación de la representación es lógicamente necesario identificar dos sujetos distintos, a quienes atribuir la calidad de representante y representado. No se trata solamente de identificar los elementos subjetivos, que parecería una anotación por demás evidente, sino la naturaleza de la relación habida entre ellos que los hace aparecer con esas calidades. Esta relación, es llamada en la doctrina italiana como “relación de gestión”⁹² y tiene su origen en circunstancias de naturaleza diversa y es calificada por elementos distintos. Por regla general, el representante gestiona negocios ajenos, siempre que esté obligado a ello por mandato o por la ley (art. 1896). En la representación legal, esta relación deriva de su calida de titular de la patria potestad o de tutor. En la voluntaria, de un contrato de mandato.

6.2 Teorías sobre la representación.

Son cuatro las teorías que han tratado de explicar el fenómeno jurídico de la representación, al lado de la teoría negativa del publicista León Dugit, quien afirma que la representación en sí debe rechazarse, porque no es sino un producto del espíritu que no contiene nada de real.⁹³ Pareciera desconocer tan ilustre jurista que el Derecho, entendido como un producto cultural⁹⁴, es por supuesto un producto del espíritu, que tampoco tiene una existencia real, si por real quiere decir, como se desprende del enunciado, material. Tampoco la tiene los valores de seguridad y justicia sobre los que se fundamenta todo sistema jurídico.

⁹² BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI: “Derecho Civil”; traducción de Fernando Hinestrosa; Universidad Externado de Colombia 1992, pp. 709 y sigs.

⁹³ BORJA SORIANO, loc cit.

⁹⁴ RECASÉNS SICHES, Luis: “Introducción al Estudio del Derecho”, 11ª ed., Porrúa, México, 1996, p. 25

6.2.1 Teoría de la ficción.

Esta teoría, también calificada de clásica, considera que la representación se funda en una ficción legal, que consiste en la atribución de los efectos a quien no ha intervenido en el acto (el representado), siendo evidente que quien lo otorgó fue una persona distinta. "En la representación, el obligado es el representado y no el representante en virtud de que se considera que realmente el acto jurídico se ejecuta como si compareciera el representado, porque el representante sólo hace el papel de un simple instrumento para exteriorizar su voluntad. Se le ha denominado teoría de la ficción, porque justamente acepta que aun cuando es el representante quien comparece en el contrato o en el acto jurídico, por una verdadera suposición, completamente ficticia, se dice que es el representado el que lo celebra."⁹⁵

La formulación de esta teoría parte de la aceptación del principio previamente enunciado de que una persona sólo puede quedar obligada por sus propios actos o por la ley. La posición de que el individuo que no es parte de un negocio pueda quedar obligada por la voluntad de otro es inadmisibles, si no tiene causas concretas y específicas. Así se manifiesta Geny, advirtiendo las precauciones que deben tenerse en cuenta al admitir la representación: "Según la concepción, que nos sugiere una vista ingeniosa de las cosas, cada uno no está ligado, en la vida jurídica, sino por los actos que ejecuta personalmente... Ha parecido que convenía reconocer directamente, mediante ciertas condiciones voluntarias o legales, la facultad de hacer nacer, en la persona de un tercero, los derechos creados por la voluntad de un contratante, que se convierte así en extraño a sus propios actos. Bastaría, se dirá, para llegar a este resultado, con invertir el principio inicial. ¿Quién no ve, sin embargo, que eso es precisamente deformar la realidad, y que si se pretendiera hacerlo brutalmente y por vía de autoridad se arriesgaría destruir la noción de individualidad que sigue siendo un fundamento

⁹⁵ ROJINA VILLEGAS, op. cit., p. 395

necesario de toda nuestra concepción del derecho? No se puede escapar a la dificultad, sino aceptando aquí la ficción de la representación por otro, de la cual se apartarán los excesos, sometiéndola a las circunstancias y condiciones necesarias.”⁹⁶

6.2.2 Teoría del nuncio

Esta teoría parte de la afirmación de que el representante no es sino un portavoz, un depositario de la voluntad de una persona, el representado, que comparece al otorgamiento de un acto jurídico a verterla tal como la recibió de este. Atribuida a Savigny, puede resultar aplicable en el mandato especial, donde las condiciones del acto jurídico a otorgar están perfectamente delimitadas, pero resulta inaplicable para explicar la posibilidad que tiene una persona para, dentro de limitaciones más o menos generales, tomar ciertas decisiones que el representado no pudo o no quiso prever, dejando al arbitrio del representante obligarlo en los términos y condiciones que estime convenientes.

Por otro lado, “basta con reflexionar que no hay posibilidad de recurrir a un mensajero en la representación legal, para que esta doctrina resulte inadecuada, sobre todo en los casos de representación de los incapaces.”⁹⁷

6.2.3 Teoría de la cooperación de voluntades.

Según esta teoría, las voluntades del representante y del representado forman una sola voluntad. La del representado señala sólo algunos elementos del acto jurídico a celebrarse, a veces sólo su intención de celebrar un acto en concreto y en ocasiones dejando al arbitrio del representante inclusive la elección de aquellos. De esta manera, en mayor o menor medida, la voluntad del representante, dentro de la discrecionalidad y límites del mandato, suple los elementos que el

⁹⁶ BORJA SORIANO, Manuel, *op. cit.*, p. 245

⁹⁷ ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 396

representado no señaló expresamente, con lo cual puede superarse la objeción hecha a la teoría del nuncio respecto a los mandatos generales. Sin embargo, resulta totalmente inaplicable a la representación legal, pues tajantemente el incapaz no puede expresar su voluntad, esta posibilidad le está vedada por efecto de la ley, y la cooperación supone igualdad en las voluntades que se conjugan, aunque de hecho una prevalezca sobre la otra. En la representación legal no puede haber cooperación, sino sustitución de una voluntad por otra, que sin más, no puede manifestarse eficazmente.

6.2.4 Teoría de la sustitución real de la voluntad del representado por la del representante.

Con la simple enunciación, esta teoría parece haber superado las objeciones formuladas a las anteriores y es, a juicio de Borja Soriano, "la mejor desde el punto de vista doctrinal". Supone que la voluntad que se manifiesta en el acto a celebrar es la del representante, que substituye totalmente a la del representado. Materialmente eso es lo que en realidad acontece. Una persona propone a otra la celebración de un contrato. El elemento volitivo que converge en el consentimiento es el del representante. Es él quien ejecuta el acto. Sin embargo, piénsese por ejemplo en la representación para comparecer ante el juez del registro civil a la celebración del contrato de matrimonio o a efectuar el reconocimiento de un hijo. Esta representación sólo puede otorgarse a través de un mandato especialísimo, que contenga todos los elementos del acto a otorgar, sin que el representante pueda añadir nada de su propia iniciativa. Es realmente un simple mensajero, un nuncio. Evidentemente no existe sustitución de una voluntad, previamente expresada en documento auténtico, por la de aquel que sólo comparece a otorgar el acto.

De lo anterior se concluye que las cuatro teorías son parcialmente ciertas, pero todas adolecen de algún elemento controvertible. Deben tenerse por criterios

subsidiarios, no excluyentes.

6.3 Tipos de representación.

Sin perjuicio de la existencia de otros criterios doctrinales para fijar diferentes tipos de representación, en nuestro derecho podemos encontrar como tipos de representación la legal, la voluntaria y la orgánica.⁹⁸

Señala el artículo 1801 del Código Civil que ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.

Este dispositivo plantea los dos tipos fundamentales de representación, según la fuente de la que provenga la facultad de obrar del representante: la representación voluntaria y la representación legal. Al lado de estos dos tipos primordiales, está la representación orgánica, que se analizará más adelante y a la que algunos tratadistas le han dado el carácter de legal, por necesaria, o de voluntaria, por la libertad de elección del representante, sin que, a su modo de ver, amerite configurar una tercera clasificación.

6.3.1 La representación legal

La representación legal encuentra su fuente y su justificación en la ley, que tras privar a ciertos sujetos, en determinadas condiciones de la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio, debe garantizar el ejercicio de los derechos que la capacidad de goce, que no puede ser limitada en forma genérica, supone. Esto se logra mediante la institución del representante legal, encargado de hacer efectiva la esfera normativa del incapaz.⁹⁹

⁹⁸ Conforme a otros criterios puede también distinguirse entre la representación directa y la indirecta, según que el representante actúe en nombre propio o en el del representado; en activa y pasiva, según la extensión de las facultades del representante, y un tercer criterio, según el representante actúe en interés propio o en interés del representado.

⁹⁹ “Conviene al efecto reflexionar en que la representación legal en el derecho privado es una institución jurídica de la incapacidad de ejercicio. Toda incapacidad de ejercicio origina la necesidad de de una

Los casos de representación legal, según Rojina, son: (i) representación de los incapacitados, sujetos a patria potestad o a tutela; (ii) representación de los intereses sujetos a concurso; (iii) representación de los bienes, derechos y obligaciones en una herencia, y (iv) representación en caso de ausencia¹⁰⁰.

6.3.2 La representación voluntaria

La representación voluntaria tiene su origen en el principio de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad. A raíz de ellos, una persona capaz puede encomendar a otra libremente, la realización de un sinnúmero de actos jurídicos, sin más limitaciones que las que impongan las leyes fundada en criterios objetivos para la protección y resguardo del orden público y la moral social.

Así las cosas, pueden ser actos susceptibles de otorgarse a través de un representante, constituido por voluntad del interesado, todos aquellos que no estén expresamente exceptuados por la ley, por requerir de su intervención personal.

El acto de voluntad por medio del cual se confiere la representación voluntaria es el contrato de mandato. A su vez, los mandatos se dividen en generales y especiales, según el mandatario quede facultado para llevar a cabo una gama indeterminada de actos dentro del límite de sus facultades, o si por el contrario, está facultado para llevar a cabo uno o varios actos concretos y determinados encomendados por el mandante.

A su vez, respecto a los terceros, el mandato se divide en representativo o no

representación legal, porque si se admite la capacidad de goce, pero se niega la de ejercicio y no se busca un medio legal para que se ejerciten los derechos que el titular no puede hacer valer directamente, se negará prácticamente también la capacidad de goce. ¿De que serviría al menor o al enajenado ser titular de derechos, si no pudiera ejercitarlos o hacerlos valer por conducto de otra persona? Traería esto como consecuencia práctica un desconocimiento de sus derechos.”

¹⁰⁰ “Derecho Civil Mexicano”, tomo V, vol. I (obligaciones); 7ª ed; Porrúa; México, 1998, p.393

representativo, dependiendo de si el representante actúa en nombre del representado o en nombre propio. La representación en atención a ello se conoce como representación directa, propia, inmediata o abierta, en el primer caso, e indirecta o impropia, mediata u oculta, en el segundo¹⁰¹.

El representante actúa siempre por cuenta o en interés del representado, es decir, de una u otra manera, los efectos jurídicos del acto celebrado surten efectos en la persona y en el patrimonio del representado. Pero puede actuar en nombre propio o en nombre del representado. En el primer caso, cuando el representante actúa en nombre propio, no existe relación jurídica entre el representado y los terceros con los que aquel contrata, estando oculta para ellos la relación, por lo que no tienen acción o derecho que ejercitar contra el representante.

En la representación directa, los terceros son sabedores de que el acto que propone, acepta o celebra el representante no producirá respecto a él efecto jurídico alguno, ya que estos repercutirán directamente en la persona del representado. Esto acontece porque el representante está legitimado a anunciar el nombre de la persona en cuyo interés actúa.

6.3.3 La Representación orgánica

La representación orgánica es la que corresponde a las personas morales. Es llamada también representación necesaria, o estatutaria. Señala Pérez Fernández del Castillo que a pesar de ser necesaria es distinta a la legal, pues no obstante está prevista por la ley, es el órgano de deliberación de la persona moral la que decide en quien va a recaer. Tampoco es voluntaria, pues aunque interviene la voluntad del órgano de deliberación o de las personas que lo integran, la ley y los estatutos de la persona moral establecen la necesidad de que actúe por medio de sus representantes.¹⁰²

¹⁰¹ GASTALDI, José María: "Contratos", volumen II; Abeledo-Perrot; Buenos Aires, 1994; p.234

¹⁰² Op. cit., p. 105

6.4 Mandato y poder.

Como su nombre lo indica, la representación voluntaria tiene su fuente en la voluntad de una persona, interesada en que otra celebre un acto o contrato en su nombre. Por ende, se otorga en la misma forma en que la voluntad actúa en el campo del derecho: a través de los actos jurídicos, sean unilaterales o bilaterales. En el primer caso, se trata del poder, o mejor dicho, del acto de apoderamiento, que nace como acto monosubjetivo, aunque por ser una declaración de voluntad recepticia, involucrará necesariamente al apoderado. En el segundo caso, nace a través del mandato.

6.4.1 Concepto de mandato

La palabra Mandato, etimológicamente viene de las voces latinas *manu datum*, darse la mano y servía para describir en el Derecho Romano el acto por el cual una persona prestaba a otra ciertos servicios con base en la amistad habida entre ellos y el deseo de serle útil, siendo en consecuencia esencialmente gratuito. Se distinguía de otra figura, llamada *jussum*, donde una persona debía realizar actos en nombre de otra por una circunstancia muy diversa, el estarle subordinado por una relación de dependencia.¹⁰³

El artículo 2546 del Código Civil define el mandato como un contrato por el cual una persona llamada mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

De esta definición, el maestro Zamora y Valencia desprenden cuatro características: (i) es un contrato de prestación de servicios; (ii) los actos que debe

¹⁰³ GASTALDI, op. cit., p. 220

ejecutar el mandatario son jurídicos, no materiales; (iii) los actos jurídicos se realizarán siempre por cuenta, o en interés del mandante, y (iv) el mandatario no tiene que obrar necesariamente en nombre de aquel.¹⁰⁴

El Código civil de 1870 establecía en su artículo 2342, el cual fue reproducido por el 2474 del Código de 1884 que “el mandato o procuración es un acto por el cual una persona da á otra la facultad de hacer en su nombre alguna cosa.”¹⁰⁵ Como apunta Sánchez Meda, esta definición legal fue corregida por el código actual, ya que según éste, “en primer lugar ya no se exige que el mandato sea representativo, admitiendo la representación indirecta y en segundo, el dispositivo en vigor limita el objeto del mandato a actos jurídicos, mientras sus antecesores se limitaban a decir “una cosa”, dejando abierta la posibilidad a actos meramente materiales.”¹⁰⁶

El mandato es por naturaleza un contrato bilateral, en sentido amplio, porque general obligaciones para ambas partes, considerando la obligación que tiene el mandante de retribuir al mandatario, aún cuando estas no sean interdependientes; oneroso porque al lado de los provechos que obtiene el mandante por la actuación del mandatario, está el de éste derivado de dicha retribución. Al admitir ésta pacto en contrario, convirtiendo al mandato en gratuito, puede ser también unilateral. Es un contrato principal, porque para su validez no depende de la existencia de otro; es formal, en oposición a consensual, ya que debe otorgarse en la forma prescrita por la ley. Finalmente, es un contrato *intuitu personae*, ya que se celebra atendiendo a las cualidades personales de ambas partes, no solo la del mandatario, cuya actuación puede solicitarse debido a su prestigio o experiencia, sino también al del mandante, ya que el mandatario pudiera rehusar el mandato conferido para atender los negocios de una persona de dudosa honorabilidad.

¹⁰⁴ “Contratos Civiles”; 9ª ed; Porrúa; México, 2002; pp. 285 y 286

¹⁰⁵ BATIZA, Rodolfo: “Las fuentes del Código Civil”; Porrúa; México, 1979; p. 1068

¹⁰⁶ “De los Contratos Civiles”; 14ª ed; Porrúa; México, 1995; p. 307

6.4.2 Diferencia entre mandato y poder

Frecuentemente se confunden, tanto en la legislación como en la práctica, las figuras del mandato y del poder. El artículo 2553 señala que los mandatos son generales y especiales, siendo los generales los señalados en el artículo 2554, que ya no trata de mandatos, sino de poderes. Conviene entonces citar las diferencias habidas entre ambas figuras, que vienen dadas tanto por la forma en que se constituyen como en los efectos que producen.

El mandato es un contrato, es decir, un acuerdo entre dos o más personas. Como cualquier contrato, puede articularse a través de una oferta y su aceptación. El poder es una declaración de voluntad recepticia, que configura el mandato en el momento en que el apoderado lo acepta o ejercita los actos que le fueron encomendados.

Sánchez Meda afirma que el poder no es únicamente el instrumento por el que se confiere la representación voluntaria, sino que implica cualquier figura por la cual una persona pueda obrar en nombre de otra. Así, los que ejercen la patria potestad o los tutores tienen un poder, derivado de la ley, para actuar en nombre de los menores o incapaces.¹⁰⁷

Señala Zamora y Valencia que todo poder supone necesariamente un negocio subyacente, que en ocasiones puede ser el de mandato, pero bien puede ser uno diverso, como el que otorga el vendedor a un comprador para que éste de cumplimiento a la obligación de otorgar la escritura, o el que otorga un padre para que su hijo enajene un inmueble y aproveche el precio, o el que otorga el cliente al abogado para que lo represente. En estos casos, el negocio subyacente es una compraventa, una donación o un contrato de prestación de servicios profesionales, pero no un mandato. De esta forma, a decir del autor citado, pueden existir

¹⁰⁷ Op. cit., p. 313

poderes sin mandato, mandatos sin poder (o representación) y mandatos representativos o con poder.¹⁰⁸

6.4.3 Elementos del mandato

6.4.3.1 Elementos de existencia

Como en todo contrato, los elementos de existencia del mandato son el consentimiento y el objeto.

6.4.3.1.1 Consentimiento

El consentimiento es el acuerdo de las voluntades de las partes que intervienen en el contrato de mandato, es decir, el mandante y el mandatario. El mandante es la persona que encomienda a otra la realización de actos jurídicos, ya sea en su beneficio, en el de un tercero o incluso en el del mandatario. El mandatario, es la persona que contrae la obligación de llevarlos al cabo.

Por medio del consentimiento, el mandatario asume la obligación de realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encargue, y el mandante está obligado a retribuir al mandatario, salvo pacto en contrario, y a asumir y cumplir las obligaciones que fueron contraídas en el ejercicio del mandato.

6.4.3.1.2 Objeto

El objeto directo en el contrato de mandato es crear tanto obligaciones de hacer como de dar: por una parte, a cargo del mandatario la obligación de realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga, y por la otra, a cargo del mandante, la obligación de retribuir al mandatario.

¹⁰⁸ Op. cit., pp. 288 a 290

Los objetos indirectos de este contrato, o los elementos reales conforme a la clasificación española, son los actos jurídicos que el mandatario debe realizar y la retribución que el mandante debe pagar.

Como se apuntó, quedan excluidos del contrato de mandato los actos materiales, como pudieran ser aquellos que requieren conocimientos científicos o técnicos, que son objeto de un contrato diverso, el de prestación de servicios profesionales.

Como en todas las obligaciones de hacer, en el mandato es necesario que los actos jurídicos que se encomiendan sean posibles y lícitos. Además es necesario que la ley no exija para ellos, la intervención personal del interesado, como el testamento o la comparecencia en la junta de avenencia celebrada en los procesos de divorcio. Igualmente están excluidos los actos derivados de los derechos políticos, como el sufragio o el desempeño de los cargos públicos.

Por otro lado, la retribución es un elemento natural, pero no esencial del contrato de mandato. Este es oneroso, a no ser que expresamente se establezca la gratuidad. Si no se ha señalado su monto, la retribución puede fijarse, aplicando por analogía las disposiciones del contrato de prestación de servicios profesionales, como lo propone Zamora y Valencia¹⁰⁹, es decir, mediante arancel, si existe para los servicios prestados. En caso contrario, conforme a las costumbres del lugar, la importancia de los actos realizados, las posibilidades económicas del mandante o la reputación del mandatario.

6.4.3.2 Elementos de validez

Respecto a los elementos de validez, únicamente se señalan a continuación las reglas especiales respecto a la capacidad y a la forma, ya que la ausencia de

¹⁰⁹ Op. cit., p. 296

vicios del consentimiento y la licitud en el objeto, motivo, fin o condición, se rigen por las disposiciones generales aplicables a cualquier contrato.

6.4.3.2.1 Capacidad

En el contrato de mandato ambas partes requieren la capacidad general para contratar y la capacidad especial para llevar a cabo el acto jurídico objeto del contrato, ya sea que el mandante obre en nombre propio o en nombre del mandante.

Un ejemplo de lo anterior se puede presentar en el caso de que un extranjero celebre un contrato de mandato representativo para que el mandatario adquiera un inmueble en su nombre ubicado en zona restringida¹¹⁰. Si bien el extranjero tiene capacidad general para contratar, no puede adquirir el inmueble señalado, por lo que el mandato será nulo.

Si por el contrario, en un mandato sin representación, en el que el mandante actúa en propio nombre, si por la misma razón de ser extranjero no puede adquirir el inmueble para luego transmitirlo al mandante, el contrato será nulo.

En el mandato judicial el mandatario necesita además tener título registrado para ejercer la profesión de abogado y no tener ninguna de las limitaciones que señala la ley, como ser funcionario o empleado de la administración de justicia.

6.4.3.2.2 Forma

El mandato es un contrato formal, porque si bien puede otorgarse verbalmente, para su validez es necesario que se ratifique por escrito antes de que se concluya el negocio para el cual fue otorgado.

¹¹⁰ La franja del territorio nacional de 100 kilómetros que se extiende a lo largo de las fronteras y de 50 kilómetros a lo largo de las costas sobre la cual los extranjeros no pueden adquirir el dominio directo.

La reglamentación de la forma escrita depende del negocio para el que se confiera, y desde la simple carta poder, sin necesidad de ratificación de firmas, hasta la escritura pública.

El mandato sólo puede ser verbal, sin necesidad de testigos, cuando el interés del negocio por el que se celebra no exceda de cincuenta veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Si el interés del negocio excede de cincuenta veces el salario mínimo, pero no excede de mil, puede otorgarse en escrito privado firmado ante dos testigos. El artículo 2556 del Código señala "sin que sea necesaria la previa ratificación de firmas". La formula empleada por la disposición induce a confusión. Pareciera entonces que es necesaria la ratificación posterior.

Si el interés del negocio excede de mil veces el salario mínimo, el mandato debe otorgarse en escritura pública o en carta poder firmada ante dos testigos, ratificando las firmas del otorgante y de los testigos ante notario, juez de primera instancia, juez de paz o autoridad administrativa, si se otorga para asuntos administrativos. El Código equipara la forma de la escritura pública y del escrito ratificado, pudiendo utilizarse cualquiera de los dos. Además del monto del negocio, esta forma será también requerida cuando el mandato sea general, independientemente del monto y cuando en virtud de él va a otorgarse un acto en instrumento público. Deben considerarse incluidos dentro de esta forma, todos los actos del estado civil de las personas, no sólo el matrimonio y el reconocimiento de hijos, ya que a pesar de que el artículo 44 del Código señala que salvo los casos indicados basta una carta poder sencilla, las actas del estado civil son instrumentos públicos.

La falta de forma origina la nulidad del contrato y deja subsistentes las

obligaciones contraídas por el mandatario con un tercero de buena fe, como si se hubieran asumido a nombre propio. Según la opinión de Sánchez Medal, por ser el mandato esencialmente renunciable o revocable, no puede hacerse valer la acción pro forma, pues aún cuando se otorgara en la forma prescrita por la ley, la parte condenada pudiera revocarlo de inmediato, de donde resultaría ocioso el ejercicio de esta acción.¹¹¹ A pesar de esta opinión, atendiendo a la responsabilidad que le corresponde al mandatario como si el negocio fuera propio por la falta de forma, debe ser viable el ejercicio de la acción pro forma, principalmente si el mandante obró de mala fe.

6.4.4 Obligaciones de las partes

6.4.4.1 Obligaciones del mandante.

a) Retribuir al mandatario. Salvo pacto en contrario y atendiendo a los comentarios vertidos, debe el mandante retribuir al mandatario, pudiendo hacerlo en dinero o con otros bienes. Esta obligación, señala Sánchez Medal, no es interdependiente de la obligación que tiene el mandatario de ejecutar los actos jurídicos, es decir, no es aplicable la excepción de contrato no cumplido o “exceptio non adimpleti contractus”, que difiere el cumplimiento de la obligación del mandatario. Esto significa que si el mandatario incumple con sus obligaciones de hacer y es demandado, no puede excepcionarse diciendo que su inacción se debe a no haber sido retribuido.

La retribución debe pagarse independientemente del beneficio obtenido por el mandante, ya que el mandato es un contrato de medio o de actividad y no de resultado. El mandatario no está a resultados o al éxito del negocio, no es socio del mandante y tiene derecho a cobrar aún en el caso de que el negocio le haya resultado ruinoso al mandante, sin perjuicio de la obligación que tiene de pagar los

¹¹¹ Op. cit., p. 318

daños y perjuicios que por su actividad le haya causado, si el fracaso se debió a su dolo, negligencia e inclusive a su culpa lata.

b) Anticipar al mandatario, si éste lo solicita, por las cantidades que hayan de invertirse para la ejecución del mandato.

c) Rembolsar las cantidades que el mandatario haya anticipado para la ejecución del mandato, con inclusión de los intereses legales sobre esas cantidades desde el día en que fueron erogadas. El mandatario tiene derecho de retener los bienes del mandante que tiene en su poder con motivo del mandato (y no por cualquier otra causa), hasta en tanto éste no le haga el reembolso.

d) Indemnizar al mandatario de los daños y perjuicios que haya sufrido en cumplimiento del mandato, a no ser que se hayan producido por su culpa o negligencia. Al igual que con las cantidades erogadas, el mandatario tiene derecho de retención sobre los bienes del mandante, en garantía del pago.

e) Cumplir todas las obligaciones contraídas por el mandatario dentro de los límites del mandato. Esta obligación, contenida en el artículo 2581 del código, en realidad no nace del mandato, sino de los actos jurídicos celebrados por el mandatario. Su fuente es diversa y por ello la mayoría de los autores, justificadamente, la excluyen de la enumeración.

6.4.4.2 Obligaciones del mandatario.

a) Ejecutar los actos jurídicos que el mandante le encarga. Esta obligación es la piedra de toque del mandato. La obligación "correlativa" de remunerar se puede suprimir por convenio expreso, pero esta es la esencia y razón de ser del contrato. El mandatario debe ejecutar los actos jurídicos que el mandante le encarga conforme a las siguientes reglas:

Uno. El mandatario debe obrar personalmente, a menos de que esté facultado para substituir o delegar el mandato. En el primer caso, la substitución implica la extinción de las facultades del mandatario, que pasan en bloque a la persona del substituto. En el segundo, el negocio puede ser celebrado indistintamente por uno u otro.

Dos. Si el mandante ha instruido al mandatario, ya sea en el propio contrato o por cualquier otro medio, inclusive oral, debe éste sujetarse estrictamente a las instrucciones.

Tres. Si el mandatario no ha recibido instrucciones, debe consultar con el mandante si la naturaleza del negocio lo permite. En caso contrario, si está facultado para obrar a su arbitrio, debe cuidar el negocio como propio.

El mandatario debe obrar dentro del límite de sus facultades. Los actos que celebre en exceso de ellas, no vinculan al mandante, quedando obligado el mandatario con los terceros como si el negocio fuera propio, a no ser que el mandante ratifique los actos ejecutados en exceso.

b) Dar aviso al mandante de cualquier cambio en las condiciones en las que éste previó que se celebraría el negocio y en general de cualquier circunstancia que a su juicio pudiera determinar la modificación o terminación del encargo

c) Rendir cuentas e informar de la ejecución de los actos encargados en los términos convenidos, cuando sea requerido por el mandante o al término del encargo. La obligación de rendir cuentas pasa a los herederos de mandatario.

d) Entregar al mandante todos los bienes que hubiera recibido como consecuencia de la ejecución de los actos encomendados, aún cuando lo recibido no fuere

debido al mandante.

e) Indemnizar al mandante de todos los daños y perjuicios que este sufra por el incumplimiento de su obligación, ya sea que haya obrado en contravención a las instrucciones recibidas o excediéndose de sus facultades.

6.4.5 Modos de terminar el mandato

Siguiendo a Sánchez Medal, podemos distinguir como modos de terminación, los que son comunes a todos los contratos y los que están especialmente señalados en la ley. Entre los primeros cita el autor en comento la rescisión y la nulidad. También cita el agotamiento natural del mandato, la conclusión del negocio para el que se otorgó y el vencimiento del plazo para el que se otorgó, que son causas que sí están previstas en la ley¹¹².

Por su parte, el artículo 2596 dispone que el mandato termina:

1. Por la revocación;
2. Por la renuncia del mandatario;
3. Por la muerte del mandante o del mandatario;
4. Por la interdicción de uno u otro;
5. Por el vencimiento del plazo y por la conclusión del negocio para el que fue conferido; y
6. En los casos previstos por los artículos 670, 671 y 672, es decir, pasados tres años desde que el mandante se hubiere ausentado, o pasados sólo dos, si el mandatario no garantiza su actuación a satisfacción de los interesados.

La revocación y la renuncia constituyen disposiciones de excepción a la regla general de que el cumplimiento del contrato no puede dejarse al arbitrio de uno de

¹¹² Op. cit., p. 327 y 328

los contratantes. En la teoría general del contrato se señala que las partes pueden extinguir un contrato celebrado entre ellos por mutuo consentimiento, y solamente puede resolverse unilateralmente a través de una sentencia judicial, existiendo una causa de rescisión, como el incumplimiento. Esto no acontece en el mandato, ya que cualquiera de las partes lo puede dar por terminado unilateralmente, sin necesidad de resolución judicial y sin que medie incumplimiento, ya sea a través de la revocación, si la iniciativa proviene del mandante, o a través de la renuncia, si es del mandatario.

La revocación y la renuncia son circunstancias naturales del mandato, que tienen el carácter de regla general. Sin embargo, existe una excepción: el mandato irrevocable. La ley establece que puede pactarse la irrevocabilidad e irrenunciabilidad del mandato cuando su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída. Se trata en realidad de una garantía para el titular del derecho de que la obligación correlativa será cumplida en sus términos, por no depender ya de la voluntad del deudor. Como lo establece la ley, debe responder a una causa, no pudiendo existir sin ella, es decir sin una obligación preexistente, contractual o extracontractual. No obstante la rigidez legal de la irrevocabilidad y la irrenunciabilidad, si el mandato se otorgó en el interés exclusivo del mandatario, puede este renunciar al poder.

La muerte y la incapacidad declarada o interdicción ponen fin al mandato, sin embargo, algunos de sus efectos subsisten. Dispone la ley que a la muerte del mandante, debe el mandatario continuar en la ejecución del mandato con el único objeto de conservar los bienes de aquel y evitar que se le cause un perjuicio, hasta en tanto sus sucesores no provean la nueva representación. Para tal efecto, el mandatario puede solicitar al juez el señalamiento de un término perentorio para que se lleve a cabo el relevo. Hasta en tanto esto no suceda, subsiste la responsabilidad del mandatario. Estas previsiones son igualmente aplicables para

el caso de interdicción del mandante.

Si quien fallece es el mandatario, sus sucesores quedan igualmente obligados a continuar la gestión, hasta que el mandante nombre un nuevo representante o asuma directamente la gestión de sus asuntos. Igualmente pueden pedir al juez la fijación de un plazo para estos efectos y las reglas son aplicables en caso de interdicción.

Respecto al vencimiento del plazo, en nuestro código no existe una temporalidad definida, por lo que la duración del mandato es indefinida hasta que no se extinga por alguna de las causas señaladas y en todo caso, el plazo debe indicarse en el contrato. A pesar de que el plazo es una modalidad de las obligaciones que resulta necesariamente de la voluntad, en los códigos civiles de algunos estados se establece una temporalidad a los mandatos y poderes, que puede extenderse o suprimirse por voluntad de las partes, invirtiendo la regla que priva en el código del Distrito Federal. Este plazo legal es una medida de seguridad para ambas partes que debiera incorporarse en nuestro código.

7. LA REGULACIÓN PREVENTIVA DE LA PROPIA INCAPACIDAD

7.1 Justificación

El avance de las ciencias médicas ha permitido en los últimos años identificar una serie de trastornos degenerativos antes ignorados, predecir sus consecuencias y con cierta precisión, el tiempo en el que sus efectos se irán manifestando en la persona afectada, ocasionándole la pérdida de la capacidad de discernimiento e inclusive de toda conciencia. Esto implica que una persona es capaz de prever su propia incapacidad.

Sin embargo, a pesar de la preocupación o angustia que esto le genere, poco es lo que puede hacer para la protección de sí misma, de sus familiares y de su patrimonio, ya que los instrumentos jurídicos con que actualmente cuenta, han sido creados desconociendo esta realidad.

Actualmente la ley determina a qué personas les corresponde desempeñar la tutela: El cónyuge es tutor forzoso de su consorte incapaz y los hijos mayores de edad lo son de su padre o madre viudos. Contra estos llamamientos, nada puede hacer una persona, cuando conserva la capacidad de discernimiento y mucho menos cuando es declarado incapaz.

Por otro lado, el régimen de la tutela establece limitaciones y restricciones muy rigurosas a los tutores que están perfectamente justificadas para la protección de la persona y de los bienes del incapaz que nada pudo prever sobre el manejo de su patrimonio, pero que constituyen un obstáculo insalvable para aquellas personas que desean planear la gestión de sus bienes.

En efecto, es natural que una persona que ha administrado con éxito un patrimonio que le ha reportado ganancias no solo a él, sino a su familia e inclusive a la sociedad desee asegurar la conservación del mismo y de ser posible que siga incrementándose, sin que su propia incapacidad sea obstáculo para ello.

En la actualidad, es comúnmente aceptado tanto en la doctrina como en la legislación de otros países, que una persona pueda nombrar a quien ejercerá la tutela sobre ella, al sobrevenirle alguna incapacidad, que el tutor así nombrado pueda tomar decisiones de carácter personal o patrimonial, de acuerdo con las instrucciones recibidas e incluso al faltar estas, o bien que pueda llevar a cabo actos jurídicos que normalmente le están vedados a los administradores de bienes ajenos.

En nuestro Código Civil no existen disposiciones expresas al respecto. Por ello, en el presente capítulo se proponen una serie de modificaciones legislativas para dar solución a la problemática expuesta, pero no a través de la tutela, como se ha tratado de implementar, sino a través de la representación voluntaria, concretamente por vía del mandato.

7.2 Concepto y contenido

La expresión “disposiciones para la propia incapacidad” es sumamente extensa. En ella quedan comprendidas las instrucciones que una persona dicta a uno o varios sujetos para el cuidado de su persona, para el cumplimiento de sus obligaciones y para el ejercicio de sus derechos, a partir de que es declarado incapaz.

Abarca tanto el nombramiento del propio representante, como el otorgamiento de mandatos a su favor o a favor de terceras personas, para que lleven a cabo actos determinados de administración o de dominio inclusive.

Incluye igualmente las instrucciones médicas para no recibir un determinado tratamiento o no prolongar su vida innecesariamente, lo que en algunos países, principalmente aquellos que adoptan el sistema jurídico anglosajón, es conocido como testamento vital o "living will" o el "Documento de Voluntades Anticipadas" del derecho español.

Sin embargo, el presente trabajo se limita al nombramiento de representante, a través del otorgamiento del llamado "mandato de autoprotección", sin hacer consideración alguna respecto a los tratamientos médicos, que además de la perspectiva jurídica debe tratarse como problema de salud pública.

7.3 Fundamentación dogmática.

Según la opinión generalizada de los autores que han realizado estudios sobre las disposiciones dictadas en previsión de la propia incapacidad, su fundamento reside en el principio de la autonomía de la voluntad. Este es un concepto desprendido del estudio de los límites de la libertad contractual, íntimamente ligados al principio de orden público.

Nuestro Código Civil señala que el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, según dispone el artículo 24, salvo las limitaciones que establece la ley.

Por su parte, el artículo 6 establece que "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden

renunciarse derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

En este sentido, nuestra legislación, heredera de la legislación francesa, reconoce el principio de autonomía de la voluntad, limitado por las cuestiones consideradas de orden o interés público. Conviene entonces precisar éstos conceptos.

Señala Lutzesco, respecto a la legislación francesa, que “el principio de la libertad contractual no puede ser discutido, aunque su consagración legal no esté explícitamente establecida por el Código.” La Constitución Francesa del 3 de septiembre de 1791, formulada a raíz del triunfo de la revolución política, económica y social acaecida en ese país y que sirvió de base no sólo al Código Napoleón, sino a todas las legislaciones liberales, incluida la nuestra, señaló que “la Ley sólo tiene derecho de prohibir las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede impedirse, y nadie puede ser constreñido a hacer lo que no ordena.”¹¹³

De la consagración de la libertad contractual, los estudiosos del siglo XIX desprendieron el concepto de la autonomía de la voluntad y de las leyes imperativas, frente a las interpretativas. Estos postulados fueron los apogemas de la escuela clásica, creadora de la teoría subjetiva de la ley.

Según esta escuela, el estado es garante de la libertad del individuo, ya que éste es el fin supremo de la colectividad. Así, de manera residual se establecen ciertas normas que no pueden ser derogadas por los particulares, ya que de su observancia depende la creación y el mantenimiento del estado, tutelar de dicha libertad. Estas son las normas de carácter imperativo. Fuera de ese esquema perfectamente acotado, las leyes son solamente supletorias de la voluntad individual, y por tanto, pueden ser derogadas por ella.

¹¹³ LUTZESCO, loc. cit

Puede advertirse que según la teoría clásica, el concepto de orden público equivale al de las leyes imperativas. Para determinar el carácter imperativo de una ley, dentro de esta escuela existen tres criterios:

1.- La noción de ley imperativa y de orden público está definida por el objeto o el fin de la ley. Si ésta regula relaciones entre dos individuos, predominará el interés privado. Si las relaciones ponen frente a frente el interés individual con el colectivo, éste debe prevalecer, siendo en consecuencia de orden público. Respecto al fin, si la ley ha querido proteger el interés privado, tendrá el carácter de supletoria o interpretativa; si se refiere al fin de la colectividad, tendrá el carácter de imperativa o de orden público.

2.- Para determinar si una norma es de orden público debe recurrirse a la voluntad individual. Si una norma está fundada en la voluntad presunta, entonces es de carácter interpretativo. Si está fundada en un interés superior, no admite derogación y es de carácter imperativo.

3.- Las normas imperativas de orden público son las que se refieren a los derechos que no pueden apreciarse en dinero; las de contenido patrimonial serán meramente interpretativas.

Contra estas ideas, algunos publicistas, entre los que destaca León Dugit, formularon la teoría objetiva de la ley o teoría sociológica, que parte del principio de que el fin supremo del Estado no es el individuo, sino la colectividad. Frente al principio de la autonomía de la voluntad está el principio de la regla de derecho. Es decir, donde la voluntad actuaba frente a un aparente vacío legal, en realidad existe una regla de derecho que refleja los principios jurídicos de todo el ente social. Así las cosas, si un negocio jurídico debe ser reconocido no es por el efecto

fecundo y creador de la voluntad individual, donde nada existe, sino por la existencia de una norma o regla de derecho que así lo ordena.

La teoría objetiva al tratar de establecer los límites de la libertad contractual utiliza conceptos similares a los de la teoría clásica: ante el concepto de ley imperativa, responde con el de “norma social”; frente al de ley interpretativa, postula el de “norma constructiva”, pero sus definiciones son muy parecidas. Según Duguit¹¹⁴, las leyes de orden público son las que determina lo siguiente:

- a) La extensión del poder jurídico del individuo en la sociedad, es decir, a su estado y capacidad.
- b) El poder del individuo en la familia, o sea, sobre el estatuto familiar.
- c) El respeto y ejercicio de la propiedad privada
- d) Respeto de la voluntad contractual y a los efectos que puede producir

Fuera de estas normas, que tienen el carácter de normas sociales, todas las demás son constructivas, susceptibles de modificarse por la voluntad del individuo.

Por lo antes expuesto puede sostenerse que la libertad contractual por la cual una persona puede realizar todos aquellos actos que no le estén vedados, tiene como límite las disposiciones legales consideradas de orden público, en virtud de los intereses que tutelan y cuya inobservancia ponen en grave riesgo las instituciones sociales, como son la familia o el estado mismo. Sin embargo esta prohibición no puede ser arbitraria y es necesario un trabajo efectivo de política jurídica para establecer si una derogación a una norma señalada por la autoridad como imperativa o de orden público en efecto pone el peligro las instituciones que tutela.

Las disposiciones del estado civil y la capacidad de las personas son de orden público. La razón para volverlas inderogables obedece a que ninguna persona se vea privada de tal capacidad o se le restrinja el ejercicio de sus derechos. Sin

¹¹⁴ LUTZESCO, op. cit., p. 45

embargo, la ley debe ser general para asegurar la mayor seguridad jurídica posible, aun cuando en ocasiones por esa generalidad se vuelva tan rigorista que parezca consagrar una injusticia.

Por otro lado, al considerar la figura de la tutela como parte del derecho familiar, se confirma el carácter de orden público de las disposiciones que la rigen, como se desprende del artículo 138 Ter del Código Civil, que a la letra dice: "Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad."

A pesar de estos obstáculos legales, como se señaló, no existen razones de peso para impedir que una persona designe a su propio representante, ya que como lo señala el maestro Villoro Toranzo, citado por Carlos Rendón, El derecho es "un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por consideradas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica"¹¹⁵

Por las razones anteriores y toda vez que las disposiciones en materia de tutela son de orden público y por ende inderogables por la voluntad de los particulares, es que conviene abarcar el problema de las disposiciones para la propia incapacidad a través de la figura de la representación voluntaria. Esto es así, ya que en esta materia la voluntad del interesado debe desarrollarse con la mayor libertad posible, como acontece con el mandato y sólo por equivalencia, en lo no previsto por el otorgante, resultarían aplicables las disposiciones de la tutela.

Atacar el problema desde la tutela supone desvirtuar su naturaleza jurídica y haría prácticamente inoperante la voluntad del interesado, ya que no puede modificar el estatuto rígido que la ley establece.

¹¹⁵ La Tutela; Porrúa; México, 201; p. 139.

Por el contrario, la designación del propio representante a través del mandato no afecta de ninguna manera el orden público, por el contrario, lo robustece al otorgarle al interesado la tranquilidad de que sus negocios serán atendidos por la persona que él, más sabedor de sus propios asuntos que ningún otro, considera idónea.

7.4 Utilización de diversas figuras jurídicas vigentes en previsión de la incapacidad.

Ante el vacío legislativo y la realidad soslayada por la ley, ha sido necesario acudir a fórmulas e instrumentos planteados para otras finalidades con el objeto de lograr cierto grado de protección a la persona cuya incapacidad ha de sobrevenir.

7.4.1 El fideicomiso.

Una de las figuras más socorridas es el fideicomiso, en el que una persona que padece una enfermedad degenerativa, por la que presume será declarado incapaz, afecta uno, varios o todos sus bienes, principalmente inmuebles, con el objeto de que sean administrados por una institución fiduciaria y que a través de los poderes que esta otorgue, sean cobradas las rentas y depositadas dentro del fideicomiso. Con cargo al fondo fiduciario, se satisfacen las necesidades del incapaz y de su familia, de conformidad con las instrucciones de un comité técnico, integrado por las personas designadas por el fideicomitente y que funciona como una especie de órgano tutelar colegiado. Puede este comité, si está previsto en los fines del fideicomiso, instruir a la fiduciaria para que incluso enajene determinados bienes y destine el ingreso conforme a lo señalado por el fideicomitente.

En este tipo de fideicomisos, el fideicomisario en primer lugar es el incapaz, pero pueden establecerse fideicomisarios sustitutos a las personas que aquel desea le sucedan a su fallecimiento, estableciendo desde luego una planeación hereditaria. Así las cosas, la institución fiduciaria debe rendir cuentas a los fideicomisarios, siéndolo en primer lugar el propio incapaz. En este caso, las cuentas se rinden a su representante legal, es decir, al tutor, ya que este contrato no excluye la necesidad de su nombramiento. Debe rendir cuentas a los fideicomisarios sustitutos, sucesores del incapaz, y en su caso retransmitir los inmuebles afectados y los fondos fideicomitidos remanentes, extinguiendo el fideicomiso.

En este caso, la institución fiduciaria queda prácticamente exonerada de cualquier responsabilidad, ya que las decisiones se toman por el comité técnico, siempre y cuando haya sujetado su gestión a las instrucciones de dicho comité.

7.4.2 Donación con carga.

Puede celebrarse un contrato de donación de ciertos y determinados bienes, e inclusive de la totalidad de los bienes del donante, estableciendo a cargo del donatario un cúmulo de obligaciones (o gravámenes, como señala el artículo 2336) para con el donante, en el caso de que sea declarado incapaz. Quedará al arbitrio del donante determinar el cúmulo de obligaciones que deberá observar el donatario, con tal que no sean contrarias a la ley o a las buenas costumbres.

Entre estas obligaciones, estará naturalmente la de ministrarle alimentos, comprendiendo la comida, el vestido, la habitación, la atención médica, hospitalaria y en general lo necesario para lograr la habilitación, rehabilitación o la atención geriátrica, tal como lo dispone el artículo 308 del Código.

Puede reservarse el donante el usufructo vitalicio de sus bienes o solamente el derecho de uso o el de habitación.

Puede asimismo establecerse la donación a favor de los sucesores del eventual incapaz, anticipando la transmisión hereditaria, sin perjuicio de la conveniencia de que otorgue testamento por los bienes que adquiera con posterioridad o los que no hubiere donado. Con ello puede asegurarse la obligación alimentaria si los acreedores de ésta son además, como sucede en la mayoría de los casos, los sucesores naturales del donante, disminuyendo la posibilidad de que la donación sea reducida por inoficiosidad.

Esta figura no excluye el nombramiento del tutor, quien en todo caso estará obligado a exigir el cumplimiento de las cargas impuestas al donatario y a ejercer los derechos que se hubiera reservado el donante. Sin embargo puede presentar un problema de conflicto de intereses, ya que el cargo de tutor, que recae generalmente en alguno de los parientes más próximos del incapaz, puede coincidir con la persona de uno de los donatarios. Por otro lado, establecer la donación a favor de un tercero para evitar este posible conflicto, resulta injusto para con los sucesores, ya que a la muerte del donante el donatario conservará los bienes para sí, aún cuando pueda establecerse que subsista cierta carga respecto a dichos sucesores.

7.4.3 Renta vitalicia.

Este es un contrato de los llamados aleatorios, por el cual una persona transmite ciertos bienes a otra, que queda obligada a proporcionar una pensión al enajenante o a un tercero.

Opera en el caso concreto, de manera muy similar a la donación con carga, mediante la transmisión de bienes, con la salvedad de que quien los recibe y queda obligado al pago de la renta, cumple entregando una suma de dinero al representante legítimo del incapaz, sin tener que observar ninguna otra prestación

de hacer, como ocuparse de su cuidado y atención médica, lo que sí puede establecerse como carga en la donación.

7.4.4 Sociedades Civiles y Mercantiles.

Taiana y Llorens señalan que otra figura utilizable para estos efectos es la constitución de una sociedad civil o comercial¹¹⁶ en cuyos estatutos se establezca por una parte, que la incapacidad del interesado no sea causa de disolución, como acontece en nuestro derecho, en las sociedades anónimas, sin perjuicio de que los derechos corporativos sean ejercidos por un tutor. Por la otra, se encomienda la administración al incapaz eventual y a otra persona de su confianza. Una vez que la incapacidad se presente, el otro administrador quedaría como único representante de la sociedad y de los bienes que integran su patrimonio.

Pueden conferirse al administrador que se mantendrá en el desempeño del cargo, amplios poderes de administración, aún facultándolo para realizar actos de disposición a título oneroso. A pesar de que el administrador debe ser de la entera confianza del incapaz, puede reafirmarse la salvaguarda de sus derechos a través del órgano de administración, como el comisario de la sociedad anónima, inclusive encomendando el cargo a quien de acuerdo con la ley le correspondería el desempeño de la tutela.

A la muerte del incapaz, se liquida la sociedad. En ella pueden ser socios sus sucesores para garantizar la transmisión hereditaria. Debe tenerse en cuenta que en las sociedades civiles conforme a nuestra legislación, los administradores deben ser socios, no así en las mercantiles. Si es el caso de una sociedad civil, al administrador efectivo se le atribuye una participación en el capital para retribuirle su gestión, tanto en la distribución del remanente, mientras viva el incapaz, como en el momento de la liquidación.

¹¹⁶ Op. cit., p. 24

7.5 Tratamiento en el Derecho Extranjero.

A continuación se dan algunos ejemplos de países que han creado normas para acoger la elaboración de disposiciones en previsión de la propia incapacidad.

7.5.1 Canadá

El Código Civil de la provincia de Québec, de corte romano germánico, establece cuatro institutos para la protección del incapaz: (i) La curatela, equivalente a nuestro régimen tutelar general, donde el incapaz tiene una intervención nula; (ii) la tutela, en la que el incapaz conserva cierta autonomía y debe ser considerado en la medida de que sus aptitudes lo permitan, (iii) el consejero del mayor, que ejerce funciones de asistencia y asesoría, pero no de representación, en caso de debilitamiento parcial de las aptitudes físicas o de prodigalidad, y (iv) el mandato de autoprotección o "*mandat donnè en prévision de l'inaptitude du mandat*".

Los tres primeros regímenes son excluyentes entre sí, atendiendo al grado de la incapacidad de la persona sujeta a ellos. El régimen del mandato de autoprotección puede operar sin necesidad de estar ligado a alguno de los anteriores, dependiendo de la extensión del mandato. Si este es insuficiente, el juez deberá sujetar al incapaz del régimen que corresponda, pudiendo hacerlo inclusive a petición del mandatario. Mientras el mandato alcance, no habrá curador, tutor o consejero. Por ello, es necesario que el mandato sea homologado judicialmente, para discernir el cargo del mandatario, como si se tratara de un tutor.

7.5.2 Estados Unidos

En la mayoría de los estados integrantes de la Unión, están reconocidos el llamado testamento vital o *living will* y el mandato de autoprotección o *durable power of attorney*. Además existe una tercera figura con reglamentación especial, que es el fideicomiso o *living trust*.

El testamento vital en regulado como el acto jurídico unilateral otorgado por una persona capaz, en el que decide sobre la prolongación artificial de su vida y los tratamientos que desea o no recibir en el supuesto de que se vuelva incapaz. Hacia 1991, había sido reconocido por 42 estados.¹¹⁷

En el estado de Oregon, la *Death with Dignity Act* va más allá del simple testamento vital para evitar el ensañamiento terapéutico, dejando abierta la posibilidad para la controvertida eutanasia voluntaria activa. Dicha ley establece que "Un adulto capaz, residente en el Estado de Oregon, cuya enfermedad haya sido determinada terminal por su médico y un consultante y exprese voluntariamente su deseo de morir, puede hacer un escrito requiriendo medicación para el propósito de poner fina a su vida conforme a lo que establece la ley."¹¹⁸

El *durable power of attorney* ha sido consagrado en 50 estados de la Unión, como un régimen de excepción a la caducidad del mandato por incapacidad, con tal de que la previsión de que surtirá efectos a partir de la incapacidad sea expresa. Puede comprender la encomienda de cuestiones personales o de salud (*health care proxy*), de familia y patrimoniales.

El *living trust* funciona de una manera similar a la señalada con anterioridad (supra 7.4.1), pero cuenta con una reglamentación específica. Una persona o un matrimonio, inclusive, transfieren su patrimonio o una parte de él, en el momento de la constitución del fideicomiso, con posterioridad o sujeta a condición, para la

¹¹⁷ TAIANA y LLORENS, op. cit., p. 52

¹¹⁸ HURTADO OLIVER, Xavier; op. cit., p. 163

atención de sus necesidades y las de sus familiares una vez que caen en estado de incapacidad.

7.5.3 Alemania

En este país existen dos instrumentos sobre esta materia: el poder de previsión de asistencia para la vejez (*altersvorsorgevollmacht*) y la disposición de asistencia. El primero de ellos es similar a la figura prevista en el código de Québec, en el sentido de que si es lo suficientemente amplio, hace innecesario el nombramiento de curador (o tutor conforme a nuestra legislación). Debe ser otorgado por persona capaz en instrumento auténtico, en el que el notario haga constar precisamente que al momento del otorgamiento el interesado gozaba del pleno uso de sus facultades.

La disposición de asistencia es la declaración por medio de la cual se hace el nombramiento del propio curador. Puede hacerse no solamente cuando el interesado es capaz, sino aún después, ante el juez que conozca del procedimiento, con tal de que la designación no sea considerada perjudicial. Su formalización puede hacerse por cualquier medio y no únicamente mediante instrumento público.

En el campo de la doctrina, se ha aceptado la validez del *patientestament*, equivalente al testamento vital, bajo el principio de que la voluntad del paciente capaz tiene primacía sobre el deber de asistencia y cuidado médico. Esta figura no ha sido reglamentada en Código Civil alemán ni reconocida por la Corte.¹¹⁹

7.5.4 Japón

¹¹⁹ TAIANA y LLORENS, op. cit., p. 56

En el Japón existen dos instrumentos al respecto. Uno estrictamente patrimonial, que es el fideicomiso o *trust* y otro de naturaleza personal, relativo a la prolongación de la vida. Este segundo instrumento puede operar de manera unilateral mediante una declaración (*unilateral declaration of refusal of simple life prolongation measures*), o a través de un contrato de mandato (*contract of death with dignity*).

El fideicomiso y la declaración unilateral son muy similares a los instrumentos existentes en los Estados Unidos. Respecto al contrato para la muerte con dignidad, puede señalarse que se celebra entre el interesado por una parte y sus familiares, sean esposa o hijos, por la otra, quienes prometen al primero hacerle conocer su voluntad al médico respecto a los tratamientos que desea o no recibir y sobre la prolongación innecesaria, a juicio del otorgante, de su vida.

7.5.5 Inglaterra

En Inglaterra se admiten en primer lugar las disposiciones respecto a los tratamientos médicos, estableciendo responsabilidad penal para el médico que conociéndolas, las desacate. Además existe la posibilidad de la continuidad del mandato, llamado *continuing power of attorney*, el cual puede abarcar cuestiones personales, familiares y patrimoniales, sin limitación alguna. Finalmente existe la posibilidad de la designación del propio tutor, llamado en ese sistema *manager*, y de determinar los límites y alcances de sus facultades.

7.6 Tentativas legislativas en el Distrito Federal: La reforma del 17 de enero de 2002 al Código Civil.

Por Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de la fecha señalada, la Asamblea Legislativa modificó el Código Civil de dicha entidad

reformando y adicionando diversos artículos, entre los que destaca el 475 bis, que a la letra dice:

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 testamentos anteriores. Dicho tutor entrará en su encargo en cualquiera de los siguientes casos:

- a) La muerte del ascendiente,*
- b) Discapacidad mental del ascendiente, o*
- c) Debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente.*

Antes de la reforma, si quien ejerce la patria potestad o la tutela caía en estado de incapacidad, aún habiendo tomado la precaución de otorgar testamento para nombrar tutor, los menores o incapaces bajo su guarda quedaban sujetos a la patria potestad de ascendientes de ulterior grado, en el caso de los primeros, si los había, o a la tutela legítima o dativa, y mientras no se verificara el fallecimiento del ascendiente o tutor incapaz, el testamento no podía surtir efectos, quedando en suspenso hasta ese momento el ejercicio de la tutela testamentaria.

De esta manera pareciera que el artículo en comento anticipa los efectos del testamento respecto al nombramiento del tutor testamentario. Como una derogación a la regla general, el testamento surtiría efectos extraordinarios en vida del testador. Tal como está redactada, la disposición sugiere que el nombramiento debe hacerse precisamente en testamento, primero, por estar inserta en el

capítulo de la tutela testamentaria y segundo, por el señalamiento de que la designación del tutor prevalecerá a cualquier otra realizada en testamentos anteriores.

Poco importa si se trata o no de un testamento, respecto a las críticas ya señaladas en el sentido de la aberración de llamar a las disposiciones de voluntades anticipadas "testamentos vitales". Como quedó señalado, se trata de un testimonio de la voluntad para el caso de no poder manifestarla en el futuro. Finalmente es un acto jurídico unilateral, destinado a surtir efectos ya en el caso de la muerte, ya en el caso de incapacidad o debilitamiento físico.

Pero la calificación de testamento cobra relevancia respecto a la forma del otorgamiento. Si en efecto se trata de un testamento, podría otorgarse en cualquiera de las formas ordinarias o especiales señaladas por la ley y no sólo ante notario, como en el caso del testamento público abierto. Y en el caso de que se otorgue ante notario, éste deberá dar el aviso al Archivo General de Notarías. Sin embargo, ¿quedaría el juez obligado a solicitar informes a esa dependencia o al archivo judicial en los juicios de interdicción para saber si existe disposición para un incapaz o éste dejó disposición para los menores o incapaces que están bajo su guarda? o ¿Debería el Archivo General de Notarías llevar un registro de avisos de testamento que estrictamente no son testamentos?. Estas reflexiones evidencian el descuido con el que se realizó la reforma. En lugar de reconocer las disposiciones en general para la incapacidad sobrevinida y reglamentarlas como una figura especial, con formalidades especiales, se limitó a reconocer una de sus múltiples manifestaciones, asimilándola a los testamentos.

Queda además la duda de si se trata de un acto específico, limitado al nombramiento del tutor, o si por el contrario, es un testamento completo, que puede contener todas las disposiciones propias de éstos, como nombramientos de herederos y albaceas, establecimiento de legados, etcétera. La postura correcta

es considerarlo un acto específico, limitado al nombramiento de tutor y curador, una verdadera disposición dictada en previsión de la propia incapacidad.

Respecto a las causas que lo actualizan, las dos primeras no generan mayor comentario. Acaso la mención de la muerte es ociosa, por ser de la naturaleza del testamento surtir efectos a partir de ella. La discapacidad mental del ascendiente debe ser reconocida por un juez a través del procedimiento de interdicción. La tercera causa, debilitamiento físico, merece un par de comentarios.

Señala el artículo analizado que en el caso de debilitamiento físico surte efectos el nombramiento de tutor, con el consentimiento del otorgante. Pareciera que cuando el que ejerce la patria potestad o la tutela es abatido por la edad o por alguna enfermedad que precisamente le causa debilitamiento físico, puede sin más, renunciar a la patria potestad o a la tutela, entregando la responsabilidad a la persona a quien designó en su disposición. Esto no es así. La tutela (señala el artículo 452), es un cargo de interés público del que nadie puede excusarse sino por causa legítima. La patria potestad, como por su parte dispone el artículo 448, no es renunciable. Para ambas figuras existen excusas. De la patria potestad pueden excusarse quienes tengan 60 años cumplidos y quienes por su mal estado habitual de salud no pueden atender debidamente a su desempeño; lo mismo sucede respecto a la tutela.

Así las cosas, en el caso de debilitamiento físico, no basta el consentimiento del ascendiente, no puede hacerse el relevo del cargo de manera privada. Será necesario acudir al juez y hacer valer la excusa. Si el juez al calificarla la acepta, entrará en el cargo el designado.

7.7 Instrumentación de las disposiciones en previsión de la propia incapacidad a través del nombramiento de representante y propuesta de reformas legislativas.

7.7.1 Ideas generales

La instrumentación de las previsiones dictadas para la propia incapacidad debe hacerse con la mayor reflexión y prudencia, por estar destinadas a surtir efectos en el momento en que una persona será declarada incapaz y en consecuencia, nada podrá hacer para revocarlas. Deben también tomarse todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la voluntad de quien las formuló, no solo respecto a su otorgamiento, sino también respecto a su revocación.

Es necesario tenerse en cuenta que se está en presencia de una voluntad que se observará en el momento en que no puede ser modificada, como acontece con el testamento. En este sentido, bien puede equipararse a ese acto jurídico, si tomamos en consideración que la palabra testamento toma su origen de las voces latinas *testatio mentis*: testimonio de la voluntad.¹²⁰

Como se señaló con anterioridad, este trabajo se limita al nombramiento de representante a través del mandato, como medio de solución al problema de la incapacidad sobrevenida, en oposición a la solución consistente al nombramiento del propio tutor.

Debe tenerse en cuenta que la naturaleza jurídica de la representación en el caso de la propia incapacidad es diferente a la que tiene la tutela, ya que esta es una forma de representación legal, mientras que aquella es una forma de representación voluntaria. El representante nombrado así no es un tutor propiamente dicho y esta no es una mera cuestión de términos. Si se admite que

¹²⁰ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario: "Instituciones de Derecho Civil"; Tomo V: Derecho Sucesorio; Porrúa; México, 1990; p. 28

el representante que nombra para sí el eventual incapaz se rige bajo las normas de la representación voluntaria, será la voluntad del incapaz la que prevalezca sobre la ley y las normas en materia de tutela sólo se aplican supletoriamente a falta de disposición expresa del ahora incapaz. De esta manera, el otorgante de la disposición puede, como lo haría con cualquier apoderado, señalar los actos jurídicos que desea se lleven a cabo, la forma de administrar sus bienes, convenir la remuneración y en general dictar cuantas directrices estime convenientes.

No obstante, algunas de las figuras propias de la tutela que han probado su eficacia pueden aplicarse por equivalencia a la representación así planteada, tales como la figura del curador, que también puede ser nombrado por el eventual incapaz, la intervención judicial, la rendición de cuentas y la entrega de los bienes. Se emplearían así por extensión, los elementos de protección de la institución de la tutela, a una figura de representación voluntaria.

7.7.2 El mandato de autoprotección

La posición jurídica del tutor está claramente definida por el cúmulo de facultades, deberes y restricciones que establece el Código. Es éste quien establece los límites de su administración, bajo el aforismo de que “la ley piensa por el incapaz”, sin que pueda él hacer nada para modificarlos, limitándose a expresar su opinión o ser oído para los actos más importantes de la administración, si es mayor de dieciséis años y goza de discernimiento. Así las cosas, no puede el tutor sino sujetarse a las instrucciones implícitas de la ley.

Sin embargo, debe considerarse que una persona mientras tiene capacidad plena, puede modificar el estatus rígido de quien será su representante al sobrevenirle la incapacidad, es decir, determinar qué actos jurídicos, que en principio le estarían vedados al tutor, puede realizar, cómo debe administrar sus bienes y destinar el

importe de sus rentas, e inclusive de cuales puede disponer para solventar sus necesidades y las de su familia.

En nuestro sistema legal, el mandato que otorga una persona se extingue si es declarado en estado de interdicción, cesando la posibilidad del mandatario de continuar en la gestión del patrimonio ajeno, aún cuando el mandato se haya constituido en interés exclusivo del mandante.

La rigidez del sistema tutelar está plenamente justificada en la mayoría de los casos, cuando la incapacidad no puede ser prevista, pero en caso contrario, no existe razón para impedirle a una persona capaz modificarlo, facultando al representante para realizar inclusive ciertos actos de dominio. No obstante, la rigidez del principio de la extinción de los poderes otorgados por una persona cuando le sobreviene una incapacidad es un obstáculo prácticamente insalvable. Por esta razón, en algunos países se ha implementado la figura del mandato de autoprotección.

El mandato de autoprotección es el otorgado por una persona en previsión de su incapacidad, a favor del representante, para modificar el régimen legal de la tutela, encomendándole la realización de actos jurídicos que de otra manera no podría realizar, quedando sujeto a la condición suspensiva de que el otorgante sea declarado por sentencia firme en estado de interdicción

Se trata necesariamente de un mandato representativo, de carácter especial y circunstanciado. Como se trata de un acto jurídico que surtirá efectos una vez que el mandante sea declarado incapaz, es irrevocable por éste en ese momento, a menos de que cese el estado de interdicción y haya una sentencia que así lo declare, en cuyo caso el mandato quedará extinguido. Sin embargo, puede ser revocado por el juez, a petición de parte interesada, como son el tutor, el curador, el ministerio público o los parientes a quienes la ley concede el derecho a heredar,

si media causa justa que amenace comprometer el patrimonio del incapaz. Naturalmente mientras el otorgante no sea declarado incapaz podrá revocarlo sin ningún problema.

Los mandatos otorgados en el Distrito Federal, por regla general son de duración indefinida, hasta en tanto no se presente alguna causa de terminación o no se le haya sujetado a un plazo. No obstante, esta regla no puede aceptarse para el mandato del incapaz, cuya vigencia debe condicionarse a la buena actuación del representante, es decir, para que continúe el mandato, es indispensable que el representante haya obtenido la aprobación de las cuentas de su actuación. De esta manera, el mandato de autoprotección tiene una vigencia anual, prorrogable si la gestión del representante ha sido satisfactoria, o autoextingible, si no presenta las cuentas al tutor, o si presentando aquellas no son aprobadas.

Con esto queda superada la crítica de que lo propio en la relación entre mandante y mandatario es que el mandante reciba las cuentas del mandatario, lo que es imposible en el caso de que éste sea incapaz. Con la intervención del tutor se salvaguarda la obligación del representante de actuar siempre en pro de los intereses del incapaz.

Los elementos de existencia y validez del mandato, consecuencias, modos de terminación, etcétera, ya han sido expuestos en el capítulo precedente.

Sin embargo, respecto a la capacidad como elemento de validez cabe hacer una excepción a la regla general. Si el mayor de dieciséis años puede, además de otorgar testamento hacer la designación del tutor dativo, puede nombrar un representante en previsión a su propia incapacidad.

Por lo que hace a la forma es necesario considerar que siendo un acto que surtirá efectos en el momento en que una persona ya no podrá manifestar su voluntad,

debe constar en instrumento público, otorgado ante notario, de una manera muy similar a la que corresponde a los testamentos. Como ya se indicó, se puede, al menos etimológicamente, considerar un testamento, un testimonio de la voluntad. Bastaría con la comparecencia del interesado ante notario a formular una declaración, esencialmente revocable, en la que señale en qué persona desea que recaiga la representación.

La revocación deberá otorgarse igualmente ante notario. No es posible hacer las revocaciones por otro medio, como se ha propuesto, inclusive de manera oral, aduciendo que deben preservarse en todo momento los intereses del autor. Acontecería precisamente lo contrario, permitiendo una revocación en forma distinta a la del otorgamiento. En primer lugar, sería muy difícil probarla, en segundo lugar, se deja al juez en un estado de incertidumbre absoluta, al pretender que desconozca un instrumento público frente al dicho de una o varias personas. En contra de toda certeza jurídica, sería lamentable que el dicho de testigos que obran de mala fe, pretendan desvirtuar los efectos del instrumento otorgado por el ahora incapaz, cuando la designación sea contraria a sus intereses aduciendo una revocación que no se realizó. Lo que es indispensable es dejar testimonio fehaciente de la voluntad, lo que únicamente se logra a través del instrumento público. La persona que pretenda otorgar este tipo de actos, debe ser advertido por el Notario que hasta en tanto no se revoque mediante diverso instrumento público la designación, esta será tenida en cuenta por el juez. Supone este instrumento una reflexión seria y fundada que no puede otorgarse caprichosamente, lo que se logra precisamente gracias a la función notarial de asesoría e información de los instrumentos que redacta el notario para hacer constar los actos pasado ante su fe.

Ahora bien, contrario a lo que sucedió en el testamento, la revocación de la designación del representante puede hacerse en términos llanos, sin necesidad de nombrar uno nuevo, en cuyo caso, el interesado quedará sujeto a la tutela.

Para asegurar el cumplimiento de la voluntad del interesado, es menester instrumentar un registro similar al que existe en materia de disposiciones testamentarias. En la actualidad, existe un registro de tutelas, donde se inscriben los discernimientos de los cargos, encomendado a los Consejos Locales de Tutelas. Puede establecerse en ese mismo registro, una sección especial donde se anoten las designaciones del propio representante. Para tal efecto, el notario ante quien se haga la designación, deberá remitir en un plazo perentorio un aviso al registro informando el nombre y demás generales del otorgante, el número y fecha del instrumento y el nombre del tutor. Igualmente deberá notificar las revocaciones. Para determinar la institución encargada de llevar el registro deben observarse cuestiones materiales y técnicas, mas que jurídicas. Lo importante es asegurar su funcionamiento óptimo en el manejo de la información.

Por otro lado, no existe razón para guardar reserva de quien es el representante, como acontece en los testamentos respecto a los herederos: el testamento crea una expectativa de derechos, la designación no, ya que la retribución no es la parte medular de la función tutelar, que no deja de ser un cargo movido por actitudes de solidaridad, no por intereses económicos.

En el procedimiento de interdicción, el juez deberá solicitar informes al registro de tutelas para conocer si existe disposición o si la que le es presentada por el promoverte, en su caso, es la última otorgada por la persona de cuya interdicción se trata.

7.7.3 Modificaciones legislativas

Para implementar las propuestas anteriores, resulta necesario modificar el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

7.7.3.1 Código Civil para el Distrito Federal

“Artículo 452 bis.- Toda persona mayor de dieciséis años puede mediante escritura pública, designar a la persona que habrá de representarla en determinados actos jurídicos para el caso de que sea declarada incapaz y facultarla para llevar a cabo los actos de administración y de dominio que estime pertinentes, en los términos del artículo 2561 bis.

“El representante se sujetará a las instrucciones del mandante y a falta de ellas, a las disposiciones aplicables a la tutela, en todo caso, tendrá las mismas obligaciones que los tutores.

“El nombramiento de representante hecho en los términos de los párrafos anteriores no libera al que lo haga de tener un tutor y un curador, que podrán ser nombrado por el propio otorgante o en su defecto, por el juez de conformidad con las disposiciones de este título. Igualmente podrá nombrar sustitutos, ya sea del representante o del tutor y del curador.”

“Los nombramientos hechos en los términos anteriores, excluyen a las personas llamadas por la ley al desempeño de la tutela y la curatela.”

El artículo anterior contiene una disposición de excepción, al señalar que las personas que otorguen disposición para la propia incapacidad no sólo estén sujetos a la representación legal propia de la tutela, sino también a la representación voluntaria del mandato.

Asimismo se establece que el eventual incapaz puede facultar al representante para que lleve a cabo ciertos actos, de administración o de dominio, sin sujetarse a las rígidas disposiciones de la tutela. Sin embargo, a pesar de que el

representado pueda facultar al representante, no puede liberarlo de las obligaciones propias de su encargo, y por ello le son aplicables por equivalencia, las reglas de la tutela en esta materia, debiendo en consecuencia otorgar garantías, rendir cuentas, entregar los bienes, etcétera.

Dentro del título del mandato, es necesario adicionar un artículo 2561 bis, al final del capítulo primero, relativo a las disposiciones generales, con el siguiente texto:

“Artículo 2561 bis.- El que otorgue mandato para nombrar representante en previsión de su propia incapacidad, puede encomendarte la realización de toda clase de actos de administración e inclusive de dominio a título oneroso, sin sujetarse a las formalidades impuestas a los demás tutores.

“El mandato surtirá efectos en el momento en el que el otorgante sea declarado incapaz y quedará extinguido por sentencia definitiva, que ponga fin al estado de interdicción o en su caso resuelva la remoción del mandatario.

“Para la ejecución de los actos de dominio mencionados, se requerirá del consentimiento del tutor y del curador, quienes serán solidariamente responsable con el representante, de los daños y perjuicios causados al incapaz por tales actos.

“Igualmente puede fijar las cantidades que hayan de invertirse para la atención de sus necesidades y las de sus acreedores alimentarios y señalar para el representante y para el curador la retribución que estime conveniente, sin sujetarse a lo dispuesto por los artículos 586 y 630.”

Este artículo contiene una forma especial de mandato, conocido en la doctrina extranjera como “mandato de autoprotección” y tiene por objeto facultar al

representante para llevar a cabo actos que de ordinario podrían estar vedados al tutor o para los cuales se requeriría intervención judicial.

Se trata de un mandato especial, otorgado en escritura pública, sujeto a la condición suspensiva de que el otorgante sea declarado incapaz. Se extingue cuando cesa la incapacidad, siempre que el juez así lo declare, o por remoción del representante, por causa justificada, cuando a juicio del juez no haya obrado conforme a los intereses del mandante.

Asimismo es necesario establecer una norma de excepción a la regla de terminación del mandato por incapacidad del mandante, reformando la fracción IV del artículo 2596, para quedar como sigue:

Artículo 2595.- El mandato termina: (...)

IV. Por la interdicción del mandante, salvo que se haya otorgado en previsión de la propia incapacidad, en términos del artículo 2561 bis, o por la interdicción del mandatario.

7.7.3.2 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

También resulta necesario modificar el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en lo siguiente:

Artículo 904.- (...)

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes: (...)

III. Si del dictamen pericial resultare comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

a) Solicitar al Archivo General de Notarías, informe sobre si la persona de cuya interdicción se trata otorgó disposición para el nombramiento de representante para el caso de incapacidad o para la administración de su patrimonio.

b) Nombrar tutor o curador interinos, cargos que deberá recaer en la persona designada por el propio incapaz o en su defecto, en las siguientes, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlos (...)

V. Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia, en la cual si estuvieren conformes el Tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya declarado la interdicción, ésta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la Tutela, en los términos enunciados en el segundo párrafo del Artículo 462 del Código civil para el Distrito Federal, debiendo tomarse en cuenta las disposiciones que haya otorgado el incapaz sobre la administración de su patrimonio, que serán aprobadas por el juez, si no tiene causa legal para reprobadas.

8. CONCLUSIONES

Primera.- El concepto de persona es una concepción jurídica cuyo estudio se ha visto enriquecido a raíz del análisis de las personas morales. No obstante, está basado en principios metajurídicos, como la dignidad y la libertad, que el derecho no puede desconocer de manera arbitraria.

Segunda.- Las restricciones a la capacidad de ejercicio solamente pueden justificarse por razones de protección de la persona a quienes se les imponen o de aquellas personas con quienes tiene obligaciones derivadas de su estatus familiar.

Tercera.- Las normas relativas al estado civil y a la capacidad de las personas son de orden público, y por lo tanto, no pueden derogarse por la voluntad de los particulares.

Cuarta.- Las normas relativas a la tutela son de orden público porque tienen por objeto la protección del incapaz ante la circunstancia de desigualdad que enfrenta en la sociedad. No obstante, las restricciones que implican sólo se justifican en la medida en que esa protección es efectiva.

Quinta.- Cualquier disposición que incremente la protección del incapaz debe ser reconocida por el orden jurídico, ya que lejos de vulnerar el orden público contribuyen a su sostenimiento.

Sexta.- En tal virtud, no existe ninguna razón para impedirle a una persona nombrar para sí a quienes habrán de desempeñar los cargos de representante, sea interino o definitivo, de tutor o de curador. Inclusive, toda vez que tales disposiciones no atentan contra el orden público, deberían ser reconocidas, mediante interpretación analógica, sin necesidad de implementar una reforma legal.

Séptima.- Sin embargo, para preservar la técnica jurídica y toda vez que el concepto de orden público es dinámico y en ocasiones equívoco, es prudente ajustar los textos legales para evitar incertidumbre sobre la validez de tales disposiciones.

Octava.- En ejercicio de la libertad contractual reconocida por el derecho, puede una persona, mediante un proceso serio de reflexión y análisis, modificar el esquema al que están sujetos los tutores, encomendándole la realización de determinados actos jurídicos de administración y de disposición. Para lograr lo anterior, es necesario modificar el régimen de caducidad o extinción del mandato por causa de interdicción.

Novena.- El representante de una persona para el caso de su incapacidad no es propiamente un tutor, ya que esta figura corresponde a la representación legal y en el caso planteado se está en presencia de una representación voluntaria. De esta manera, el interesado puede establecer directrices al representante en los términos que más le convengan.

Décima.- Conforme al esquema planteado, las normas de la tutela sólo serían supletorias de la voluntad del eventual incapaz en lo que ésta fuera omisa y sólo respecto al representante. No obstante, subsiste el régimen general de la tutela, ya que el mandatario sólo es un representante complementario para realizar los actos expresamente encomendados, pero el incapaz debe seguir sujeto a la tutela para la atención del resto de sus derechos y obligaciones.

Undécima.- La intervención notarial garantiza la asesoría debida a los otorgantes de las disposiciones en previsión de su propia incapacidad y la conservación del documento en el que consten, para que la voluntad del interesado pueda ser probada y respetada.

Duodécima.- De adoptarse el sistema propuesto, en lugar de la opción de la llamada “autotutela”, la reforma legislativa al Código Civil se reduciría a reconocer la complementariedad de las disposiciones dictadas por el eventual incapaz, junto con las normas de la tutela y a establecer una excepción a la incapacidad como modo de terminar el mandato.

BIBLIOGRAFÍA.

- ABBAGNANO, Nicolás: "Diccionario de Filosofía"; 3ª edición; Fondo de Cultura Económica; México, 1998.
- ARAMBURO, Mariano; "La Capacidad Civil"; 2ª edición; Editorial Reus; Madrid, 1931.
- ARCE Y CERVANTES, José: "De las Sucesiones"; 4ª edición; Editorial Porrúa, México, 1996.
- ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel: "Sucesiones"; McGraw Hill; México, 1996.
- BATIZA, Rodolfo: "Las Fuentes del Código Civil de 1928"; Editorial Porrúa; México, 1979.
- BIGLIAZZI, BRECCIA, BUSNELLY y NATOLI: "Derecho Civil", traducción de Fernando Henestrosa; Universidad Externado de Colombia, 1992
- BRENA SESMA, Ingrid: "Intervención del Estado en la Tutela de Menores"; UNAM; México, 1994.
- BORJA SORIANO, Manuel: "Teoría General de las Obligaciones"; 13ª edición; México, 2001.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto: "El proceso Civil en México", 5ª edición, Porrúa, México, 2002.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: "Derecho Civil Español, Común y Foral", Tomo V (Derecho de Familia); 10 edición; Editorial Reus; Madrid, 1995.
- CIFUENTES, Santos: "Juicio de Insania y otros procedimientos sobre la capacidad"; Ed. Hammurabi; Buenos Aires, 1990.
- COPLESTON, Frederick: "Historia de la Filosofía", Volumen 6; Editorial Ariel, México, 1988.
- DIEZ – PICAZO, Luis: "La Representación en el Derecho Privado"; Editorial Cívitas; Madrid, 1979.
- _____ y GUILLÓN, Antonio: "Instituciones de Derecho Civil", volumen II/2 (Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones); 2ª edición; Editorial Tecnos; Madrid, 1998.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo: "Derecho Civil" Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez; Editorial Porrúa; México, 1994.

ENNECCERUS: "Tratado de Derecho Civil", tomo I; Editorial Bosch; Madrid, 1953.

FLORES GARCÍA, Fernando: "Ensayos Jurídicos"; 2ª edición; UNAM; México, 1998.

GALINDO GARFIAS, Ignacio: "Derecho Civil"; 22ª edición; Editorial Porrúa; México, 2003.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo: "Introducción al Estudio del Derecho"; 56ª edición; Editorial Porrúa; México, 2004.

GASTALDI, José María: "Contratos", volumen II; Abeledo Perrot; Buenos Aires, 1994.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto: "El Patrimonio"; 7ª edición; Porrúa; México, 2002.

HURTADO OLIVER, Xavier: "Derecho a la Vida ¿Y a la Muerte?"; 2ª edición; Editorial Porrúa; México, 2000.

IBARROLA, Antonio de: "Cosas y sucesiones"; 7ª edición; Editorial Porrúa; México, 1999.

_____ "Derecho de Familia"; 4ª edición; Editorial Porrúa; México, 1993.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros: "Elementos de Derecho Civil", tomo I, volumen segundo; 2ª edición; Editorial Dykinson; Madrid, 2000.

LUTZESCO, Georges: "Teoría y Práctica de las Nulidades"; 10ª ed; Porrúa; México, 2002.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario: "Instituciones de Derecho Civil", Tomo II, Atributos de la Personalidad; 2ª edición; Editorial Porrúa, México, 1990.

_____ : "Instituciones de Derecho Civil", Tomo V, Derecho Sucesorio; Editorial Porrúa, México, 1990.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto: "La persona en el Derecho Civil mexicano"; 2ª edición; Editorial Panorama; México, 1991.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo: "Representación, poder y mandato, prestación de servicios profesionales y su ética"; 11ª edición; Editorial Porrúa; México, 2001.

PETIT, Eugene: "Derecho Romano"; Traducción de José Fernández González; 17ª edición; Editorial Porrúa; México, 2001.

PINA VARA, Rafael de: "Derecho Civil Mexicano", Volumen I (Introducción – Personas – Familia); 22ª edición; Editorial Porrúa; México, 2002.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: "Derecho Civil", traducción de Leonel Pereznieto y Castro; Editorial Pedagógica Americana; México, 1996

RECASÉNS SICHES, Luis: "Introducción al Estudio del Derecho"; 11ª edición; Editorial Porrúa; México, 1996.

_____ : "Tratado General de Filosofía del Derecho"; 10ª edición; Editorial Porrúa; México, 1991.

RENDÓN UGALDE, Carlos: "La Tutela"; Porrúa; México, 2001,

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, Jesús: "Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA", Tomo I; CNDH; México, 1994

ROJINA VILLEGAS, Rafael: "Derecho Civil Mexicano", tomo I: Introducción y personas; 10ª edición; Editorial Porrúa; México, 2001.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón: "De los Contratos Civiles"; 14ª edición; Editorial Porrúa; México, 1995.

SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando: "Incapacitación y Tuición"; Editorial Tecnos; Madrid, 1986.

TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y LLORENS, Luis Rogelio: "Disposiciones y Estipulaciones para la Propia Incapacidad"; Editorial Astrea; Buenos Aires, 1996.

TOBIÁS, José W: "La inhabilitación en el derecho civil"; 2ª edición; Editorial Astrea; Buenos Aires, 1992.

TRABUCCHI, Alberto: "Instituciones de Derecho Civil", tomo I; traducción de Luis Martínez Calcerrada; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid, 1967.

ZAMORA Y VALENCIA: "Contratos Civiles"; 9ª edición; Editorial Porrúa; México, 2002.