

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO**

“LA PRÓRROGA DE LA PATRIA POTESTAD EN LOS INCAPACES”

**TESIS PROFESIONAL**  
**PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE LICENCIADO EN**  
**DERECHO QUE PRESENTA**

**VALERIA CÓRDOVA MARTÍNEZ**

**ASESOR: LIC. ÁNGEL GILBERTO ADAME LÓPEZ**

**CIUDAD UNIVERSITARIA, MÉXICO D.F.**  
**2006**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

#### CAPITULO PRIMERO

##### LA PATRIA POTESTAD EN EL DISTRITO FEDERAL

1.1.- La Patria Potestad Concepto.....	1
1.2. Conceptos Relacionados con la Patria Potestad:.....	6
1.2.1 Concepto Jurídico de Persona.....	6
1.2.2 Persona Física.....	11
1.2.3 Persona Moral.....	14
1.2.4 Capacidad de Goce y Capacidad de Ejercicio.....	16
1.2.5 Incapacidad de los menores de edad.....	18
1.2.6 Menores Emancipados.....	19
1.2.7 Incapacidad de los mayores de edad.....	19
1.2.8 La Interdicción y otros aspectos relevantes de la capacidad de las personas .....	23
1.3. Efectos de la Patria Potestad con relación a las personas .....	38
1.3.1 Respecto a la Persona de los Hijos o Nietos (sujeto a la Patria Potestad.....	39
1.3.2 Respecto a la Persona de los Padres o Abuelos (Quienes la ejercen).....	40
1.4 Efectos de la Patria Potestad con relación a los Bienes.....	42
1.4.1 De la Administración y Usufructo de los Bienes.....	42
1.4.2 De las Garantías.....	43
1.4.3 Autorización Judicial.....	44
1.5 Extinción Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad.....	45

#### CAPITULO SEGUNDO

##### LA TUTELA EN EL DISTRITO FEDERAL

2.1 La Tutela.....	57
2.2 Distintos Tipos de Tutela.....	71
2.2.1 Legítima de los menores y de los mayores de edad incapacitados .....	73
2.2.2 Legítima de los menores abandonados y de los depositados en establecimientos de asistencia social.....	75

2.2.3 Testamentaria.....	76
2.2.4 Dativa.....	78
2.3 El Tutor.....	84
2.4 Desempeño de la Tutela y Garantías que deben prestar los tutores para asegurar su manejo.....	87
2.5 El Curador.....	92
2.6 De los Consejos de tutela y de los jueces de lo familiar.....	94

## CAPITULO TERCERO

### **PROPUESTA Y RAZONES PARA FUNDAMENTAR LA PRORROGA DE LA PATRIA POTESTAD**

3.1 Planteamiento del problema derivado de la atención indefinida de la persona y bienes de los incapacitados.....	99
3.2 Efectos Jurídicos que se producen.....	106
3.3 Comparación del texto del código civil vigente para el Distrito Federal y el texto que se propone.....	114
3.4 Justificación de la propuesta a la reforma del código civil vigente en el Distrito Federal.....	117
 CONCLUSIONES.....	 120
 BIBLIOGRAFÍA .....	 125

## **INTRODUCCIÓN**

Todas las personas somos diferentes y esta cualidad nos enriquece y nos motiva para dialogar e interactuar con nuestros semejantes.

Las personas con discapacidad deben ser consideradas como un ser integral, garantizándoles todos los derechos que otorga nuestra ley fundamental.

En la actualidad las estadísticas nos revelan que el número de personas con discapacidad va en aumento a nivel mundial, en razón del acrecentamiento de la esperanza de vida y que a menudo el cuerpo resiste mucho más que la mente.

La familia como pilar de la sociedad mexicana tiene respecto de sus miembros discapacitados un compromiso fundamental para su cuidado y por conseguir su rehabilitación para mejor inserción social.

Los niños con discapacidad tienen una ventaja respecto de los mayores de edad discapacitados que es el cuidado de sus padres, ya que conforme al actual marco jurídico mexicano, los menores de edad se encuentran bajo la patria potestad de sus ascendientes; sin embargo en algunos casos padecen deficiencias físicas o mentales, que perduran inclusive al llegar a la mayoría de edad.

Cuando una persona llega a la mayoría de edad con alguna de las incapacidades a que la ley se refiere como el estado de interdicción, se restringe su capacidad de ejercicio y por lo tanto no puede ejercitar sus derechos, ni cumplir sus obligaciones por sí mismo, sino a través de sus representantes, es decir en este caso se extingue la patria potestad y debe conferirse al incapacitado la tutela.

Considero que en la generalidad de los casos no hay persona más adecuada para el cuidado de cualquier persona y más aún para una persona discapacitada que sus padres, y, que si sus hijos discapacitados cumplen la mayoría de edad, no deben perder el beneficio que representa la patria potestad, la cual debería prorrogarse. En otros países esto opera, como lo vamos a estudiar más adelante.

Como ya lo mencione al incapaz mayor de edad debe conferírsele una tutela, la cual no necesariamente recae sobre un familiar y se ejercita por una sola persona. La tutela se otorga mediante una jurisdicción voluntaria que en la práctica es un procedimiento que puede tardar un tiempo considerable y es apreciado por las personas que han requerido de él como “desgastante”, física, emocional y económicamente. Por lo mismo las personas pocas veces lo promueven aunque sea lo correcto hacerlo.

En la elaboración de este trabajo he decidido limitar su estudio a ésta problemática, siendo su planteamiento el siguiente:

¿Es necesario conferir la tutela a los incapacitados que cumplen la mayoría de edad cuando sus padres desean y pueden seguir cuidando de ellos y de sus bienes?.

¿Puede haber alguna alternativa para no someter a una persona al juicio de interdicción que es necesario en nuestro derecho para conferir la tutela al incapaz, y sustituir ésta última por una figura jurídica más adecuada?.

Yo considero que a la primera pregunta debemos responder no y a la segunda sí, tomando en cuenta que otros sistemas jurídicos lo establecen y para demostrarlo he dividido este trabajo en tres capítulos como se explica a continuación.

El primer capítulo tiene por objeto establecer lo que debemos entender por patria potestad, que es la figura jurídica en la que basamos nuestro estudio y que se propone reformar en la legislación civil del Distrito Federal, la cual es consecuencia jurídica del parentesco, ejercida conjuntamente por los padres del menor, para ello menciono los conceptos que debemos manejar claramente y que se relacionan con ella, así como sus efectos en relación con las personas y los

bienes sobre los que puede recaer, y finalmente las maneras por las que se acaba.

El segundo capítulo tiene por intención estudiar y conocer la figura jurídica de la tutela, la cual en los casos que se requiere es una eficaz manera de conferir protección al incapaz, para que de manera correcta ejerza sus derechos y obligaciones, pero que en el caso que se plantea debe suplirse una vez satisfechos los requisitos que establezco para dar lugar a la prórroga de la patria potestad.

Estos dos capítulos servirán de base para analizar en el tercer y último capítulo, si es posible aceptar las premisas de la patria potestad prorrogada, y, aplicarlas a nuestro derecho.

Por lo tanto este último capítulo contiene la definición y estudio del concepto de *“la prórroga de la patria potestad”*; las razones por lo que considero conveniente adicionarla a nuestro derecho, así como la reforma al código civil vigente que estimo conveniente.

## CAPÍTULO PRIMERO

### LA PATRIA POTESTAD EN EL DISTRITO FEDERAL

#### 1.1 La Patria Potestad

La patria potestad es la facultad que ejercen los padres o abuelos (en su caso) sobre la persona y bienes de un menor de edad, a fin de protegerlos y formarlos de acuerdo a la moral y las buenas costumbres, hasta el momento en que cumple la mayoría de edad y en consecuencia pueda ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí solo.

Encontramos su definición en el latín *Patrius*, por lo relativo al padre y *potestas*, o potestad, palabra a la que actualmente el diccionario le da los significados siguientes: “dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre una cosa”.<sup>1</sup>

Planiol define a la patria potestad diciendo que es “el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres”.<sup>2</sup>

Por regla natural los hijos deben respeto a sus padres quienes establecen las normas de convivencia en el hogar a fin de educarlos conforme a las normas morales y sociales aceptadas por la generalidad.

Rafael de Pina, en su libro “Elementos de Derecho Civil Mexicano”, define a la patria potestad como “el conjunto de las facultades que suponen también

---

<sup>1</sup> Diccionario de la Lengua Española, editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 2003.

<sup>2</sup> PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, editorial Cajica Puebla México, 1980, p. 233.

deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y los bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria”.<sup>3</sup>

La evolución histórica de la patria potestad es notable y aun mas desde el punto de vista de la madre, en el derecho hebreo por ejemplo se decía que todos los deberes que son necesarios cumplir para con los hijos incumbían al padre, pero no a la madre. En Roma la patria potestad correspondía al padre de familia, quien la ejercía sobre todos sus descendientes; tanto sobre los individuos como sobre los bienes de la familia; el *pater familias* defendía los intereses de la familia y por ello gozaba de todos los derechos y beneficios que ofrecía el derecho romano. Destaca entonces, que en esa época la patria potestad era considerada como un poder absoluto, ejercido por el *pater familias*; hoy en cambio se considera a la patria potestad como una función social de quienes la ejercen, y que pueden ser de manera conjunta o indistinta, según el caso concreto el padre, la madre<sup>4</sup>, ambos o en su caso los abuelos por cualquiera de éstas dos líneas.

Por otro lado el derecho alemán le concede la patria potestad a la madre, pero sólo en el caso de que el padre haya fallecido, es decir, su facultad permanece oculta durante la vida del padre.

Otro punto de diferencia que resulta de la evolución de la patria potestad la encontramos en el derecho romano que la concebía, como una relación constante, vitalicia, que cesaba únicamente por la muerte, y de manera excepcional por voluntad del *pater familias*.

---

<sup>3</sup> DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, editorial Porrúa México, 1994, p. 290

<sup>4</sup> En la exposición de motivos del código civil de 1928, se hace notar la intención del legislador de equiparar legalmente al hombre y a la mujer, dotando a esta última de facultades que antes únicamente ejercía el varón, en razón de su sexo; como es el caso de la Patria Potestad de los hijos, conservándola aún cuando contrajera posteriores nupcias, pudiendo también ser tutriz, fiadora, testigo en testamento, albacea y mandataria.

En México, en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, la patria potestad, se ejercía en primer término por el padre y después por la madre, (artículos 392 y 366).

Nuestro derecho considera a la patria potestad una consecuencia jurídica del parentesco, ejercida conjuntamente por los padres del menor y a falta de alguno de ellos el otro tendrá de manera absoluta su ejercicio, en caso de que ambos padres no pudieran ejercerla lo harán los ascendientes en segundo grado (abuelos), en el orden que el juez ordene (es decir, paternos luego maternos, ó, maternos luego paternos). En el caso del hijo adoptivo la ejercerán los adoptantes como consecuencia natural de la adopción.

También la patria potestad es en el derecho mexicano, una institución de interés público, el Estado se ve obligado a intervenir, a fin de que ésta se desarrolle normalmente y cumpla su fin protector de los menores, pero independientemente a la intervención estatal, la figura de la patria potestad, está en la naturaleza humana misma, en la que los padres deben y en la generalidad de los casos sienten la necesidad de brindar protección, consejo y formación a sus hijos procurando siempre su bienestar, de una manera desinteresada; ésta es una institución propia de las llamadas "relaciones paterno-filiales".

Es de advertir que la patria potestad no engendra únicamente deberes y obligaciones para los que la ejercen sino también determinados derechos que el propio ordenamiento civil establece, por ejemplo, los padres tienen sobre los bienes de sus hijos el cincuenta por ciento del usufructo de sus bienes. (Artículo 430 del Código Civil para el Distrito Federal). Distintos autores que han hablado sobre el tema distinguen dos aspectos de cuidado en el ejercicio de la patria potestad:

- Aspecto Material.- Se refiere a la asistencia protectora de los bienes y derechos del menor.
- Aspecto Espiritual.- Este otro aspecto se refiere a la asistencia formativa, dedicada a la educación del menor.

Por lo antes expuesto, consideramos evidente que el término patria potestad resulta anacrónico, ya que actualmente se concibe como un conjunto de deberes y derechos, que se ejercen en beneficio de los hijos; una función social de quienes la ejercen no un poder absoluto y vitalicio sobre ellos, como se reglamentaba en los regímenes jurídicos del pasado.

En cuánto a la naturaleza jurídica de la patria potestad resulta importante saber que a esta se le puede definir como:

- A) INSTITUCIÓN.- Establecida por el derecho con el objeto de brindar asistencia y protección a los menores no emancipados, necesaria para la cohesión del grupo familiar.
- B) PODER.- Se hace referencia a la autoridad que ejercen los padres sobre sus hijos menores, se trata de un poder indelegable, reconocido por la ley para el cumplimiento de un deber, por supuesto limitado y consiente a diferencia de lo que en el derecho antiguo se pudo considerar, incluso la propia ley protege al menor de golpes o abusos que sus padres pudieran cometer contra ellos.
- C) RECONOCIMIENTO DE LA FACULTAD NATURAL.- Al ser la filiación un hecho natural, la misma naturaleza impulsa al hombre a brindar protección y dirección durante cierta etapa, a sus hijos; fines que puede lograr con el ejercicio del poder que tiene sobre de ellos, y que estos

últimos a su vez deben respetar y obedecer. Esta facultad natural es oponible a terceros *erga omnes*.

- D) **FUNCIÓN.**- Los Códigos Civiles modernos regulan la idea de la patria potestad como una función temporal, productora de deberes para quien la ejerce, limitando las facultades atribuidas a éste.

Retomando las anteriores ideas, en este trabajo definiremos a la patria potestad como una función, encaminada a obtener siempre el beneficio del menor de edad no emancipado, que recae sobre los padres y/o los abuelos (en su caso), por un hecho de la naturaleza humana, reconocida por el derecho como filiación, y que por ello la ley también confiere a quienes la ejerzan los derechos necesarios para cumplir sus objetivos.

Esta función es irrenunciable, pero puede excusarse de su ejercicio el que se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos, establecidos en el Código Civil del Distrito Federal:

1.- Tener 60 años cumplidos.- Quien la ejerza puede solicitar la resolución judicial para que se le excuse del cumplimiento, aunque en la práctica también se requieren razones suficientes para decidirlo.

2.- Tener mal estado habitual de salud.- Que no les permita atender debidamente su desempeño, para lo cual también se requiere de la resolución judicial que disculpe al progenitor de su desempeño, según lo dispone el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como podemos observar la función llamada patria potestad es un concepto amplio que se interrelaciona directamente con otros tantos conceptos jurídicos importantes a saber, y que por ello a continuación estudiaremos:

## **1.2 Conceptos relacionados con la patria potestad:**

Habiendo analizado en que consiste la figura jurídica de la patria potestad, a continuación, será necesario señalar los conceptos jurídicos que se relacionan con ella, y que son necesarios conocer en razón del objeto de este trabajo.

### **1.2.1 Concepto jurídico de persona:**

La persona como concepto jurídico es fundamental para la ciencia del derecho, y puede revestir distintos sentidos, los cuales mencionaremos a continuación:

El diccionario le atribuye a la palabra persona el siguiente significado: “Individuo de la especie humana, hombre o mujer...”<sup>5</sup>, y señala como sus sinónimos a las palabras “individuo”, “hombre” y “ser”, por lo tanto, de manera común persona significa “humano”. Para el derecho no es suficiente este significado ya que no todas las personas son humanas, pues también existen las personas conocidas como “morales” o “jurídicas” y que están enumeradas en el articulado del Código Civil para el Distrito Federal.

“Para Francisco Ferrara en sentido jurídico persona es un ente que tiene función jurídica, cualidades en el derecho, capacidad.”<sup>6</sup>

---

5 Diccionario Práctico, Español Moderno, ediciones Larousse, México, 1983, p. 430,

6 FERRARA, Francisco, Teoría de las Personas Jurídicas, editorial Reus, Madrid, 1929, p.318

Persona también designa a “todo ser capaz de tener derechos y obligaciones”<sup>7</sup>, es el sujeto activo y pasivo de las relaciones jurídicas, incluye a las personas físicas y “morales”.

Ahora bien, tomando en cuenta la definición arriba citada es importante saber que se dice que quien es capaz de tener derechos tiene personalidad y por lo tanto es persona.

Otro de los conceptos a estudiar es la personalidad, que es una cualidad jurídica, que se traduce en existir, por tanto se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte como lo establece el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal. El concebido entra también bajo la protección de la ley, principalmente para los casos de las sucesiones, las donaciones y los delitos.

La personalidad es la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, entendiéndola como la proyección de la persona en el campo del derecho.

La personalidad jurídica es la idoneidad de ser persona para el derecho, pero no es lo mismo que ser persona.

Al respecto Jellinek asegura “...personalidad o persona es una misma cosa, a lo que Francisco Ferrara responde: esto no es así sería como identificar el color con el objeto coloreado”<sup>8</sup>.

Otros conceptos que se relacionan con la patria potestad son las cualidades de un ser, que forman los atributos de la personalidad, que sirven para distinguir a los unos de otros, y que son los siguientes:

---

7 MORINEAU IDUARTE, Marta, IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, Derecho Romano, tercera edición, editorial Harla, México, 1993, p. 45

<sup>8</sup> FERRARA, Francisco, Op Cit, p 320.

A) Nombre: Medio por el que se señala o identifica a una persona individualizándola, y distinguiéndola de las demás, aplica para las personas físicas y las morales, en estas últimas se conoce como denominación o razón social.

El nombre es la palabra que designa a cualquier realidad concreta (personas, cosas etcétera), o abstracta, y sirve para referirse a ella, para reconocerla y distinguirla.<sup>9</sup>

B) Domicilio: Este concepto sitúa a una persona en una demarcación territorial determinada ligándola a ella para diversos efectos jurídicos, como lo pueden ser por ejemplo, la determinación de las autoridades competentes para conocer de sus asuntos, o la fijación de un lugar específico para el cumplimiento de determinadas obligaciones. La ley da por presente a una persona en ese lugar, aunque físicamente no se encuentre ahí.

Las clases de domicilio son las siguientes:

1.- General y Especial: el primero es el común, donde las personas realizan sus actividades ordinarias, donde pernocta, y donde se establecen para cualquier efecto, a diferencia del especial que es el lugar que la persona elige para la realización de una actividad determinada y para cumplir obligaciones específicas relacionadas con esa actividad.

2.- Voluntario y Legal: Por regla general las personas eligen libremente donde establecer su domicilio, la excepción se da cuando la ley lo determina, en los

---

<sup>9</sup> Diccionario de la lengua española, editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, 2003.

casos de ciertas personas y por ciertas circunstancias, esto es el domicilio legal o necesario, el ejemplo que se relaciona con el estudio a que se dedica éste trabajo, es el artículo 31 del Código Civil para el Distrito Federal, que establece en su fracción primera el domicilio legal del menor de edad no emancipado, que es el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

3.- Convencional: Éste coincide con el domicilio especial, se designa para cumplir ciertas obligaciones de acuerdo con el artículo 34 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

*“Se tiene derecho de designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones”.*

- C) Estado Civil o Político: Es la posición que ocupa cada persona física en relación con los miembros de su familia. Sus fuentes generadoras son el parentesco y el matrimonio, y sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil, por tanto una persona “moral”, carece de estado civil.
- D) Patrimonio: Conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero que pertenecen a un sujeto propio de las personas físicas y morales.
- E) Nacionalidad: Vínculo jurídico que relaciona a una persona con un Estado del cual será nacional y en principio extranjero respecto de cualquier otro. Genera una relación de pertenencia entre el individuo y el Estado.

En nuestro derecho la nacionalidad mexicana por nacimiento puede obtenerse vía el *ius soli* o el *ius sanguini*, lo que significa que se puede adquirir por nacer en territorio mexicano o por ascendencia mexicana; esto es, la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos en su artículo treinta establece:

“Art. 30.- La nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por nacimiento o por naturalización.

A) Son mexicanos por nacimiento:

I.- Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;

II.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;

III.- Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización o de madre mexicana por naturalización, y

IV.- Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

B) Son mexicanos por naturalización:

I.- Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización; y

II.- La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley”.

F) Capacidad: Aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y de actuar personalmente en la vida jurídica. Este tema merece un estudio más a fondo dentro de este trabajo, por lo que más adelante se expone con mayor amplitud.

Ahondando en el concepto de persona, en el derecho romano no todo ser humano era considerado como tal, para ello se necesitaba ser libre, (el esclavo era considerado una cosa, es decir carecía de personalidad jurídica), ciudadano, y no encontrarse bajo la patria potestad de un *pater familias*.

Las personas se encontraban controladas en un censo, y podían perder esta condición, es decir, la persona sufría una *capitis deminutio*, por lo mismo se cancelaba la anotación de su nombre en el censo.

Dentro de la clasificación que se hacía a los individuos se encontraban los *sui iuris* y los *alieni iuris*, es decir, los primeros que no dependían de ningún *pater familias* y los segundos que se encontraban sujetos a patria potestad o tutela, sin embargo dentro de los primeros en algunos casos los individuos podían encontrarse impedidos para ejercitar por ellos mismos sus derechos y obligaciones, en virtud de encontrarse perturbados en sus facultades físicas o mentales, y para ellos se instituyó la figura de la curatela (que por lo mismo difiere ampliamente de la figura que actualmente conocemos con ese nombre).

### **1.2.2 Persona Física.**

Como anteriormente se expuso en este trabajo existen dos tipos de personas, y que son los únicos “sujetos jurídicos”, en primer término tenemos a las individuales o físicas, que somos todos los seres humanos, y que también recibimos el nombre de personas naturales o humanas y en segundo las personas morales, jurídicas o colectivas.

Diferentes teorías han tratado de determinar en que momento surge la persona jurídica individual, el derecho justinianeo impuso las siguientes reglas:

- 1.- Requería un nacimiento efectivo con total desprendimiento del seno materno.

- 2.- Era necesario un nacimiento con vida y,
- 3.- Nacer con forma humana.

Castán Tobeñas, citado a su vez por Jorge Alfredo Domínguez Martínez, en su obra de derecho civil señala las siguientes teorías:<sup>10</sup>

- A) De la concepción: desde la concepción el ser humano tiene existencia independiente, por lo que se le considera sujeto de derecho aún antes de su nacimiento, este autor señala que el inconveniente de esta teoría es la imposibilidad de determinar el momento de la concepción. Es por esto último que señala que lo correcto debería ser tener como origen de la persona física el momento de su nacimiento (teoría del nacimiento).
- B) Ecléctica: Dice que el origen de la personalidad es el nacimiento, pero retrotrae sus efectos al momento de la concepción.
- C) De la Viabilidad: Exige para el reconocimiento de la personalidad no sólo el hecho de que el sujeto nazca vivo, sino además la aptitud para seguir con vida fuera del seno materno.
- D) Psicológica o de la conciencia o sentimiento de la personalidad: Sostiene que no se puede ser considerado capaz de derechos sino hasta que adquiere el sentimiento de personalidad jurídica, pero reconoce que en el niño se contiene en potencia la personalidad jurídica, la cual posteriormente se desarrolla, y por lo tanto es aceptable pensar que el individuo comienza a ser sujeto de derechos desde que nace.”

---

<sup>10</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez, primera edición, editorial Porrúa, México, 1990, p. 141

Ahora bien, nuestro Código Civil resuelve el problema de la siguiente forma:

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

“Artículo 337.- 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. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.”

Relacionando los preceptos legales transcritos se concluye que el sistema jurídico mexicano considera sujeto de derecho a aquél que nazca vivo y viable.

En doctrina la viabilidad se conoce como propia e impropia. “La primera es la que presenta el recién nacido que nace de una gestación normal o que en caso de ser corta sea suficiente para continuar la vida extrauterina. La impropia es la capacidad extrauterina del feto, prescindiendo de su completa o incompleta formación intrauterina o “parto perfecto”, y atendiendo solamente a la fuerza vital del recién nacido para sobrevivir después del parto”.<sup>11</sup>

Nuestro legislador considera que el sujeto nace viable si vive veinticuatro horas mínimo o es presentado “vivo” ante el juez del Registro Civil.

---

<sup>11</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Op. Cit, p.142

En virtud de lo anterior debemos considerar que la personalidad de un sujeto inicia al momento de la concepción y se encuentra sujeta a la condición resolutoria negativa de que el sujeto no nazca vivo y viable, de tal suerte de que esta condición se verifique entonces los efectos que pudieron haberse creado se resolverán volviendo las cosas al estado que tenían, es decir como si nada hubiera ocurrido, lo cual se desprende del Artículo 1940 del Código Civil para el Distrito Federal.

Al considerar que la existencia biológica de una persona física determina el inicio de su personalidad jurídica, debemos observar el mismo criterio para el fin de la misma, es decir la muerte.

La Ley General de Salud en su artículo 317 establece que la pérdida de la vida ocurre cuando se dan los signos de muerte que a continuación se mencionan:

- Muerte Cerebral.
- Pérdida Absoluta de la Conciencia.
- Pérdida Absoluta de la Respiración Espontánea.
- Ausencia de los Reflejos del Tallo Cerebral y
- Paro Cardíaco Irreversible.

Los efectos de la muerte son terminar con la personalidad jurídica del individuo, así como la extinción de sus derechos personalísimos derivados de sus relaciones jurídicas, tales como la patria potestad o la tutela, además de dar paso a su sucesión hereditaria.

### **1.2.3 Persona Moral.**

En relación con lo anterior, en segundo término encontramos a las personas colectivas, jurídicas o también llamadas “morales”, y que según el artículo 25 del Código Civil son:

- “... I.- La Nación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios;
- II.- Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;
- III.- Las sociedades civiles o mercantiles;
- IV.- Los sindicatos, las asociaciones profesionales, y las demás a que se refiere la fracción XVI, del artículo 123 de la Constitución Federal;
- V.- Las sociedades cooperativas y mutualistas;
- VI.- Las asociaciones distintas a las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley;
- VII.- Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.”

Las personas morales son entes creados por el derecho, en virtud de la expresión de la voluntad de un conjunto de individuos, que desean un fin lícito y común, para ello las dotan de personalidad jurídica distinta a las de quienes las constituyen, misma que el Estado acepta conferirles después de haber llenado los requisitos legales necesarios para ello. Sin embargo se les pueden imponer ciertas restricciones según los ordenamientos legales aplicables.

Derivado de lo anterior debemos distinguir que existen dos tipos de personas jurídicas colectivas, las de derecho público y las de derecho privado.

Por lo que se refiere al derecho privado podemos señalar como regla general que el inicio de la personalidad en la persona jurídica colectiva se da en el momento en que se constituyen de acuerdo a los requisitos que para cada una de

ellas establecen los diferentes ordenamientos legales aplicables que son el Código Civil, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Instituciones de Asistencia Privada para el Distrito Federal y termina en los casos y con las formalidades que para cada una de ellas se establece, o por la voluntad de los socios o asociados que las constituyen.

Al ser la patria potestad, el objeto de estudio de este trabajo las únicas personas que pueden estar sujetas a ella, o ejercerla, son las personas físicas, por lo que nuestro estudio se desarrollará alrededor de ellas, aunque es importante recalcar que en caso de que la patria potestad no pudiera ejercerse en ciertos casos, una persona moral podría ejercer la tutela respecto de un incapaz.

La capacidad es otro de los conceptos íntimamente relacionados con la patria potestad y es un elemento básico dentro de la propuesta de prorrogarla que en el capítulo tercero de este trabajo se redacta; la restricción de la capacidad de ejercicio es precisamente el presupuesto básico para la viabilidad de mi propuesta por lo que es el siguiente tema a desarrollar.

#### **1.2.4 Capacidad de Goce y Capacidad de Ejercicio.**

Son muchos los autores que han tratado este tema, el cual es de gran relevancia para este trabajo, debemos expresar con claridad principalmente el concepto de capacidad de ejercicio, pues las personas que no cuentan con ella y que por lo tanto encuadran en el planteamiento del problema que en este trabajo estudio, son sobre las que recaerían los efectos jurídicos de la patria potestad prorrogada que más adelante se propone incluir en nuestra legislación civil vigente, por lo que a continuación se señalan algunas de las definiciones mas destacadas:

La capacidad de goce ha sido definida como "...la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones..."<sup>12</sup>, misma que se adquiere desde el momento de la concepción (Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal). Puede haber capacidad jurídica de goce sin la de ejercicio, pero no puede haber capacidad jurídica de ejercicio sin la de goce.

Galindo Garfias: "se entiende por capacidad, tanto a la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona ejercite esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo."<sup>13</sup>

Manuel Borja Soriano: "La capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y hacerlos valer."<sup>14</sup>

Manuel Albaladejo: "La capacidad jurídica que nuestro derecho reconoce al hombre, como aptitud para ser, en general e indeterminadamente, titular de relaciones jurídicas, es una capacidad abstracta y uniforme para todos".<sup>15</sup>

Debemos distinguir a la capacidad de goce con el concepto jurídico de personalidad, autores como Kipp y Wolf, o Castán Tobeñas equiparan estos dos conceptos, sin embargo si existe distinción entre ellos.

La capacidad supone la personalidad, es existir para el derecho y consiste en que el individuo es reconocido como sujeto de derechos por el sistema jurídico mismo; la personalidad es abstracta e indeterminada, la capacidad es propia de cada uno de los individuos, es el contenido de la personalidad, podemos decir que

---

<sup>12</sup> Vid. DOMINGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Op. Cit. p 167.

<sup>13</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, (Personas, Familia), editorial Porrúa, México, 1980 p.386

<sup>14</sup> BORJA SORIANO, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, editorial Porrúa, México, 1994. p.240

<sup>15</sup> ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil, vol II, 8va edición, editor José María Bosch, Barcelona, España , 1994, p.226

es la gama de derechos, obligaciones, relaciones jurídicas, que tiene un sujeto determinado y que varía en función de su status particular, se considera la idoneidad para concurrir o ser titular de relaciones jurídicas. La capacidad en cambio, es la medida de tal idoneidad.”

Por otro lado podemos decir que puede un sujeto ser mas o menos capaz, es decir la capacidad puede ser gradual según el sujeto, pero no puede ser alguien más o menos persona, se es persona o no, incluso no se puede perder la calidad de persona (como dijimos si se podía en el derecho romano) así mismo, la personalidad es idéntica en todos los sujetos.

La persona a través de su vida experimenta madurez y crecimiento generalmente, por lo que la ley le atribuye restricciones que con el crecimiento desaparecen siempre que gocen de la salud física y psicológica necesaria, a continuación expondré las incapacidades que la persona puede tener a lo largo de su existencia, primero en cuanto a la capacidad de goce y después habiendo agotado este tema expondré los grados de la capacidad de ejercicio.

### **1.2.5 Incapacidad de los Menores de Edad**

En cuanto a la capacidad de goce, de las personas menores de edad, puede no ser plena, aunque toda persona puede ser titular de relaciones jurídicas, podemos señalar algunos ejemplos de las limitaciones que tienen los individuos por su particular situación jurídica, es decir, veremos los distintos grados que puede presentar la mencionada capacidad de goce:

A.- La del concebido: Puede adquirir derechos subjetivos patrimoniales por herencia, donación o fideicomiso.

B.- La del menor de edad: Puede adquirir derechos patrimoniales por cualquier título es decir, sucesiones o contratos. Tiene limitaciones en cuanto al derecho de familia como por ejemplo, para contraer matrimonio, o ser tutor, no puede ser ciudadano mexicano, ni obligarse personalmente frente a terceros.

### **1.2.6 Menores Emancipados**

El Menor de edad emancipado es quien por haber contraído matrimonio se encuentra libre de la patria potestad. Los menores, por razones especiales como la emancipación o toma de estado, adquieren la capacidad de ejercicio, pero limitada a ciertos actos y sobre determinados bienes, existiendo, por lo tanto actos a los que deben acudir representados por otra persona capaz, a lo que la doctrina ha llamado 'forma' o 'formalidad habilitante' y es considerado por algunos autores como un caso de requisito de legitimación, lo que continuaremos explicando en este capítulo.

El menor emancipado para otorgar capitulaciones matrimoniales, tomar dinero en préstamo o para gravar bienes necesita el consentimiento de sus padres o curador.

### **1.2.7 Incapacidad de los mayores de edad**

A.- La del mayor de edad incapacitado

Tiene restricciones en materia familiar, así como derechos políticos.

B.- El Extranjero

Carece de derechos políticos en cuanto al Estado Mexicano, y la prohibición de adquirir de manera directa la propiedad de inmuebles en zona restringida (cien kilómetros en las fronteras y cincuenta kilómetros en las playas), ya que aún siendo capaz de celebrar el acto jurídico correspondiente para dicha adquisición, la ley se lo prohíbe expresamente, es decir no está legitimado para celebrarlo. Al tratar este punto, considero que resulta necesario hablar del concepto de la legitimación.

La doctrina habla de un tercer elemento del acto jurídico, un elemento de eficacia, es decir, la legitimación, el que en ocasiones se ha confundido con la capacidad, Carnelutti, para resolver esta confusión opina "...para obtener una decisión del juez, no basta con tener capacidad, sino que necesita ser parte en aquel conflicto de intereses sobre el cual se solicita el juicio. Así expuesta a plena luz, la diferencia entre capacidad y este requisito, se ha comenzado a darle el nombre de legitimación." <sup>16</sup>

Hay legitimación de acuerdo con este autor, cuando quien realiza o pretende realizar un acto jurídico respecto a un bien determinado es sujeto de una relación jurídica previa, (a lo que llama situación jurídica inicial), respecto del mismo, a lo que llama legitimación directa. Así por ejemplo, quien decide vender una cosa, debe ser parte de una situación jurídica inicial que consiste en ser dueño de la misma.

Para este mismo autor, la legitimación indirecta se basa ya no en la situación jurídica inicial, sino en una situación conexa o ligada a ella, que consiste en la aptitud de una persona para modificar con un acto suyo una situación jurídica ajena, teniendo como ejemplo a la representación, de manera que alguien que no

---

<sup>16</sup> CARNELUTTI, Francisco, Teoría General del Derecho, editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1995 p 257-258.

es titular de una situación jurídica inicial (pues esta corresponde al representado), en virtud de una causa jurídica conexas (la causa de la representación), se encuentra legitimado para actuar en la esfera jurídica de otro. Entendiéndose que esta legitimación del representante se confiere en interés del representado.

Para finalizar este tema es importante señalar que la incapacidad de goce no priva al sujeto del ejercicio del derecho sino del derecho mismo y es siempre especial con esto quiero decir que no puede un sujeto de derecho no tener derecho alguno.

Las consecuencias de la ausencia de capacidad de goce no se encuentran reguladas de manera expresa en el Código Civil, éste no hace alusión al mencionado concepto, ahora bien la capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercitar derechos y contraer obligaciones personalmente. Consiste en producir efectos jurídicos por la propia voluntad, no todo sujeto la tiene, puede faltar totalmente (recién nacido) o puede ser plena. La regla general es que toda persona física mayor de edad la tiene.

La mayoría de edad se alcanza a los 18 años lo cual se fundamenta en el artículo 646 del Código Civil vigente para esta ciudad.

La posibilidad que una persona física tenga o no capacidad de celebrar actos jurídicos con intervención directa depende única y exclusivamente del orden jurídico según se desprende de los artículos 24,647,1305 y 1798 del ordenamiento civil invocado en el párrafo anterior.

Los particulares no pueden ampliar, disminuir, desconocer o atribuir la posibilidad genérica de celebrar actos jurídicos, en otras palabras no depende de los particulares la capacidad o incapacidad de las personas.

Es de advertir que no obstante lo anterior, la legislación civil nos permite pactar la obligación de no celebrar algún acto jurídico, siempre que esto se traduzca únicamente en una obligación de no hacer y no en una incapacidad para quien la asume, por ejemplo la obligación de no vender una cosa a una persona determinada, y sin embargo si es nula la cláusula que prohíba vender esa misma cosa a cualquier persona, según lo establece el artículo 2301 del Código Civil para el Distrito Federal, pero no se es incapaz para celebrar el acto jurídico compraventa; tampoco es lo mismo el que una persona carezca de capacidad de ejercicio a que el acto le esté prohibido por la ley, tal es el caso del concurso o la quiebra, lo que produce la nulidad del contrato.

La incapacidad de ejercicio impide que la persona ejerza por sí misma, o cumpla por sí sola aquellos derechos y obligaciones de que es titular, la incapacidad de goce, en cambio, priva a la persona no solo del ejercicio del derecho sino del derecho mismo como lo dije en unas anteriores, es decir las personas sujetas a la incapacidad de ejercicio cuentan con el goce de sus derechos y pueden quedar obligadas incluso contractualmente, siempre que celebren dicho acto debidamente representadas, dicha representación puede ser voluntaria o legal, la patria potestad confiere una representación legal, la voluntaria es el mandato, que se regula en el capítulo de obligaciones del Código Civil vigente para el Distrito Federal y que no es materia de este trabajo.

Las razones que determinan la incapacidad de ejercicio se refieren a la aptitud de una persona para querer y entender las consecuencias de los actos jurídicos que va a celebrar. Las condiciones que nos ayudan a deducir la ineptitud en la voluntad generalmente son la edad o la salud mental del sujeto.

El fundamento a lo anterior lo encontramos en el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“son incapaces:

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

En el primer caso para probar la incapacidad basta con exhibir la copia certificada del acta de nacimiento del menor.

En el segundo caso, una vez alcanzada la mayor edad, la capacidad de ejercicio se presume, por lo que se requiere de una sentencia judicial para declarar la incapacidad, mediante el procedimiento de interdicción, que señalaremos a continuación.

### **1.2.8 La Interdicción y otros aspectos relevantes de la capacidad de las personas**

La declaración de interdicción como señala Albaladejo,<sup>17</sup> además de motivar la nulidad del acto pasado (en caso de que se comprobara que en su celebración se carecía de entendimiento o voluntad), es una incapacitación para el futuro es decir, priva permanentemente de la capacidad de obrar después de

---

<sup>17</sup> ALBALADEJO, Manuel, Op Cit, p 267.

dictada dicha declaración, y también produce el efecto legal de que se someta al incapaz a guarda legal.

La incapacidad de ejercicio se suple a través del representante legal del incapaz, quien llevará a cabo en su nombre los actos jurídicos que correspondan, produciéndose en la esfera jurídica del incapaz los efectos de estos actos.

Como hemos señalado, quien es capaz de ejercicio celebra actos jurídicos por sí solo, en tanto que por el incapaz los celebra su representante legal, quien es una persona con capacidad de ejercicio plena que actúa por cuenta y en nombre del mencionado incapaz.

Para ciertos actos un sujeto puede ser parcialmente capaz, mediante lo que en doctrina conocemos como capacidad insuficiente o formalidades habilitantes.

Esto significa que el acto jurídico le está permitido celebrarlo al interesado (incapaz), más no por sí solo, sino con la intervención de otra persona que con su consentimiento o asistencia “complete” su capacidad insuficiente, como en el caso de los menores de edad emancipados que ya mencione anteriormente.

“Messineo<sup>18</sup> opina al respecto que la formalidad constituye más bien un requisito para integrar el poder del representante legal. Su ausencia, de acuerdo con el mencionado autor, ocasiona la ineficacia (y no la invalidez) del acto, el que quedaría en suspenso hasta tener dicha autorización, la cual obra en efecto retroactivo.”

---

<sup>18</sup> Messineo, Francesco, Doctrina General del Contrato, Traducción por Fontarrosa, Ediciones Jurídicas, Europa 1986 p 529.

Por ejemplo:

1) El menor de edad puede contraer matrimonio siempre que cumpla con los requisitos de edad establecidos en el artículo 148 del Código Civil, que son 16 tener años cumplidos, sin hacer diferencia entre la edad del hombre y la mujer. Sin embargo para la celebración del matrimonio requiere del consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad o tutela en su caso, y a falta o por negativa de éstos el Juez de lo Familiar podrá suplir dicho consentimiento.

2) El menor de edad puede también celebrar capitulaciones matrimoniales, con el consentimiento de quienes ejercen sobre él la patria potestad, o en su defecto la tutela.

3) El menor de edad puede convenir en la terminación o modificación del régimen patrimonial de su matrimonio (sociedad conyugal o separación de bienes), con consentimiento de las personas mencionadas en el punto dos anterior).

4) Los menores de edad pueden hacer donaciones antenuptiales con intervención de quienes deben prestar su consentimiento en el matrimonio según lo establecido por el artículo 229 del Código Civil para el Distrito Federal.

Esta posibilidad de los menores de edad de participar directamente en la celebración de actos jurídicos, nos permite llegar a pensar en tienen su capacidad restringida respecto de la mayor de edad, pero que al fin y al cabo no son incapaces plenamente, la *ratio legis* de dichas restricciones son las siguientes consideraciones:

1º Carencia de conocimiento natural. Por carecer de la aptitud para entender y querer.

2º Carencia de independencia, ya que está sometido a patria potestad o tutela, ésta carencia no es solo económica sino también personal, ya que debe al titular de la patria potestad o tutela, respeto y obediencia.

Existen también otras capacidades especiales para ciertos actos concretos, tal es el caso del testamento que requiere que quien lo otorgue tenga dieciséis años por lo menos, según lo dispone el artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal; y el de la adopción que involucra a los mayores de edad la cual exige que el adoptante sea mayor de veinticinco años conforme el texto del artículo 390 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo la incapacidad también tiene otras maneras de distinguirse y es la llamada natural y la legal. La doctrina comúnmente distingue entre incapacidad natural y legal considerando que la primera existe cuando la falta de idoneidad de un sujeto para celebrar actos jurídicos procede de que carece de las condiciones psíquicas o de entendimiento y voluntad requeridas para su celebración, sean éstas permanentes (por ejemplo un mayor de edad con enajenación mental) o bien transitorias (sonambulismo, hipnosis, embriaguez). Cuando dicha falta tiene su origen, no en la falta de entendimiento o voluntad adecuadas sino en otras causas se dice que existe incapacidad legal. Por ejemplo, un menor de edad de diecisiete años once meses puede estar en perfectas condiciones de querer entender un determinado acto jurídico y no obstante en términos del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, es incapaz para la celebración del mismo.

En este sentido Domenico Barbeño señala que “se tiene incapacidad natural de obrar cuando el sujeto, cualquiera que sea su edad, adolece de

desarrollo insuficiente o de una enfermedad mental, que puede ser una perturbación psíquica permanente”.<sup>19</sup>

En sentido más restringido, la expresión incapacidad natural se utiliza para referirse a aquellos casos no comprendidos dentro del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, en que una persona capaz de obrar por una perturbación transitoria no se encuentra en posibilidad de manifestar su voluntad de una manera enteramente consciente y libre, situación que impediría que un acto jurídico celebrado bajo tales circunstancias produjera las consecuencias jurídicas que le son naturales.

La incapacidad legal fundamentada también en circunstancias de hecho que inducen al ordenamiento jurídico a creer que el sujeto no está en condiciones de entender y querer, tiene una relevancia sumamente diferente. Esta valoración se hace a veces sobre datos meramente presuntivos, sin tomar en cuenta las condiciones reales de cada uno de los sujetos (minoría de edad).

Debemos diferenciar “la verdadera capacidad de obrar”, y las condiciones psíquicas adecuadas (la llamada capacidad natural) para obrar válidamente ya que incluso tanto la doctrina como la jurisprudencia, y no menos la ley: utilizan la palabra ‘incapaz’ en un sentido vulgar; sin considerar su exactitud terminológica y jurídica.

Este problema que se desprende respecto a la incapacidad natural frente a la legal, se soluciona por la doctrina de la siguiente manera, por ejemplo, Galindo Garfias considera que “los actos ejecutados por personas privadas de inteligencia por causa de enfermedad antes de que hayan sido declaradas en estado de

---

<sup>19</sup> Sistema de Derecho Privado, citado por DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Op Cit. p 188

interdicción, son anulables siempre que se pruebe en el juicio correspondiente que cuando otorgaron el acto que se impugna no gozaba quien lo celebró del discernimiento necesario para celebrarlo y que en cambio los actos ejecutados por el incapacitado, después de que ha sido declarado judicialmente en estado de interdicción son inexistentes”.<sup>20</sup>

Para Manuel Albaladejo, en cambio, la solución es otra. Para este autor, la incapacitación (que vendría a ser el equivalente de los que nosotros conocemos como interdicción) “es la reducción o limitación de la capacidad de obrar de un sujeto normal por causas previstas en ley que se realiza después de seguirse oportuno procedimiento, mediante un fallo judicial, el cual al declarar incapaz al sujeto, modifica su estado civil, constituyéndole en uno nuevo que es el de incapacitado. La falta de producción de efectos de los actos jurídicos celebrados por el sujeto antes o después de la resolución judicial deriva de causas diferentes:

Antes de dicho fallo la eficacia jurídica de los actos de aquél, eran válidos, por ejemplo los realizados por un “anormal”, no incapacitado en un intervalo de lucidez. Después del fallo, suprimida o limitada por este la capacidad de obrar es inválido.”<sup>21</sup>

Ahora bien, agotado el tema de las incapacidades que se pueden presentar respecto a la capacidad de goce, estudiaremos a fondo los grados de la capacidad de ejercicio, “La capacidad de obrar depende, como señala Albaladejo,<sup>22</sup> de la edad de la persona y de su estado civil”, en este tenor de ideas, podemos hablar de diferentes grados en la capacidad de ejercicio, considerándose en este último caso que la incapacidad es mayor entre más restricciones a la posibilidad de

---

<sup>20</sup> GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op cit. p.402.

<sup>21</sup> ALBALADEJO, Manuel Op Cit. p 267.

<sup>22</sup> ALBALADEJO, Op Cit. p. 258

actuar personalmente en la vida jurídica se tengan. Por ahora bástenos con señalar que existen en principio cinco diferentes grados en la capacidad de ejercicio que van desde la absoluta imposibilidad celebrar actos por sí hasta la plena capacidad de obrar y éstos son:

a) La del concebido, quien tiene nula capacidad de ejercicio, no puede celebrar ningún tipo de acto por sí mismo.

b) El menor de edad no emancipado, quien en principio carece de capacidad de ejercicio, por lo que sólo sus representantes legales pueden actuar por él, y sin embargo podría actuar de manera personal y directa en la celebración de algunos actos jurídicos bajo determinadas circunstancias y cubriendo ciertos requisitos. Por ejemplo, tiene la administración, propiedad y usufructo de los bienes que adquiera con el producto de su trabajo según lo disponen los artículos 428 y 429 del Código Civil para el Distrito Federal.

c) El emancipado, puede celebrar actos jurídicos por sí solo, salvo en los casos establecidos en el artículo 643 del Código Civil para el Distrito Federal, en los que requerirá de autorización judicial o tutor.

d) El mayor de edad incapacitado, tiene incapacidad de ejercicio prácticamente total, ya que el único acto que puede llegar a celebrar es el testamento, de conformidad con el artículo 1307 del Código Civil para el Distrito Federal, este sujeto es quien será el receptor de los beneficios que se proponen en este trabajo; en caso de materializarse en el sistema jurídico mexicano; estas personas desgraciadamente no son unos cuantos, actualmente son bastantes quienes padecen incapacidades, y hasta la fecha los gobiernos no han tomado la debida atención a su problemática, incluso el esfuerzo que por ellos se hace es mínimo. En el mundo actual se predica por políticas incluyentes, por lo que espero que

este desinterés disminuya gradualmente, y seamos más concientes de la problemática de todos nuestros semejantes, creando normas generales pero dirigidas a su bienestar y prosperidad.

e) El mayor de edad, tiene capacidad de ejercicio plena.

Sin embargo también existen excepciones a la incapacidad de ejercicio, como hemos dicho las personas a que se refiere el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal no pueden celebrar actos jurídicos por sí mismos, sino solamente a través de sus representantes, ésta regla general presenta excepciones, en múltiples ocasiones el orden jurídico permite que se realicen actos jurídicos por incapaces de obrar, que el Código Civil señala en esos casos los incapaces pueden participar directa y personalmente en la vida jurídica como por ejemplo los siguientes:

En el caso de los menores no emancipados pueden adquirir bienes por diversos títulos.

El Código Civil distingue los bienes que adquiere el menor por su trabajo y los que adquiere por cualquier otro título, como la herencia o la donación. Respecto de estos últimos, el menor no puede realizar acto jurídico alguno, pues aunque le pertenecen, la administración legal de los mismos y la mitad del usufructo corresponden a quienes ejercen sobre él, la patria potestad, según establecen los artículos 425 y 430 del citado ordenamiento. Si el menor se encuentra sometido a tutela, la administración de dichos bienes corresponde al tutor según lo expresa el artículo 537 del Código Civil para el Distrito Federal.

En cambio, respecto de los bienes que el menor adquiere con su trabajo se observan diferentes reglas, pues de acuerdo con el artículo 429 del Código Civil, le

corresponden al menor, aunque sujeto a patria potestad, la propiedad, usufructo y administración de dichos bienes.

Si el menor se encuentra sujeto a tutela, también le corresponde la administración de los mismos de acuerdo con el artículo 537 fracción cuarta, segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal.

Lo anterior quiere decir, que de acuerdo con el Código Civil el menor no emancipado puede por sí mismo celebrar actos jurídicos respecto de los bienes de esta clase.

Ahora bien, ¿qué tipo de actos jurídicos puede celebrar?. En principio, de acuerdo con los artículos 429 y 537 fracción cuarta segundo párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, dichos actos pueden ser de administración. Sin embargo, de la lectura del artículo 435 del mismo ordenamiento legal se desprende que el menor puede realizar actos de disposición sobre estos bienes, siempre que no se trate de inmuebles, a saber:

“Artículo 435.- Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces”.

El menor no emancipado también puede llevar a cabo válidamente actos jurídicos por sí solo cuando se traten de materias propias de la profesión o arte en que sea perito, y, cuando se encuentre ausente su representante legal puede celebrar contratos de mutuo para proporcionarse los alimentos que necesite de conformidad con los artículos 639 y 2392 del Código Civil para el Distrito Federal.

Puede además, si es mayor de dieciséis años, designarse un tutor dativo con fundamento en el artículo 496 del Código Civil para el Distrito Federal, designarse curador conforme al artículo 623, ser oído en la administración de la tutela según el artículo 537 fracción cuarta y otorgar testamento conforme al artículo 1306 fracción segunda, todos éstos del Código Civil para el Distrito Federal.

El menor de edad emancipado, amplía su capacidad de ejercicio por el hecho de haber contraído matrimonio. Después de la emancipación será él quien celebre los actos jurídicos que requiera y no un representante legal. Es decir sale del ámbito de aplicación del artículo 450 del Código Civil para quedar sujeto a lo dispuesto por el artículo 643 del mismo ordenamiento, que a la letra dice:

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

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

Es de advertir que aún cuando el matrimonio se disuelva el cónyuge emancipado que continúe siendo menor conservará su capacidad de ejercicio.

Los mayores de edad incapacitados, se encuentran en los supuestos que establece la fracción segunda del artículo 450 del Código Civil, una vez que ha sido declarada su interdicción tienen en su contra un impedimento legal para otorgar personalmente cualquier acto jurídico y será su tutor quien celebre en su nombre los actos jurídicos que correspondan, por lo que se propone que en estos casos y cuando sus padres deban ejercer la tutela, en lugar de dar paso a ésta, se

prorroque la patria potestad, propuesta que será desarrollada más adelante en el tercer capítulo de este trabajo.

Existe, sin embargo, un caso previsto en el Código Civil en el que se contempla la posibilidad de que un mayor de edad incapacitado pueda actuar por sí mismo, es el enajenado mental. El único acto jurídico permitido al enajenado, siempre y cuando se encuentra en un momento de lucidez y bajo las circunstancias que el mencionado ordenamiento legal establece es el testamento.

Para ello se requiere:

1. Un lapso de lucidez de quien quiera testar.
2. Que su tutor o en su defecto su “familia” presenten una solicitud ante el juez de lo familiar para su otorgamiento. (El código no aclara a que se refiere con “familia”, lo cual consideramos incorrecto, pues no sabemos hasta cual grado una persona puede solicitar este trámite).
3. Que la autoridad judicial nombre dos médicos, de preferencia especialistas en la materia para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental, debiendo asistir a dicho examen el juez, quien podrá formular las preguntas que estime convenientes para cerciorarse de su capacidad de testar.
4. Si el examen es favorable se procederá al otorgamiento del testamento el cual deberá ser publico abierto y deberá ser firmado por el testador, el notario, el juez y los médicos que practicaron el examen y en él se anotará razón de que durante el acto conservó el testador perfecta lucidez de juicio.

La capacidad de las personas como hemos visto es determinante para que el acto jurídico tenga plena validez, y la carencia de ella conlleva a la falta de producción de efectos del acto, situación que se conoce con el nombre genérico

de ineficacia del acto jurídico. Las ineficacias pueden ser de tres tipos: inexistencia, invalidez e ineficacia en sentido estricto, según cuál sea el tipo de elemento o de requisito que no cumpla con las exigencias del orden jurídico.

De acuerdo con Sánchez Medal<sup>23</sup> los elementos del acto o negocio jurídico son de tres clases a saber: elementos de existencia, (que son el objeto y el consentimiento), elementos de validez y por último de eficacia (que es la legitimación). Los dos primeros conforman la estructura del acto jurídico propiamente dicha.

Los elementos de la segunda clase, elementos de validez, son cuatro:

Capacidad de las partes, ausencia de vicios de la voluntad, forma de manifestar la voluntad y licitud en el objeto, motivo o fin del acto jurídico. Son con excepción de este último, calificativos o cualidades que deben satisfacer los elementos de existencia. La falta o deficiencia de alguno de ellos no impide que el acto jurídico exista sino que vicia su existencia, es decir no produce sus consecuencias jurídicas normales.

La capacidad de que se habla cuando nos referimos a los elementos de validez del acto jurídico es la capacidad de ejercicio que ya estudiamos como parte del desarrollo de este trabajo.

Esta especie de capacidad se encuentra definida en ley más bien en sentido negativo que en sentido positivo. El Código Civil se encarga de determinar los casos de incapacidad; la doctrina recaba a contrario sensu la noción de capacidad legal de obrar.

---

<sup>23</sup> SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De los Contratos Civiles, décima cuarta edición, editorial Porrúa, México, 1995 p.30

De acuerdo con el artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal, tenemos que “El contrato puede ser inválido por incapacidad legal de las partes o de una de ellas. Esta incapacidad legal es la general de obrar”.

La capacidad de ejercicio que se requiere de las partes que participan en la celebración de un acto jurídico no es otra cosa más que un calificativo, condición o requisito del primer elemento de existencia del acto jurídico: la manifestación de voluntad.

Se refiere a la idoneidad de una persona para manifestar su voluntad de una manera consciente, a su aptitud general para entender y querer las consecuencias del acto jurídico a celebrar. Esta idoneidad o aptitud presume el Código Civil que la tiene el mayor de edad en los siguientes preceptos:

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

“Artículo. 647.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes”.

“Artículo. 1798.- Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley”.

Por lo tanto las personas señaladas en el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, no son susceptibles de dar su consentimiento de manera consciente e informada acerca de las consecuencias jurídicas que se crean, es

decir, que no se encuentran en principio, en condiciones de entender y querer las consecuencias del o los actos jurídicos que pudieren celebrar.<sup>24</sup>

La intención de la ley es la de proteger a los menores, a los sujetos a interdicción, a los pródigos y débiles mentales, ya que todos ellos serían susceptibles de dar su consentimiento para la celebración de un acto jurídico pero este se encontraría viciado, ya sea por un error, o en la violencia que pueda infringirse sobre de ellos.

En el caso de que un menor llegara a celebrar un acto jurídico, éste no se encuentra sujeto a la carga de dar prueba concreta de que era incapaz en el preciso momento en que el acto jurídico de que se trate fue celebrado, pues basta la referencia a la edad (la cual se demuestra con el acta de nacimiento del sujeto, o bien, a la providencia judicial que lo declara en estado de interdicción).

“La falta de capacidad de ejercicio de quien celebra un acto jurídico”<sup>25</sup> es causa de invalidez de este conforme a lo dispuesto por el artículo 1795 fracción primera del Código Civil para el Distrito Federal y da origen a una acción de nulidad. Esta nulidad sólo puede alegarse por el incapaz a través de sus representantes legales según el artículo 223 Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo, si quien celebra el acto jurídico es un menor que para llevar a cabo el mismo ha presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar por mayor, o ha manifestado dolosamente que lo era no podrá invocar en su favor dicha nulidad con fundamento en lo dispuesto por el artículo 640 Código Civil para el Distrito Federal. Tampoco puede invocarla si las obligaciones que hubiere

---

<sup>24</sup> MAZEAUD, Henri, Derecho Civil, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo. ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina 1960, p 264

<sup>25</sup> En el caso de que ambas partes sean incapaces al momento de otorgarse el acto, en doctrina se llama contrato claudicante.

contraído fueren sobre materias propias de la profesión o arte en que es perito, según lo establece el artículo 639 Código Civil para el Distrito Federal.

El acto jurídico celebrado por un incapaz es susceptible de confirmación cuando cese la incapacidad y su cumplimiento voluntario por medio de pago, novación o cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad en base a los artículos 2234 y 2236 Código Civil para el Distrito Federal.

Dicha confirmación se retrotrae al día en que se verificó el acto nulo, pero este efecto retroactivo no perjudicará los derechos de tercero conforme al artículo 2235 Código Civil para el Distrito Federal.

En Conclusión:

1º De acuerdo con el Código Civil, el mayor de edad por el hecho de serlo, tiene en su favor la presunción de ser persona capaz (de obrar): Así se desprende de los artículos 24, 647 y 1798.

2º Dicha presunción sólo puede ser destruida por una sentencia judicial que declare al sujeto en estado de interdicción, una vez que se haya seguido el procedimiento correspondiente en el que se aporten las pruebas necesarias para acreditar que la persona de que se trate se encuentra en alguno de los supuestos que establece la fracción segunda del artículo 450 del Código Civil. Esta sentencia constituye al sujeto en una nueva condición: la de incapacitado.

3º Antes de dicha resolución judicial el sujeto mayor de edad, aunque se encuentre dentro de los supuestos del mencionado artículo 450 fracción segunda no tiene la condición de incapaz, por lo que si celebra un acto jurídico en esas condiciones, no cabe invocar la nulidad por encontrarse en el supuesto que indica

el artículo 1795 fracción primera que establece “El contrato puede ser invalidado: I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas, pues, en el caso de los mayores de edad, el estado de incapacidad legal presupone su previa declaración.”

4º Por esta razón, si el mayor de edad que padece alguna causa de incapacidad no declarada celebra un acto jurídico, este se presume en principio válido, a menos que se demuestre que al momento de celebrarse el sujeto carecía de las condiciones psíquicas adecuadas para llevarlo a cabo, lo que se traduce en un ausencia de voluntad (o consentimiento en su caso), es decir, en la falta de un elemento de existencia del acto jurídico, lo que trae como consecuencia la inexistencia del mismo.

Habiendo estudiado los conceptos relacionados con la función de la patria potestad, estudiaremos ahora sus efectos.

### **1.3 Efectos de la patria potestad en relación a las personas.**

En primer lugar, es importante mencionar que los efectos de la patria potestad alcanzan tanto a la persona del hijo como a la persona de los padres o de quien la ejerza (ascendientes en segundo grado que determine el juez de lo familiar).

Para una mejor didáctica el legislador dividió los efectos jurídicos que puede causar la patria potestad primeramente sobre las personas y después sobre los bienes de quien se sujeta a ella, y de ésta manera también los estudiaremos en este capítulo.

### **1.3.1 Respeto a la persona de los hijos o nietos. (sujetos a la patria potestad).**

Los hijos, tienen el deber de respetar y tener consideración a sus padres y demás ascendientes, (refiriéndose a aquellos ascendientes que en determinado momento pueden llevar a cabo el ejercicio de la patria potestad), como ya lo habíamos mencionado este deber nace de la naturaleza misma del hombre, como también nace de la misma manera el cuidado y protección que el padre brinda al hijo, e incluso es esto un principio ético que no se extingue con la emancipación y se convierte por lo tanto en consecuencia de la patria potestad.

El derecho es una ciencia social, y por lo tanto nos permite y obliga a mirar en el interior y la conciencia del ser humano, hacemos este comentario porque todo este trabajo y en sí la figura de la patria potestad atienden a que el progenitor cuida siempre de su hijo, no por una obligación que pudiera causarle una pena por incumplirla, sino por propio amor, confiando en este supuesto natural, nos atrevemos a decir que, la devoción que un hijo tenga a su padre, será correspondida de la misma manera, y sólo en el caso de excepción se romperá esta regla. De tal forma la seguridad de que un menor de edad sea protegido por sus padres ha creado a través de la legislación la figura de la patria potestad, y por las mismas razones, en este trabajo se plantea la prórroga de esta figura jurídica, creyéndola como la mejor manera de que una persona mayor de edad incapaz siga protegido por alguien (sus padres o abuelos) que de manera absoluta se la proveerá.

Por su parte, los que se encuentran sujetos a la patria potestad no podrán dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente.

Asimismo el que se encuentra sujeto a la patria potestad no podrá comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que la ejerzan.

Las prescripciones anteriores tienden a evitar los daños que la inexperiencia de quien se encuentra sometido a los efectos de esta institución podría ocasionarle si dejare su hogar sin autorización y consejo, pudiendo contraer obligaciones de cualquier género que comprometiesen gravemente su patrimonio.

Ahora bien, en aquellos casos en que las personas que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al de quienes se encuentren sometidos a ella, éstos sólo serán representados en juicio y fuera de él por un tutor.

### **1.3.2 Respetto a la Persona de los Padres o abuelos (quienes la ejercen).**

Los padres deben respetar y tener consideración sobre sus hijos, en cualquier estado o condición que se encuentren, esto en concordancia con lo expuesto en el punto 1.3.1 anterior al hablar de los sujetos a la patria potestad. Esta obligación también le permite a quien ejerce la patria potestad, criar según su mejor criterio al menor, creando a la vez una afinidad entre ellos difícil de encontrar en una persona ajena o desconocida.

Otro efecto se da aún cuando quien ejerce la patria potestad no tiene la custodia del menor sin embargo, tiene el derecho de convivir con él salvo que de esta convivencia se derive un peligro para ellos, como en los casos de algún padecimiento mental, alcoholismo, prostitución, etcétera. En ocasiones el juez autoriza las visitas con supervisión de alguna trabajadora social o de alguna persona de confianza para el menor.

Nada ni nadie podrá impedir sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus parientes. En caso de oposición, a petición de cualquiera de ellos el juez de lo familiar resolverá la conducente en atención al interés superior del menor.

Sólo por mandato judicial podrá limitarse, suspenderse o perderse el derecho de convivencia, así como en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, conforme a las modalidades que para su ejercicio se establezca en el convenio o resolución judicial.

Las personas que tienen a un menor bajo su patria potestad o custodia, deberán educarlo convenientemente, en caso de que no cumpla con esta obligación y dicha situación llegue al conocimiento del Consejo Local de Tutela, darán parte al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Por otra parte, quienes ejerzan la patria potestad, tienen la facultad de corregir a los menores y la obligación de observar ante ellos una conducta que sirva a éstos de ejemplo.

El artículo 423 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el corregirlo no implica infligir al menor, actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica.

## **1.4 Efectos con relación a los bienes:**

### **1.4.1 Administración y usufructo de los bienes.**

Los bienes de los hijos, como ya se dijo, mientras éstos se encuentren bajo el ejercicio de la patria potestad, son de dos clases:

- a) Los que adquiera por su trabajo
- b) Los que adquiera por cualquier otro título.

Los de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al menor.

En cuanto a los de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto, por el testador, o donante en su caso.

No obstante lo anterior los padres podrán renunciar a su mitad del usufructo a favor del hijo, siempre y cuando lo hagan por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, dicha renuncia será entendida como donación.

En todo caso, los réditos y rentas que hayan vencido antes de que los padres o ascendientes que ejerzan la patria potestad entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponden al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso

serán frutos de que deba gozar la persona que esté en el ejercicio de la patria potestad.

Cuando por la ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces.

El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejercen la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que la ley impone a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los siguientes casos:

- Cuando lo que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;
- Cuando contraigan ulteriores nupcias:
- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

- Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor de edad de los hijos.
- Por la pérdida de la patria potestad
- Por renuncia.

#### **1.4.2 De las garantías.**

Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ó 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, con fundamento en el artículo 436 primer párrafo del Código Civil para el Distrito Federal.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos, vender valores comerciales, industriales, títulos, hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, y dar fianza en representación de los hijos, con fundamento en el artículo 436, segundo párrafo del Código Civil para el Distrito Federal.

Las personas que ejercen la patria potestad están obligados a dar cuentas de la administración de los bienes de los hijos según lo dispuesto por el artículo 439 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las personas que ejercen la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen, de conformidad con el artículo 442 del Código Civil para el Distrito Federal.

Como se puede advertir, con lo establecido anteriormente el Código Civil para el Distrito Federal, intenta proteger los bienes del menor de cualquier abuso que pudiere cometer la persona que ejerce sobre ellos la patria potestad.

#### **1.4.3 Autorización judicial.**

El juez de lo familiar según el caso concreto podrá conceder a los que ejercen la patria potestad, licencia para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomando las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto

se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca a favor del menor.

Asimismo, los jueces tienen la facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancia de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años o del Ministerio Público.

En la práctica en el caso de la enajenación de un inmueble propiedad del menor, el notario ante quien se autoriza dicho acto, consigna ante el juez que dio la licencia para la enajenación, el billete de depósito expedido por Nacional Financiera con el que se cubrió el precio de la enajenación; coadyuvando así el notario a la protección económica del menor contra los abusos que pudieran cometer sus representantes legales.

### **1.5 De la extinción, pérdida, suspensión y limitación de la patria potestad.**

1.- La extinción se refiere a la terminación de la patria potestad como tal, es decir la extinción implica la desaparición de dicha figura, porque por alguna razón la misma ya no puede cumplir con su objetivo.

El Código Civil para el Distrito Federal, establece en el artículo 443, que la patria potestad se extingue:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio contraído por el menor.
- III.- Por la mayor edad del hijo

IV.- Con la adopción del hijo. (en este caso, la patria potestad la sigue ejerciendo el adoptante).

2.- La pérdida de la patria potestad es absoluta e implica una medida de sanción para quien la ejerce de manera incorrecta o que no cumple con las implicaciones del ejercicio de la misma, en éstos términos la patria potestad se pierde:

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

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 289 del Código Civil del Distrito Federal.

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

IV.- Por el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad.

V.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos

VI.- Por el abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos por más de seis meses

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

VIII.- Cuando el que la ejerza, sea condenado dos o mas veces por delito grave.

La razón de la sanción se da por el incumplimiento en una de las obligaciones del que ejerce la patria potestad, si dicha persona no cumple con sus obligaciones no tiene derecho a ejercer la patria potestad.

3.- La suspensión de la patria potestad, se da por causas ajenas a la voluntad de la persona que la ejerce, en los siguientes casos:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente

II.- Por la ausencia declarada.

III.- Cuando el consumo del alcohol, el hábito del juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso (que produzcan efectos psicotrópicos).

IV.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Es una medida preventiva, que no implica una sanción a los padres, se trata de evitar que el hijo carezca de una adecuada asistencia.

4.- Limitación: El Código Civil para el Distrito Federal limita perfectamente el ejercicio de la patria potestad, en los casos de divorcio o separación, estableciendo que cuando los que ejerzan la patria potestad pasen a segundas nupcias, no perderán por ese hecho los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad; así como tampoco el cónyuge o concubino con quien se una, ejercerá la patria potestad de los hijos de la unión anterior.

Ahora bien, la propuesta central de este trabajo, hace necesario el análisis del juicio de interdicción, que es un paso previo a la designación de tutor, aunque es un procedimiento judicial no contencioso, para las personas interesadas llega a ser muy doloroso, costoso, y agotador, por lo que en muchos de los casos, a

pesar de la importancia jurídica de su tramitación, no se realiza. El desuso de este procedimiento provoca a futuro mayores complicaciones para los incapacitados, por lo que se propone suprimir éste trámite, sólo en el caso a que se refiere el capítulo tercero de este trabajo.

El código adjetivo que regula este procedimiento al referirse a la interdicción lo hace como “el estado de incapacidad”. Es incapaz, quien carece de la capacidad de obrar.

En el derecho romano los *interdicta* consistían en órdenes emanadas del magistrado *cum imperio*, ya prohibiendo ya ordenado algo, generalmente de manera transitoria, en tanto desaparecían las causas que habían dado origen a su pronunciamiento.

Entre ellos es de citarse *interdictio prodigi* que tenía lugar por virtud de una orden emanada del magistrado para que el pródigo no pudiera válidamente realizar actos de disposición de sus bienes. La finalidad primordial de la *interditio* era proteger a ciertas personas o determinadas situaciones.

En nuestro derecho se entiende por interdicción, “la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona mayor de edad, declarada por un juez competente (de lo familiar).”<sup>26</sup>

Según Rafael de Pina, interdicto es “el que está privado del ejercicio de derechos civiles en virtud de resolución judicial fundada que así lo disponga”.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Artículos 52 fracción II de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia, y 633 del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>27</sup> DE PINA, Rafael, Op Cit p. 388

En nuestro régimen jurídico la declaración de interdicción tiene por objeto la protección de la persona y los bienes del mayor de edad que ha caído en estado de incapacidad por alguna de las causas antes mencionadas, proveyendo para esa finalidad la designación de un tutor o curador para quien, por la razón antes dicha, no pueda gobernarse por sí mismo ni atender debidamente a la administración de su patrimonio.

En este sentido, el derecho mexicano se aparta de otros regímenes extranjeros, como el derecho español, que conocen la interdicción civil como una pena política a consecuencia de la comisión de ciertos delitos de orden patrimonial, en los que los tribunales civiles en coordinación con la justicia penal decreta la prohibición para el penado de seguir participando en los negocios de la vida civil. Aprovechamos este momento para señalar otro punto del derecho civil español de gran relevancia para este trabajo. El artículo 171 de su Código Civil permite la prorroga de la patria potestad, en los supuestos que el mismo establece y los modos de terminación de la misma, a lo que en ese sistema jurídico se le llama “la patria potestad prorrogada”.

En el derecho mexicano, el estado de interdicción genera la necesidad de protección al incapaz, toda vez que salvaguarda y conserva su patrimonio, así mismo otorga aseguramiento de los alimentos y ayuda al ejercicio de los derechos y obligaciones. Su finalidad se concretiza con el nombramiento de un tutor que se haga cargo del incapaz y de sus bienes quien deberá administrarlos, proporcionarle vestido, habitación, alimentación, educación, asistencia médica, asistencia hospitalaria y si su incapacidad lo permite enseñarle algún oficio, arte o profesión.

Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, es decir, sin que se declare al incapaz mayor de edad en estado de interdicción.

Cuando se presente alguna de las hipótesis mencionadas en el artículo 450 del Código Civil, deberá solicitarse al juez que haga la declaración del estado de interdicción.

En estos casos dicha solicitud dirigida al juez de lo familiar, únicamente podrá ser solicitada por:

- 1- El mismo incapaz a partir de los dieciséis años.
- 2- Por el cónyuge,
- 3- Por los presuntos herederos legítimos.
- 4- Por el albacea del incapaz
- 5- Por el Ministerio Público

Lo anterior con fundamento legal en el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Las críticas que hago al precepto citado son las siguientes:

1.- Un presunto "incapaz" no podría darse cuenta de su incapacidad y mucho menos estar consciente de que debe iniciar un juicio para que sea declarado por un juez en estado de interdicción, y en consecuencia le nombre un tutor para su protección.

En virtud de lo anterior, me parece que el punto uno del artículo 902 del ordenamiento legal en cita, no tiene razón de ser, puesto que no puede tener por sí solo operatividad.

En el caso de los puntos tres y cuatro del artículo en comento, considero que es absurdo ya que ni los herederos, y mucho menos el albacea de cualquier persona pueden conocerse hasta que se inicie el procedimiento sucesorio respectivo, mismo que se denuncia hasta la muerte del “incapaz”, causa por la cual nadie en carácter de heredero ni albacea puede promover este juicio.

Siguiendo con el análisis del mismo artículo es de advertir que el legislador olvidó facultar a los padres del incapaz para ser ellos quienes pudieran iniciar ante el juez de lo familiar la declaración del estado de interdicción, siendo un grave error al considerar que el incapaz menor de edad generalmente, se encuentra bajo la patria potestad y custodia de sus padres, y ellos, por lo tanto son los principales interesados en obtener dicha declaratoria; sin embargo tomando en cuenta el tema que se propone, ésta inadecuada redacción del código nos abre la puerta para que se establezca que el padre, la madre, o ambos, y los abuelos en su caso, en ejercicio de la patria potestad, no soliciten el juicio de interdicción del incapaz sino la declaratoria de prórroga de la patria potestad en su favor.

El juicio de interdicción como cualquier otro procedimiento judicial, se lleva a cabo por etapas que brevemente comentaré:

**PRIMER ETAPA.-** El juicio de interdicción comienza con un escrito inicial de petición o solicitud de la declaración de interdicción que se deberá hacer sobre un incapaz.

Toda solicitud debe contener los requisitos establecidos por el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles, es decir:

- El tribunal competente.
- Nombre y domicilio de quien promueve.
- Lo que se solicita del juez.
- Los hechos que fundan dicha solicitud.
- Los fundamentos de derecho y,
- La firma de quien suscribe.

La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que se refiere el artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá ante entre el peticionario y un tutor interino que para tal efecto designe el juez, quien además debe tomar las medidas tutelares conducentes para el aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado para ello.

Ordenará que el incapacitado se ponga a disposición de los médicos alienistas, si del dictamen médico, resultare comprobada la incapacidad o por lo menos hubiere duda fundada sobre la incapacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez designará las siguientes medidas:

- a) Nombrará un tutor y un curador interinos o provisionales, es decir, una persona que proteja al incapaz y sus bienes; y otra que vigile que dicha persona actúe en beneficio del incapaz.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> En su caso querrán ser el padre, la madre, el cónyuge, los hijos, los abuelos o los hermanos.

A falta de cualquiera de éstos podrá ser algún pariente o amigo del incapacitado a elección del juez.

b) Acto seguido, el juez ordenará poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino y proveerá legalmente de la patria potestad o de la tutela a las personas que tuviere bajo su guarda al presunto incapacitado.

Si existe alguna inconformidad con alguna de las medidas cautelares referidas con anterioridad se podrá interponer en contra de la resolución que las dicte, el recurso de apelación.

SEGUNDA ETAPA .- Se procederá a practicar un segundo examen médico al presunto incapacitado. En caso de discrepancia entre los peritos que rindieron el primer dictamen y los del segundo se practicará una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiera el juez designará peritos terceros en discordia.

Posteriormente el juez citará a audiencia, en la cuál, se dictará resolución. 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. (Artículo 462 del Código Civil para el Distrito Federal)

Si en dicha audiencia hubiere oposición de parte, se sustanciará en juicio ordinario con intervención del Ministerio Público.

JUICIO ORDINARIO.- Durante el procedimiento subsistirán las medidas decretadas conforme a la Segunda etapa y se podrán modificar por cambio de circunstancias o por la aportación de nuevos datos que funden su conveniencia.

El incapacitado tendrá derecho de audiencia, porque el mismo podrá ser oído en el juicio si lo solicita, independientemente de la representación atribuida al tutor interino.

Como todo juicio ordinario civil, el mismo se abrirá a prueba, por lo que el estado de incapacidad podrá probarse por cualquier medio idóneo. (certificado del servicio medico legal o de institución de salud oficial).

Para tal efecto, 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. En la audiencia de desahogo de pruebas, el juez podrá hacer al incapacitado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

Después de la audiencia de desahogo de pruebas, el juez de lo familiar tendrá que hacer la valoración correspondiente de las mismas, para proceder a dictar la resolución correspondiente, declarando o no el estado de interdicción, y proceder al nombramiento de tutores y curadores.

No obstante lo anterior, 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 tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción, se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutores definitivos.

El tutor interino, deberá rendir cuentas al tutor definitivo con intervención del curador.

Los efectos o consecuencias que trate la declaratoria de incapacidad o estado de interdicción, son los siguientes:

1.- Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados sin la autorización del tutor, salvo cuando se trate de bienes, producto de su trabajo.

2.- También serán nulos los actos de administración y los contratos celebrados por los emancipados, si son realizados sin la autorización judicial o sin la asistencia del tutor.

La nulidad a que se hizo referencia en los párrafos anteriores, puede ser alegada sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores, ni por los mancomunados en ellas.

La acción prescribe en los mismos términos que una acción real o personal, dicha acción no puede ser alegada por menores que han presentado certificados falsos del Registro Civil para hacerse pasar por mayores de edad.

3.- Otro efecto importante, es que el incapacitado es declarado como tal frente a terceros y dicha situación va a surtir efectos frente a terceros, abriendo así paso a la figura de la tutela y curatela.

En consecuencia de lo anterior, queda clara la necesidad de conocer y estudiar la figura de la tutela, que, insistimos es una institución importante de nuestro derecho, pues permite al incapaz ejercer, aunque no por sí mismo, sus derechos y

obligaciones, pero que, en el caso que se plantea en este trabajo y que se expone ampliamente en el tercer capítulo del mismo, se propone sustituir por la prórroga de la patria potestad por considerarla más conveniente, esta conveniencia se descubre precisamente de su estudio y su comparación con la patria potestad, en la cual observo cualidades imposibles de darse en un régimen de tutela y que insisto es más conveniente para el incapaz, que tiene la posibilidad de continuar bajo el cuidado de sus padres.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### LA TUTELA EN EL DISTRITO FEDERAL

#### **2.1 La tutela**

La tutela es una de las relaciones “cuasi familiares”; a diferencia de la patria potestad, en este tipo de relaciones los sujetos que forman parte de ellas no necesariamente son familiares, pero las necesidades que se satisfacen con ella sólo en la familia tienen verdadera solución, que son las concernientes a la asistencia, el cuidado, la protección y la representación de aquellas personas que por su situación de inferioridad jurídica no pueden bastarse a sí mismas.

La palabra tutela procede del verbo latino *tueor*, que significa defender, o proteger, y comprende la protección tanto de la persona incapaz como de su patrimonio. Galindo Garfias señala lo siguiente: “Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio”.<sup>29</sup>

Otra definición conceptúa a la tutela como la institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee la representación, la protección, y la asistencia, de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica. Es por tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Vid. GALINDO, GARFIAS, Ignacio, Op Cit. p 689

<sup>30</sup> Vid. DE PINA, Rafael, Op Cit. p 386

La tutela es considerada también como un cargo público; para fundamentar esta idea, se dice que es la manera por la que el Estado otorga protección a los infantes; para otros es un cargo privado por constituir más que una función y una carga, un “ministerio privado”<sup>31</sup>

“Planiol y Ripert, definen la tutela como una función jurídica, confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrarlo.”<sup>32</sup>

En el Derecho Romano, las personas *sui iuris*, que como ya se dijo en el primer capítulo no dependían de nadie, podían llegar a tener una incapacidad en razón de lo siguiente:

- Falta de edad
- Por razón de su sexo
- Alteración en sus facultades mentales
- Prodigalidad.

Las primeras dos incapacidades daban lugar a la tutela, las dos últimas a la curatela. La curatela en derecho romano por lo tanto, difiere en mucho a la curatela que establece el actual Código Civil que rige para el Distrito Federal y que se estudiará un poco más adelante.

En el Digesto, Paulo afirma que Servio Sulpicio define la tutela como “el poder dado y permitido por el derecho civil sobre una cabeza libre a efecto de protegerlo en virtud de que a causa de su edad no puede defenderse por sí

---

<sup>31</sup> Op Cit. p 689

<sup>32</sup> Vid Planiol Op Cit. p. 416.

mismo" (*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*).<sup>33</sup>

Tutela del Impúber.- La función primordial de la tutela del impúber, era el buen manejo de su fortuna y no la de ocuparse de forma directa de su guarda y educación, el tutor no podía ser acreedor ni deudor del pupilo, y si se diera alguna de estas situaciones durante el ejercicio de la tutela, el tutor debía renunciar al cargo, so pena de no ser reconocido como acreedor, o bien de perder su crédito.

Existían 3 clases de tutela mismas (que prevalecen hasta la fecha):

1. Testamentaria
2. Legítima
3. Dativa

Tutela de la Mujer.- Esta tutela era de carácter perpetuo, puesto que la mujer tenía su capacidad limitada para llevar a cabo ciertos actos en referencia con su patrimonio, esta tutela podía pertenecer a cualquiera de las tres clases mencionadas en el párrafo anterior.

En la época de Augusto, se le liberó a la mujer de ésta representación salvo ciertas limitaciones, a lo que se le llamó *ius liberorum*.

Actualmente en el derecho positivo mexicano, las personas en las que puede recaer la tutela son:

---

<sup>33</sup> Vid Morineau, Martha, Op Cit p 76

EL MENOR DE EDAD.- La tutela del menor se da en un primer caso, cuando no existe persona alguna que pudiera ejercer la patria potestad, de donde se deriva que esta institución es supletoria de la segunda, la cual provee la representación, protección y asistencia de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, es decir para regir, su actividad jurídica, de manera personal y correcta.

Un segundo caso, en que se puede presentar la figura de la tutela es cuando existe un conflicto entre el menor y quien ejerce la patria potestad, nombrándosele un tutor dativo.

EL MAYOR DE EDAD.- En relación con los mayores de edad, la tutela se da cuando tienen alguna incapacidad que provoca su interdicción o cuando se produce la liberación de la patria potestad por la emancipación, para los casos previstos en la ley que requieren la presencia del tutor.

El Código Civil para el Distrito Federal, al hablar del objeto de la tutela en su artículo 449 establece, que éste es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente, la segunda, para gobernarse por sí mismos, y también señala como un segundo objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

Como ya se había mencionado en el capítulo anterior quienes tienen las incapacidades a que nos referimos son:

- los menores de edad

- los mayores de edad que por causa de una enfermedad no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos, éstos últimos son los destinatarios de la propuesta de este trabajo, misma que se desarrollará en el siguiente capítulo.

La incapacidad natural y legal hace referencia a la inteligencia y a la voluntad, y sólo se consideran como incapacitados aquellos que por su edad, o por alguna circunstancia psicológica o biológica estén afectados en cuanto a ellas.

A diferencia de la patria potestad, el código mismo define a la tutela como un cargo de interés público, este cargo no puede rehusarse por el obligado a ejercerlo, quedando incluso como responsable de los daños y perjuicios causados al incapacitado por su negativa, claro está salvo causa legítima. Incluso, para que un tutor o curador puedan ser removidos de su cargo, antes deben haber sido oídos y vencidos en juicio, según lo establecido en el artículo 463 del Código Civil para el Distrito Federal. Todo lo anterior es necesario ya que se trata de una institución para la protección al incapaz.

El objeto de la tutela puede estudiarse desde tres puntos de vista:

El primero es la guarda y cuidado del incapaz, (es decir del menor que tenga o no alguna incapacidad y de los mayores incapacitados). La redacción en nuestra legislación nos hace pensar que se da preferencia a la persona que a los bienes, el texto de los artículos 449 y 500 del Código Civil para el Distrito Federal respectivamente a la letra dicen:

“...en la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados...”

“...A los menores que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo...”

La guarda de la persona comprende el alimento y la educación que el tutor esta obligado a proporcionar al incapaz según lo establece la fracción primera del artículo 537 del Código Civil para el Distrito Federal.

El segundo es el cuidado de los bienes del incapaz y la administración de los mismos, y que origina en nuestro Derecho la función del cargo del curador, cuya función primordial es vigilar el desempeño del cargo del tutor, cuidando a su vez de los derechos patrimoniales del incapacitado.

Y el tercero es la representación del incapaz, al igual que en la patria potestad, a la cual suple, el tutor representa al menor en todo momento, la minoridad, el estado de interdicción y las demás situaciones establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad jurídica, y quienes están en esa situación sólo pueden ejercer sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, según lo establece el artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal. Se trata, de una representación, y no de un complemento de la capacidad de obrar de quien no la tiene.

En el ejercicio de la tutela intervienen además, el curador, el juez de lo familiar y el Consejo Local de Tutelas.

Como requisito esencial para que una persona se sujete a la tutela se debe comprobar su incapacidad y que ésta se declare en los términos del Artículo 462 del Código Civil para el Distrito Federal.

En algunos casos para la celebración de ciertos actos jurídicos un menor de edad necesita del consentimiento de su tutor para que éstos puedan surtir plenos efectos, pero en sí, quien realiza dicho acto es el menor directamente siendo más que un consentimiento una “autorización” por parte del tutor, dentro de la esfera de éstos actos se encuentran los siguientes:

- Contraer matrimonio.
- El reconocimiento de un hijo
- En el otorgamiento de testamento habiendo cumplido 16 años (el menor puede designar al tutor que le corresponde en la legítima y dativa e incluso al curador)
- En relación a los bienes que adquiere por su trabajo, tiene la propiedad, la administración y el usufructo.
- Prestar libremente sus servicios, habiendo cumplido los 16 años, con las limitaciones que establece la ley, a partir de los 14 años necesitan autorización.
- Deben ser consultados los mayores de dieciséis años en la administración del caudal en caso de la tutela.

#### Naturaleza Jurídica de la tutela

A) INSTITUCIÓN.- Definida como “...el conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran la función de estado de asistencia para normar a los jurídicamente incapaces”.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Vid. Galindo Garfías Op Cit. p 689

Federico Puig Peña, dice que “la tutela es aquella institución jurídica que tiene por objeto la protección y cuidado de la persona o patrimonio de los que por su incapacidad legal están imposibilitados de gobernarse a sí mismos”.<sup>35</sup>

B) FUNCIÓN.- Planiol señala que “es una función jurídica, confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de la persona de un incapaz y en la administración de los bienes de éste”.

C) PODER.- Ruggiero, por su parte la considera como un “poder”, en su doctrina sobre los poderes familiares, expresa que “la tutela es un poder protector cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley, que la establece para suplir la incapacidad, ya de los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general. El ejercicio de este poder es un verdadero mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone”. Es un caso de representación legal cuyas facultades están previstas en la ley.

D) CARGO PÚBLICO.- En Colombia, el Código define la tutela y curatela como “cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellas que no pueden dirigirse por sí mismas o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad del padre y marido, que pueden darles la protección debida”.

En Chile son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos. El caso de México, ya fue tratado anteriormente, siendo definido en el propio Código Civil como un cargo de interés público.

Evidentemente la tutela es una institución, que a semejanza de la patria potestad, es una institución formada por un conjunto de reglas de orden público,

---

<sup>35</sup> PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Vol. I y II, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971 p. 390

cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los menores y/o mayores de edad que no están sujetos a patria potestad, y que pueden tener o no incapacidad legal y/o natural, que responde a una necesidad social en su beneficio.

Al considerar la importancia de la tutela para nuestro sistema jurídico debemos tomar en cuenta que es una institución jurídica, social, moral, y de matiz económico. Por lo anterior, quien ejerza el cargo de tutor debe ser una persona idónea que pueda brindar al incapacitado, la formación adecuada en cada uno de estos aspectos, como lo haría un buen padre, por ello, en el caso específicamente señalado como tema central de este trabajo en el capítulo siguiente, se hace innecesario nombrar como tutores del incapaz que cumple la mayoría de edad a los padres, siendo que éstos lo que deben seguir ejerciendo es la patria potestad.

En cuanto a los que intervienen en su ejercicio se considera un acto plurilateral y mixto; ya que en todos los casos interviene

- 1.- El Juez de lo Familiar
- 2.- El Ministerio Público
- 3.- El Tutor (quien debe manifestar su consentimiento al aceptar)
- 4.- El Curador
- 5.- El Consejo Local de Tutelas.

En la legislación comparada es posible clasificar los sistemas tutelares del derecho moderno en tres categorías:

a) Tutela de autoridad.- Considera que la protección al pupilo o incapacitado es un asunto del Estado, por lo que dentro de este sistema existen legislaciones que encomiendan la misión tutelar a las autoridades judiciales, en

nuestro derecho participan éstas autoridades, es decir, el juez de lo familiar y el Consejo Local de Tutelas, que es una autoridad administrativa.

b) Tutela de Familia.- Este sistema se establece en aquellos países que entienden la tutela como una misión de familia, que sólo puede llevarse a cabo de manera correcta por personas ligadas al menor por los vínculos del parentesco o de la buena amistad, en estos casos, el mecanismo y funcionamiento de la tutela está en manos del “consejo de familia” que posee autoridad suprema en esta materia.

c) Sistema mixto.- Este sistema se caracteriza porque participa de los dos anteriores no obstante de ser familiar, se ejerce bajo la vigilancia de funcionarios administrativos encargados de los menores, con facultades semejantes a las que pudiera tener el Ministerio Público.

#### Diferencias entre la tutela y la patria potestad

Se reconoce que la tutela es una institución supletoria de la patria potestad, por lo tanto, existen similitudes entre ambas instituciones, pero no necesariamente identidad.

En cuanto a su fuente, la patria potestad se origina del vínculo natural que surge de la consanguinidad, y en su caso por la adopción, en cambio, la tutela se origina por el derecho positivo, que crea y organiza la institución en la leyes, según las necesidades propias de cada país.

El ejercicio de la tutela se encuentra más limitado que el de la patria potestad, pues en el caso de ésta última se deja a quienes la ejercen, mayor libertad, suponiendo que hay una mayor respuesta de cuidado y protección del

padre hacia el hijo derivada de la propia naturaleza de su relación. La relación jurídica que se establece entre tutor y pupilo carece de lo anterior, por lo cual la ley fija límites más estrictos al tutor y curador, haciendo necesaria la participación más frecuente del juez de lo familiar.

La patria potestad es la institución principal, la tutela es subsidiaria, pues se da cuando no hay quien guarde de la persona y bienes de los incapacitados.

Caracteres de la Tutela.-

1.- Orden Público.- La tutela es un cargo de interés público, su ejercicio se considera como una representación legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone, que no es público porque su misión es puramente privada, o sea la guarda de la persona y bienes del incapaz. Pero si es de orden público como todas las leyes que se refieren a la familia, al estado familiar, al matrimonio, etcétera.

Por ser parte del “derecho de familia”, ni los particulares, ni el poder judicial pueden modificarla, ni el nombramiento de tutor, el ejercicio de sus poderes, garantías, suspensión, etcétera, de aquí se deduce que como representación legal es obligatoria.

2.- Obligatoria.- Precisamente por lo dicho en el punto que precede, es un cargo obligatorio “del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima” según lo dispuesto por el artículo 452 del Código Civil para el Distrito Federal. Las excusas están limitativamente señaladas en la ley y no se pueden argumentar otras por analogía o mayoría de razón. Las excusas hacen referencia al trabajo que desempeña el que hubiere sido designado tutor (empleado público o militar); a los que tuvieren bajo su patria potestad tres o más descendientes; a los que fueren

tan pobres que no pudieran atender al pupilo; a los que tuvieran mal estado de salud o que hubieren cumplido sesenta años y, naturalmente, aquellos otros que tuvieran ya una tutela o curatela desempeñando, o bien que por inexperiencia en los negocios no estuvieren en aptitud de desempeñar convenientemente el cargo de tutor.

3.- Guarda y Representación del Menor o del Incapaz.- (Su objeto específico). La tutela siempre se da en beneficio del menor no sujeto a patria potestad, o del mayor incapacitado, mediante las facultades del tutor para brindar la guarda de la persona y bienes del incapaz, según lo dispuesto por el artículo 449 del Código Civil y su representación en juicio y fuera de él conforme con el artículo 537, fracción quinta del mismo ordenamiento legal.

4.- Cargo Remunerado.- No hay uniformidad en las legislaciones en esta materia. En nuestro Derecho es un cargo remunerado, el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapaz, misma que podrá fijar en su caso, quien lo nombre como tutor en su testamento. Para los tutores legítimos y dativos, la remuneración la fijará el juez, con fundamento en el artículo 585 del Código Civil.

El tutor puede perder el derecho a remuneración por su cargo si incumple la prohibición de contraer matrimonio con su pupilo sin obtener previamente la autorización que exige el artículo 159 del Código Civil y deberá devolver lo que hubiere recibido anteriormente; ésta prohibición se extiende al curador y a los descendientes de uno y otro, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 589 del Código Civil.

5.- General en cuánto a sus facultades.- Al tutor se le otorgan facultades al discernirse el cargo, las que pueden ejercer respecto a la persona del menor o incapacitado, a la administración de sus bienes y tiene poder para actos de

dominio para gravar o enajenar bienes inmuebles o muebles preciosos (los cuales debe ejercer previa autorización judicial), así como facultades para pleitos y cobranzas para representar al menor en todo momento, dentro y fuera de juicio.

6.- Origen Legal.- Como institución auxiliar de la patria potestad, su origen no deriva de la naturaleza o parentesco que genera derechos, deberes y obligaciones; sino que se establece, como ya hemos dicho, por la ley, misma que fija todo lo relativo a ésta institución, en cuanto a su nombramiento, discernimiento, ejecución del cargo, etcétera.

7.- Supletoria.- La supletoriedad de la tutela hace referencia sólo al caso de menores.

La tutela de mayores no es una suplencia de alguna otra institución jurídica; así como en el caso de la emancipación derivada del matrimonio, al presentarse cualquiera de estos dos eventos automáticamente esa persona deja de estar sujeta a la patria potestad, y si tiene alguna otra de las incapacidades consignadas en la ley como naturales o legales, entrará en tutela como una institución original.

8.- Personal.- La tutela es un cargo personalísimo. No puede transferirse por acto entre vivos ni pasa a los herederos del tutor. Sin embargo, el tutor está en posibilidad de hacerse representar por un mandatario para la ejecución de ciertos actos concretos de su encargo.

En el caso de que el tutor sea una persona moral el desempeño de la tutela y el responsable de la guarda y cuidado del menor o incapacitado será su administrador.

9.- Unidad Tutelar.- Principio consignado en el Artículo 455 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“... la tutela se ejercerá por un sólo tutor excepto cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y de los bienes..”

Por el contrario, puede haber pluralidad de pupilos según lo permite el artículo 456 del mismo ordenamiento legal (hasta de tres incapaces y si éstos son hermanos, coherederos o legatarios de la misma persona pueden ser más de tres).

Dentro del mismo principio, debe también señalarse que el cargo de tutor y curador de un incapaz no puede desempeñarse al mismo tiempo por una sola persona, excluyéndose también a las personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta o dentro del cuarto grado de la colateral, pues así lo establece el artículo 458 del Código Civil para el Distrito Federal.

La razón de ésta unicidad en tutela se basa en evitar conflictos entre los posibles tutores y curadores, que provocarían perjuicio al pupilo.

La pluralidad de tutores puede llegar a darse en el caso de la tutela testamentaria, pues el ascendiente, un tercero o el adoptante pueden, designar varios tutores, en cuyo caso desempeñará la tutela el primero de los nombrados a quien substituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción según lo dispone el artículo 477 del Código Civil para el Distrito Federal.

10.- Temporalidad.- En el caso de la tutela de menores, ésta termina cuando éste llega a la mayoría de edad. En caso de tutela sobre un mayor de edad incapacitado, ésta se ejercerá mientras dure la incapacidad, a lo que hay que agregar que si el tutor es extraño tendrá derecho a ser relevado de su cargo a los diez años de estarlo desempeñando.

11.- Tutela Testamentaria, excluyente de la patria potestad.- El nombramiento de tutor testamentario hecho por el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado ejerce la patria potestad, tiene como efecto excluir del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados pues así lo dispone el artículo 471 del Código Civil para el Distrito Federal.

## **2.2 Distintos tipos de tutela.-**

Una clasificación se da en razón de la fuente del nombramiento del tutor:

- A) La voluntad del testador
- B) El parentesco ó
- C) La designación que el juez haga de la lista de tutores y curadores que anualmente debe elaborar el Consejo Local de Tutelas.

Además también regula la ley para algunos casos específicos las siguientes clases de tutela

- D) La interina y
- E) La especial.

En relación al ejercicio o facultades del tutor es:

- Definitiva o Plena.- En la que el tutor posee plenas facultades, que la propia ley consigna y las ejerce al habersele discernido el cargo que le confiere los poderes y facultades inherentes a su función.
- Interina y Especial.- La tutela interina se desempeña temporalmente, cuando el tutor definitivo no pudiera desempeñar su cargo por alguna de las causas previstas en la ley. Esto no significa que cubre una vacante temporal del tutor definitivo. En general se nombra por el juez, en defensa del incapaz, cuando los intereses de éste fueren opuestos a los intereses de quienes ejercen la patria potestad, o la tutela.<sup>36</sup>

La duración de la tutela, independientemente de las causas para su extinción se define tomando en cuenta si el tutor es o no pariente del pupilo. En caso de que sea un pariente en la línea recta, (ascendientes y descendientes), la tutela durará el tiempo que subsista la interdicción, es decir que son los únicos obligados permanentemente, en el caso del cónyuge, estará obligado a desempeñarlo mientras conserve su carácter de cónyuge. Quienes por el contrario no sean parientes tienen derecho a que se les revele del cargo a los diez años de su ejercicio. El artículo del Código Civil que fundamenta lo anterior es el 466, y omite hacer referencia a los parientes colaterales.

En nuestro derecho se han conservado las tres clases de tutela a que me referí al hablar de ella en el antiguo derecho romano. El artículo 461 de nuestro actual ordenamiento civil señala:

“La tutela es testamentaria, legítima o dativa”.

---

<sup>36</sup> Fundamentado en los artículos 440 y 557 del Código Civil para el Distrito Federal.

Es decir, en el caso de la Testamentaria, para el nombramiento del cargo del tutor de menores o incapacitados, se necesita que exista tutor y/o curador ya designado en testamento por el padre o la madre sobrevivientes (o alguno de los que ejerzan la patria potestad), previniendo la realidad de su fallecimiento, por lo que nombran como tutor a la persona que a su juicio debe merecer el honor y la carga de asumir el cuidado de la persona y bienes de su menor hijo o incapacitado.

Puede acontecer que los padres nada hayan dispuesto tutor para sus hijos, razón por lo cual corresponderá, que se les otorgue la tutela legítima, en este caso el cargo le corresponderá a los parientes más próximos en los términos de ley.

Por último, puede acontecer que los padres no hubiesen dispuesto cosa alguna para el cuidado y atención del menor, y que éste tampoco tuviere parientes en el grado que la ley exige para el desempeño del cargo, en cuyo caso el juez de lo familiar deberá otorgar la tutela dativa, mediante la cual designará como tutor a una persona extraña, es decir no pariente.

### **2.2.1 Legítima, de los menores de edad y mayores incapacitados.-**

La tutela legítima por razón de orden y preferencia, corresponde a aquellas personas que por su próximo parentesco, deben responder al nombramiento y ejercer el cargo. Esta tutela se basa en los lazos de parentesco que suponen amistad, afecto y cariño, y que los hace preferentes a cualquier tutor extraño.

Dentro de la amplitud del parentesco, sólo algunos deben responder para asumir el cargo de tutor. También se hace referencia a los directores de hospicios y casas de beneficencia que reciben expósitos.

Tutela de los menores de edad.- Respecto a los menores de edad, corresponde desempeñarla a los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas; por falta o incapacidad éstos, corresponderá a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive, y si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá dentro de ellos al que le parezca más apto para el cargo. El menor que hubiere cumplido dieciséis años hará la elección del tutor legítimo dentro de los parientes consignados por la ley, de conformidad con los artículos 483 y 484 del Código Civil para el Distrito Federal.

Tutela de los menores incapacitados.- Por incapacidad natural, están sujetos a la tutela de menores mientras no lleguen a la mayor edad.

Tutela de los mayores incapacitados.- los que habiendo cumplido dieciocho años, tuvieren alguna de las incapacidades naturales que los califique como tales en los términos de ley.

Mayores incapacitados.- Para los mayores que tuvieren alguna incapacidad natural o legal de las que señala el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, en su fracción segunda, la ley previene lo siguiente:

1) Cónyuges, La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge.<sup>37</sup>

2) Hijos, En caso de que no hubiere cónyuge, los hijos mayores de edad serán tutores de su padre o madre viudos, incluyendo a los divorciados, y los casos de nulidad del matrimonio.

---

<sup>37</sup> Artículo 486 del Código Civil para el Distrito Federal.

Si hubiere varios hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o la madre, y siendo varios el juez elegirá el que le parezca más apto.

3) Padres. Como correspondencia, y siguiendo los principios del derecho de familia, los padres son por derecho tutores de sus hijos solteros o viudos (sin hijos), inclusive a los divorciados y aquellos cuyo matrimonio hubiere sido nulificado, siguiendo el principio de la unidad del cargo, deberán ponerse de acuerdo sobre quién de los dos padres lo ejercerá.

4) La ley coloca también bajo la tutela legítima a los hijos menores del incapacitado que estuvieren bajo su patria potestad, si es que no hay otro ascendiente que la ejercite, según lo que dispone el artículo 491 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“... El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho...”

### **2.2.2 Legítima de los menores abandonados y de los depositados en los establecimientos de asistencia social.**

En el caso de los menores expósitos, la tutela la ejercerá la persona que lo hubiera acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

En caso de que no hubiere alguna persona que hubiere acogido a un menor serán tutores “los directores de hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, quienes desempeñarán la tutela con arreglo a la ley y a lo

que prevengan los estatutos del propio establecimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 493 del Código Civil para el Distrito Federal.

### **2.2.3 Testamentaria**

A la tutela testamentaria la encontramos en todo tiempo y en las legislaciones que parten del derecho romano. En este derecho sólo el *pater familias* podía nombrar tutor testamentario a sus hijos, y ese nombramiento adquiría condiciones de respetabilidad suma. Más tarde se amplía la posibilidad y cualquiera de los padres puede designar tutor por testamento.

La ley señala limitativamente quienes pueden nombrar tutores testamentarios y son los siguientes:

- 1) El Ascendiente.- El padre o la madre pueden nombrar tutor o curador de sus hijos menores, o mayores incapacitados, nuestra legislación con más propiedad, hace referencia a los ascendientes:

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

En este caso puede excluirse de la patria potestad a los ascendientes del siguiente grado. Es decir, el padre que sobreviva podrá excluir a los abuelos paternos y maternos. Si estuvieren ejercitando ya la patria potestad algunos de los abuelos, éstos podrá excluir a los otros.

Chávez Ascencio hace en su obra “La Familia en el Derecho” la siguiente consideración al respecto: <sup>38</sup> “...Es necesario destacar que nuestra legislación habla del ascendiente que sobreviva, es decir, presupone que el otro, que en cada grado debía ejercer la patria potestad, ha muerto. Por lo tanto, se excluye la posibilidad de que el cónyuge que ejerza la patria potestad, porque el otro hubiera perdido o estuviere suspendido en su ejercicio, pudiera designar por testamento tutor de su menor hijo, porque en estos casos ambos viven pero uno de ellos no puede legalmente ejercer la patria potestad. Estimo que este artículo debe interpretarse ampliamente para permitir que quien ejerza la patria potestad pueda designar tutor testamentario aun en los casos en que el otro viviera, pero siempre que legalmente estuviere impedido para ejercerla, para evitar que quien la hubiere perdido o estuviera en suspenso la pudiera recuperar a la muerte de quien la ejerce, permitiendo a éste excluir, si así lo estimara conveniente, a los abuelos paternos y maternos...”.

Como hemos visto el nombramiento del tutor testamentario por los padres es siempre preferente, por lo cual, si hubiere un tutor en ejercicio y apareciere el designado por alguno de los ascendientes, se le transferirá la tutela.

2.- Un Tercero.- (no familiar) Quien deje bienes ya sea por legado o por herencia a un incapaz en los términos del artículo 473 del Código Civil para el Distrito Federal, podrá nombrarle un tutor para la administración de los bienes que le deje. Es un administrador de los bienes legados. Este nombramiento sólo procede cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad del menor designado como legatario o heredero.

---

<sup>38</sup> CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho, editorial Porrúa S.A. México 1992 p. 216

3-. El Adoptante. El artículo 481 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que el adoptante que ejerza la patria potestad sobre el adoptado, tiene derecho a nombrarle un tutor testamentario.

Estas designaciones de tutor tienen una validez permanente, pues sólo el testador, al cambiar su testamento, puede revocar el nombramiento del tutor hecho.

#### **2.2.4 Dativa.**

Esta tutela es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima, es decir, solo podrá designarse el tutor dativo cuando no hubiere posibilidad del testamentario o del legítimo, o bien cuando por excusa o remoción del tutor legítimo o testamentario no hubiere algún otro pariente que pudiera ejercer la tutela.

Existen diversos supuestos en esta tutela, según sea la edad del sujeto a ella y también son diversos los posibles nombramientos de tutores.

1) Mayores de dieciséis años. El mayor de dieciséis años puede designar tutor dativo. En este caso el juez familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. El juez deberá oír el parecer del Consejo Local de Tutelas.

2) Menor de dieciséis años. Si el menor no ha cumplido dieciséis años, o bien en el caso de que no se apruebe el nombramiento hecho por el menor en el supuesto anterior, el juez de lo familiar deberá nombrar tutor entre las personas que figuren en la lista que cada año forma el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público quien debe cuidar que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida.

3) Emancipados. Para asuntos judiciales de los menores de edad emancipados siempre deberá designarse un tutor dativo.<sup>39</sup>

4) Tutores. El tutor será designado de entre las personas que figuran en la lista que cada año propone el Consejo Local de Tutelas. Sin embargo, en el caso de menores que no tengan bienes, también se les nombrará un tutor dativo, quien será el encargado del cuidado de la persona del menor; tienen la obligación de desempeñar la tutela, de conformidad con el artículo 501 Código Civil para el Distrito Federal, mientras duren en su encargo:

- El Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, mediante los delegados designados al efecto.
- Los titulares de los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal.
- Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria, profesional del lugar donde vive el menor
- Los miembros de la junta de Asistencia Privada del Distrito Federal que disfruten sueldo del erario y
- Los directores de establecimientos de beneficencia pública.

Si el menor adquiere bienes se le nombrará un tutor dativo de conformidad con lo previsto en el artículo 500 del mismo ordenamiento.

Existen otros tipos de tutela que pueden considerarse subespecies de la Dativa, que son la interina y la especial que veremos enseguida:

---

<sup>39</sup> Con fundamento en el artículo 499 del Código Civil para el Distrito Federal.

## Interina

Esta clase de tutela es temporal, en el caso de que el tutor definitivo no pueda desempeñar su cargo, por alguna de las razones que vamos a analizar:

A) Representación. El Artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que habrá tutor interino para representar al incapaz en los casos concretos que señala la propia ley.

B) Administración de los Bienes del Menor. En el proceso para la declaración de incapacidad, recibida la demanda de interdicción, el juez nombrará como tutor interino a alguna de las personas que señala el artículo 904, fracción tercera del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal<sup>40</sup>, para que administre los bienes del presunto incapacitado (excepto los de la sociedad conyugal los que administrará el otro cónyuge). Mientras no cause ejecutoria la sentencia, la tutela interina se limita “a actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el tutor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial”.<sup>41</sup>

C) Falta Temporal del Tutor Testamentario. El Artículo 480 del Código Civil para el Distrito Federal, establece éste caso de tutela interina por un nombramiento condicional de tutor testamentario, el Artículo 495, en su fracción tercera, hace referencia a algún otro motivo por el que éste se encontrase impedido para ejercer el cargo temporalmente.

---

<sup>40</sup> A saber, Padre, Madre, Cónyuge, Hijos o Abuelos, prefiriéndose a los de mayor edad, y en caso de no haber ninguno de ellos lo hará un extraño de conocida honorabilidad designado por el juez.

<sup>41</sup> Con fundamento en el artículo 905 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

D) Por excusa del Tutor. El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 515 a la letra dice:

“... Mientras se califica el impedimento o la excusa el juez nombrará tutor interino ...”

E) Garantía del Tutor: Los tutores deben prestar por ley una garantía para asegurar el manejo de su cargo, una vez aceptado éste cuentan con un plazo de tres meses para otorgar ya sea hipoteca, prenda o fianza, durante este lapso se nombrará un tutor interino<sup>42</sup>.

F) Querrela, Denuncia o Demanda en Contra del Cónyuge Tutor. El artículo 581 Fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal. previene el nombramiento de tutor interino cuando el cónyuge incapaz tenga que asegurar por estos medios sus derechos violados o amenazados por el cónyuge tutor.

G) Para garantizar alimentos. El artículo 315 Código Civil para el Distrito Federal señala quienes tienen acción para asegurar los alimentos, si éstas personas no pueden representar al acreedor alimentario en juicio se nombrará por un juez tutor interino, según lo dispone el artículo 316 Código Civil para el Distrito Federal.

Al respecto, Galindo Garfias<sup>43</sup> señala lo siguiente: “...El juez de lo familiar debe cuidar acuciosamente de la designación del tutor interino, y responde solidariamente con el tutor que designe, de los daños y perjuicios que se causen al pupilo por culpa de negligencia o dolo de la persona designada para desempeñar

---

<sup>42</sup> Con fundamento en el artículo 532 del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>43</sup> Vid. GALINDO GARFIAS, Ignacio, Op Cit. ps 699 y 700.

ese interinato...”, “...La tutela interina tiene por objeto hacer frente a los casos de emergencia antes señalados; a fin de que no se vea abandonado el interés del menor o incapacitado, en los casos en que el tutor definitivo no pueda o no deba transitoriamente representarlos...”, “...El tutor interino no está obligado a garantizar su manejo de manera específica. La garantía de buen desempeño del ejercicio de la tutela interina, es la que ofrece el mismo tutor, que responde con sus bienes, además de la responsabilidad del juez de lo familiar que lo ha designado. Ambos responden en forma solidaria frente al pupilo...”.

El tutor interino recibe los bienes por inventario solemne pero su responsabilidad con relación a ellos es su conservación y percepción de los productos y para cualquier otro acto requiere autorización judicial.

## Especial

Además de la tutela interina, pueden presentarse algunas situaciones que reclamen que un tercero represente al menor para actos especiales o cuando hubiere conflictos. Estos casos se podrán en conocimiento del juez quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces.

1) Para contraer matrimonio: Para otorgar el consentimiento (autorización) para contraer matrimonio cuando uno de los (o los) contrayentes sea (n) menor (menores).

2) Sociedad conyugal. Para constituir la sociedad conyugal o modificarla, cuando alguno de los contrayentes o cónyuges sea menor, también para terminarla antes que se disuelva el matrimonio.

3) Separación de bienes. Cuando alguno de los contratantes o cónyuges sea menor, para construir este régimen o modificarlo.

4) Donaciones. Para las donaciones antenuptiales en los términos del artículo 229 Código Civil para el Distrito Federal.

5) Conflictos con el tutor. El artículo 457 del Código Civil para el Distrito Federal previene esta situación, mismo que a la letra dice:

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

6) Conflictos en la patria potestad. Cuando hubiere intereses opuestos entre los que ejercen la patria potestad y sus hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez en cada caso.<sup>44</sup>

Chávez Ascencio, estima que también debe calificarse de especial la tutela llamada legítima para casos en que debe nombrarse tutor por causa de divorcio, consignada en el artículo 482 fracción segunda del Código Civil para el Distrito Federal, así como el caso del emancipado en la que se le nombra tutor para asuntos judiciales según lo establecen los artículos 173 y 643 del código mencionado, en lugar de llamarla dativa como la ley lo hace en el Artículo 499 del citado código.<sup>45</sup> Tanto en este supuesto como en el anterior se tratan de asuntos concretos y temporales para los que no se requiere un tutor definitivo o interino.

---

<sup>44</sup> Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 440 del Código Civil para el Distrito Federal.

<sup>45</sup> Vid. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. Op Cit. ps 364 y 365.

En relación con el nombramiento de la persona tutora, el juez debe decidir si sigue las reglas de la legítima o la dativa, a menos que la ley señale en el caso concreto.

### **2.3 El Tutor**

A continuación un breve estudio de los sujetos que intervienen en el ejercicio de la tutela:

Tutor es la persona que cumple fundamentalmente de manera directa y personal los fines de la tutela. Al tutor lo definen los civilistas como el órgano ejecutivo tutela. El Código Civil en su artículo 454 previene que la tutela la desempeñará el tutor, pero añade que dicho desempeño se hará con la intervención del curador, del juez de lo familiar, y del Consejo Local de Tutelas. A estos cuatro elementos personales de la tutela la doctrina los ha calificado como “órganos de la tutela”.

El tutor es la persona física a quien por ley le corresponde el servicio tutelar a favor de un menor o de un incapacitado. Sólo existe la tutela cuando el tutor ha quedado investido legalmente de su cargo al habersele “discernido” éste por el juez de lo familiar.

La “tutela de hecho”, se da cuando el tutor desempeña su cargo sin llenar las formalidades legales, por lo cual el juez que lo nombra como tal queda obligado frente al incapacitado por los posibles daños y perjuicios que se le causen, también se puede dar ésta “tutela de hecho” o “tutor de hecho”, en el caso del acogimiento de expósitos, pues “la ley coloca a éstos bajo la tutela de la persona

que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores”.<sup>46</sup>

El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata menor; si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos.

Como ya se dijo no pueden ser removidos sino mediante juicio, y su cargo es retribuido (en la tutela testamentaria, la retribución la fija el propio testador, y en la dativa y legítima la fija el juez), de acuerdo a las prescripciones contenidas en el Código Civil de conformidad con los siguientes artículos:

Artículo 586: “ En ningún caso bajará la retribución del cinco ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes”.

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

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

Artículo 589: “...El tutor no tendrá derecho a remuneración alguna, y restituirá lo que por éste título hubiese recibido, si contraviniese lo dispuesto en el artículo 159...”.

---

<sup>46</sup> Fundamentado en el artículo 492 del Código Civil para el Distrito Federal.

Quienes se encuentran inhabilitados para ser tutores según la ley aplicable, son las siguientes personas, con fundamento en el artículo 503 del Código Civil para el Distrito Federal:

- Los menores de edad
- Los mayores de edad sujetos a tutela
- Los removidos del cargo de tutor por su mal desempeño ya sea respecto a la persona o los bienes del incapaz
- Los que por sentencia judicial hayan sido condenados a la privación del cargo o a la inhabilitación para obtenerlo
- Los condenados por sentencia ejecutoriada por delito doloso
- Los que no dispongan de medios honestos de vida
- Los que tengan pleito pendiente con el incapaz
- Los deudores del incapaz
- Los empleados y funcionarios de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas
- Quienes no tengan su domicilio en el lugar donde haya de ejercerse la tutela.
- Los servidores públicos que tengan responsabilidad pecuniaria.
- Los que padezcan una enfermedad que haga imposible el buen desempeño de la tutela.

En cuanto a las excusas del desempeño de la tutela, estas quedaron explicadas anteriormente al tratar el tema de las características de la tutela, sin embargo debo referirme a la renuncia de la excusa, en este caso cuando se quiere renunciar a la excusa se tiene por aceptada cuando el que se encuentra en condiciones de formularla acepta el cargo y cuando no es propuesta dentro

del término fijado por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mientras se califica el impedimento o excusa el juez nombrará un tutor interino.

La separación de la tutela se impondrá a las siguientes personas, sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a los daños y perjuicios que produzca:

- A quienes sin caucionar su manejo conforme a la ley ejerzan la administración de los bienes del pupilo
- A quienes conduzcan mal el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona del pupilo o de sus bienes
- A quienes no rindan cuentas de manera legal, ni exhiban certificados médicos.
- Al tutor que le sobrevenga una incapacidad o desde que ésta se averigüe.
- Al tutor que contraiga matrimonio con el pupilo antes de aprobarse las cuentas de la tutela.
- A quien permanezca ausente del lugar en que debe desempeñarse la tutela por más de 3 meses.
- A quienes ejerzan la administración de los bienes del pupilo, sin haberse nombrado curador.
- El tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso en contra del pupilo.

#### **2.4 Desempeño de la tutela y garantías que deben prestar los tutores para asegurar su manejo.**

Ahora bien, en cuanto al desempeño de la tutela, éstas son las obligaciones del tutor:

- Alimentar y educar al incapaz: Los artículos 543, 544 y 545 del Código Civil para el Distrito Federal, establecen normas especiales relativas a la alimentación de los pupilos indigentes o aquellos que carecen de suficientes medios para cubrir su alimentación, en este caso el tutor tiene el derecho de exigir judicialmente a los parientes que tengan esta obligación con el incapaz la prestación de esos gastos.
- Cuidar de su salud y de sus bienes
- Inventariar su patrimonio (no puede ser dispensado ni por quienes tienen derecho de nombrar tutor testamentario)
- Administrar el caudal del incapaz
- Rendir al juez cuentas de su administración anualmente
- Representar al incapaz en cualquier asunto (excepto actos personalísimos o en el caso de matrimonio)
- Solicitar las autorizaciones respectivas al juez, para los casos en que no puede actuar por sí solo de acuerdo con la ley. (por ejemplo: hipotecar los bienes del incapaz)
- Permitir y destinar al menor a la carrera u oficio que éste elija.

Los derechos del tutor son los siguientes:

- Corregir y castigar al menor mesuradamente
- Percibir la retribución que ha quedado explicada al tratar el tema de las características de la tutela.

Así mismo la ley señala prohibiciones al tutor durante el desempeño de su cargo, mismas que las siguientes:

- Entrar en la administración de los bienes del pupilo, sin haberse nombrado curador. (Sanción la separación de tutela).
- Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta.
- Comprar o arrendar (ni con licencia judicial o en almoneda), los bienes de su pupilo. (extendiéndose a sus descendientes, cónyuge, hermanos, salvo que el tutor o las personas mencionadas sean coherederos del incapaz).
- Pagar los créditos que tuviera el pupilo a su favor, sin el consentimiento del curador y la aprobación judicial.
- Aceptar para sí la cesión gratuita u onerosa de algún derecho o crédito a su favor en contra del incapacitado.
- Transigir o comprometer en árbitros
- Dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por mas de 5 años, salvo el caso de necesidad o utilidad. (previo consentimiento del curador y la aprobación judicial).
- Contraer matrimonio con su pupilo (salvo dispensa)
- Donar a nombre del incapacitado
- Recibir dinero prestado a nombre del incapacitado sin autorización judicial, ya sea que se constituya o no garantía hipotecaria.

Garantías.- Al mencionar la tutela interina se hizo referencia a las garantías a que esta obligado el tutor para ejercer legalmente su cargo, a fin de asegurar el manejo de éste. El otorgamiento de las garantías por parte del tutor, responde a una necesidad de evitar perjuicios al incapaz y la extralimitación en las facultades

del tutor, en consecuencia el artículo 519 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

“El tutor antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá:

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

Las garantías que presten los tutores no impiden que el juez de lo familiar, dicte providencias que estime útiles para la conservación de los bienes del pupilo, a petición del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los parientes más próximos del incapacitado o de éste mismo (siempre que haya cumplido los 16 años).

La premisa general es que todo tutor ésta obligado a caucionar su manejo, la ley limitativamente señala a quienes exceptúa de prestar dichas garantías en el artículo 520 del citado código y que en lo conducente dice:

- “... I.- Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de ésta obligación el testador
- II.- El tutor que no administre bienes
- III.- El padre, la madre, los abuelos...
- IV.- Los que acojan a un expósito, lo alimenten y eduquen convenientemente por mas de 10 años...”

Una vez aceptado cuenta con un plazo de tres meses para otorgar ya sea hipoteca, prenda o fianza, durante este lapso se nombrará un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne. Si no pudiere dar la garantía por las

cantidades que señala el Código Civil se procederá al nombramiento de un nuevo tutor.

El tutor no puede otorgar fianza para caucionar su manejo si tiene bienes para constituir hipoteca o prenda, y en éste caso deberá actualizar la vigencia de la fianza mientras dure el desempeño de la tutela.

El tutor debe garantizar:

- Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de capitales impuestos durante ese mismo tiempo
- Por el valor de los bienes muebles
- Por el valor de los productos de las fincas rústicas en dos años
- En las negociaciones mercantiles o industriales por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás muebles.<sup>47</sup>

Extinción de la tutela

La tutela se extingue por:

- La muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad
- Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o adopción.

El tutor concluida la tutela, esta obligado a entregar todos los bienes del incapacitado, y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada.

---

<sup>47</sup> Fundamentado en el artículo 528 del Código Civil para el Distrito Federal.

Todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el que ha estado sujeta a ella puede ejercer contra el tutor o contra sus fiadores y garantes, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computarán desde el cese de la incapacidad.

## 2.5 El Curador

Los individuos sujetos a tutela además de su tutor, tienen un curador, o protutor excepto cuando se trata de la tutela de expósitos y de los menores que no tienen bienes.

La palabra curador tiene su origen en el latín *curare, de cuidar*, como ya se dijo, en el capítulo primero, esta figura no tiene identidad con la curatela del derecho romano; ésta institución, carece de antecedentes también en el derecho español, debiendo considerarse como su origen real el derecho consuetudinario francés del cual pasó al Código Civil Napoleónico.

Mediante la curatela se instituye un “vigilante” del desempeño del cargo del tutor, para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituirle en sus funciones de defensa cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y el pupilo.<sup>48</sup>

A semejanza del tutor, ningún incapaz puede tener más de un curador definitivo al mismo tiempo. El curador no puede delegar sus funciones en terceros, esencialmente es un cargo voluntario a diferencia de la tutela, pero se obliga a responder de daños y perjuicios causados cuando no se cumplan los deberes

---

<sup>48</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, UNAM. México 1983.

prescritos en la ley una vez aceptado el discernimiento judicial. El curador tiene derecho a ser relevado de su cargo de la curaduría pasados diez años desde que se encargó de ella.

Los impedimentos y excusas para los tutores afectan también a los curadores, de igual manera, aquellos que tienen derecho a nombrar tutor pueden nombrar curador.

Designarán por sí mismos al curador con aprobación judicial, quienes tienen análoga facultad en relación con la tutela dativa con la observancia de lo dispuesto sobre ésta y los menores emancipados que necesiten de un tutor para negocios judiciales. El curador de todos los demás individuos sujetos a tutela será nombrado por el juez. Es importante hacer notar que el curador que se nombre jamás podrá ser pariente del tutor.

La curaduría es una actividad retribuida; por ello en los casos en que deba intervenir, según el Código Civil vigente para el Distrito Federal, cobrará el honorario que señale el arancel de los procuradores, sin que por ningún motivo pueda pretender mayor retribución. Cuando tenga que hacer algunos gastos en el desempeño de su cargo también se le podrán abonar.

Como curador la ley señala obligaciones que son las que a continuación se enumeran, con la sanción mencionada anteriormente en el caso de no cumplirlas de la manera establecida:

- Defender los derechos de los incapaces en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.
- Vigilar la conducta del tutor

- Poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado
- Dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor cuando el responsable faltare o abandonare la tutela.
- Promover la información de supervivencia e idoneidad de los fiadores comprometidos con el tutor la garantía de sus responsabilidades.
- Vigilar el estado de las fincas dadas para asegurar la garantía mencionada en el punto anterior.
- Conocer de las cuentas de la tutela haciendo valer las objeciones conducentes en el supuesto de inconformidad de su contenido.
- Formación de inventario, la concesión de licencias judiciales para enajenar, gravar, transigir y las demás citadas por el testador que le confiera su cargo.

Las causas de extinción de la tutela lo son igualmente para las de la curaduría.

## 2.6 De los consejos de tutela y de los jueces de lo familiar.

CONSEJOS DE TUTELA.- El Consejo Local de Tutelas, es uno de los llamados "órganos de la tutela", ésta institución no se encontraba regulada en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, sino a partir del Código Civil de 1928, se le conoce como un órgano de vigilancia e información para cumplir las funciones que el propio código le señala.

El Código Civil vigente, dispone la organización de un consejo local de tutelas compuesto por un presidente y dos vocales que ejercerán sus cargos durante un año. Los miembros de éstos consejos deben ser designados por el Procurador de la Defensa del Menor y la Familia, enfocándose que los nombramientos recaigan

en todo caso en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida.

En la actualidad hay 16 consejos existentes en el Distrito Federal, que depende de la Defensoría del Menor y la Familia, que a su vez forma parte del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia.<sup>49</sup>

A saber, el Consejo Local de Tutelas tiene las siguientes obligaciones:

- Formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de personas de la localidad, que por su aptitud legal y moral, pueden desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores en los casos en que éstos nombramientos correspondan al juez.
- Velar por que los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores, dando aviso al Juez de lo Familiar de las faltas u omisiones que notare.
- Avisar al Juez de lo Familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado estén en peligro a fin de que dicte las medidas correspondientes.
- Investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar quienes son los incapacitados que carecen de tutor, con el objeto de que se hagan sus nombramientos.

---

<sup>49</sup> Organismo Público Descentralizado, creado por decreto del Ejecutivo Federal el 10 de enero de 1977, conocido como DIF.

- Cuidar de que los tutores cumplan la obligación de destinar con preferencia los recursos del incapaz a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de drogas enervantes.
- Vigilar que se haga el inventario del patrimonio del incapaz, se administre, se le represente en juicio o fuera de él, y se pidan al Juez las autorizaciones que correspondan según el caso concreto.
- Vigilar el registro de tutelas en los libros que los Jueces de lo Familiar al efecto deben conservar a fin de que sean llevados de la manera correcta.

JUECES DE LO FAMILIAR.- Estos Jueces son las Autoridades encargadas de intervenir en los asuntos relativos a la tutela, de ejercer una guardia sobre el conjunto de los actos del tutor para impedir, por medio de disposiciones adecuadas la trasgresión de sus deberes.

El Juez de lo Familiar es, como ya dijimos en el texto de este trabajo, una autoridad y se le encarga intervenir en los asuntos que afecten a la familia, por lo tanto también los de la tutela, su competencia esta determinada en la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del fuero común del Distrito Federal, en la que se establece que los éstos jueces conocerán de los negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el derecho familiar, y de los juicios contenciosos relativos al estado de interdicción y tutela.

Establece también la necesidad del registro que el juzgado deberá llevar en el que consten los discernimientos que se hicieren de los cargos de tutor y curador, los que estarán a disposición del Consejo Local de Tutelas.

Entre tanto no se nombre tutor a un incapaz el Juez de lo Familiar tiene la obligación de dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses.

En esta importante misión que la ley le otorga al Juez de lo Familiar, coadyuvan los jueces del registro civil, las autoridades administrativas y las demás judiciales, informándole sobre los fallecimientos de quien tenga bajo su patria potestad a un menor. Dichas autoridades gozan de un plazo de 8 días a partir de su conocimiento del fallecimiento para dar éste aviso.

Al juez de lo familiar compete:

- Declarar la minoría o incapacidad de una persona de conformidad con las disposiciones legales.
- Nombrar tutor definitivo, discerniéndole el cargo.
- Nombrar tutor especial en caso de conflicto entre el tutor y el pupilo, y si no es diligente será responsable de daños y perjuicios.
- Nombrar tutores interinos en el proceso de interdicción.
- Conocer de las excusas y separación de los tutores.
- Cuidar que el tutor otorgue las garantías a que está obligado. Si el juez no cumple con ésta obligación de su cargo, será responsable subsidiariamente con el tutor que no prestó la garantía correspondiente.
- Fijar la cantidad que el tutor haya de invertir en la alimentación y educación del pupilo.
- Participa en la enajenación, arrendamiento y gravamen de bienes inmuebles y muebles preciosos.
- Interviene en la rendición de cuentas del tutor.

- Cuidar de la mejoría de los incapaces, al efecto debe presentárseles cada mes de enero el certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado del individuo sujeto a la tutela.
- Interviene en el nombramiento del curador.
- Recibe las quejas del curador, en relación con la actitud del tutor.

**CAPÍTULO TERCERO**  
**PROPUESTA Y RAZONES PARA FUNDAMENTAR LA PRÓRROGA**  
**DE LA PATRIA POTESTAD.**

**3.1 Planteamiento del problema derivado de la atención indefinida de la persona y bienes de los incapacitados.**

Como ya se dijo en los capítulos anteriores de este trabajo, el Código Civil para el Distrito Federal, regula los casos de incapacidad de los menores y mayores de edad, así como a las instituciones jurídicas que se establecen para el cuidado y atención de los mismos. El caso que se plantea como objeto de estudio, es el derivado de aquellas personas que al cumplir la mayoría de edad, salen de la patria potestad ejercida por sus padres, pero que adolecen de alguna de sus facultades, lo que genera su incapacidad de ejercicio, por lo tanto, conforme a la ley debe nombrárseles un tutor, cuando lo conveniente es que sus padres continúen cuidando de su persona y bienes, siempre y cuando el sujeto a que nos referimos sea soltero y continúe siendo su domicilio el de sus padres; éste último aspecto no se refiere únicamente al concepto de residencia, es necesario hacer una interpretación más amplia y flexible de manera que, implique, dependencia física y económica.

Durante la minoría de edad, no hay problema, porque al igual que a los niños que no sufren discapacidad alguna, la patria potestad los protege suficientemente. Los problemas surgen con la mayoría de edad, dado que no tienen suficiente madurez o independencia para alcanzar la plena capacidad de obrar.

Al respecto debemos comentar que el vocablo discapacidad, desde el punto de vista etimológico, está formado por el prefijo “dis”, mas el sustantivo “capacidad”, lo que denota una dificultad o imperfección.

La incapacidad, formada por el prefijo “in”, mas el sustantivo “capacidad”, indica carencia de aptitud para hacer, recibir o aprender una cosa.

En el ámbito nacional e internacional, la denominación “persona discapacitada”, es la expresión más frecuente para designar la falta o disminución física o psíquica de los individuos, por lo que al final del día, no constituye un error el uso de cualquiera de éstos términos, aún jurídicamente hablando; sin embargo se puede ensayar, desde el punto de vista médico-jurídico, una definición de discapacidad e incapacidad, concordante con su etimología.

Consideremos pues, discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional física, permanente o prolongada, en relación a su medio social y edad, que le implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional, o laboral; lo que no le impide el cuidado de su persona o la administración de sus bienes.

En cambio, la persona incapacitada es toda aquélla que por causa de una alteración psíquica, permanente, prolongada, sí tenga desventajas para su integración familiar, educacional, y laboral, y carezca de aptitud plena para conducirse a sí misma y administrar sus bienes.

En resumen podemos afirmar que, las personas con alguna discapacidad física, son capaces legalmente para el derecho mexicano, en cambio las personas incapacitadas no son capaces jurídicamente, por lo que deberán ser representados por el que ejerce la patria potestad o la tutela en su caso.

La Organización Mundial de Salud, mediante los AVAD, (años de vida ajustados a la función de la discapacidad), analiza la forma de morir y de vivir de la gente que posee esta característica. Esta organización ha informado que el número de personas con discapacidad va en aumento a nivel mundial, (esta enfermedad no es exclusiva de los países tercermundistas, se da en igual forma en los países del primer mundo), en virtud del aumento de la esperanza de vida ya que en la actualidad el cuerpo a menudo resiste mucho más que la mente, así mismo muchas sociedades que apoyaban a sus miembros más necesitados a través de los vínculos familiares y sociales ahora tienen más problemas para hacerlo.

A nivel mundial cinco de las diez causas más importantes de discapacidad (depresión grave, esquizofrenia, trastornos bipolares, consumo de alcohol, y trastornos obsesivos compulsivos) son problemas mentales. Esta organización al retraso mental lo coloca como el tipo de trastorno más frecuente, e indica que su prevalencia puede reducirse fácil y económicamente, gracias a la intervención familiar adecuada, y el uso del yodo y la sal; enseguida coloca a la esquizofrenia, que su costo baja considerablemente con el uso de psicotrópicos, e informan que las personas que las padecen mediante la adecuada rehabilitación psicosocial, pueden convertirse en miembros productivos de la sociedad. Por lo contrario la demencia aun no es curable pero, aunque si hay medios económicos, para ayudar a quienes lo padecen; y añaden que el desconocimiento general de este tipo de información y gracias a los responsables de dictar normas al respecto en cada país, son las principales causas por las que escasean este tipo de servicios y medicamentos, aunado al estigma que existe hacia las enfermedades mentales.<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> Gro Harlem Brundtland, publicación en inglés, Bulletin of the World Health Organization, 2000, 78 No 3. “La Salud Mental en el siglo XXI”.

La salud por lo tanto depende en cierta medida de la justicia social y las enfermedades mentales deben tratarse dada su importancia en la medida posible en el nivel primario.

En el Distrito Federal, existe la Ley para las Personas con Discapacidad, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, y que entró en vigor sesenta días después de su publicación.

Esta ley abrogó el reglamento para la atención de minusválidos en el Distrito Federal, del doce de febrero de mil novecientos noventa y nueve, es una ley para las Personas con Discapacidad, es de orden e interés público, y tiene por objeto normar las medidas y acciones que contribuyan al desarrollo integral de las personas con discapacidad en el Distrito Federal.

Es preciso comentar su artículo segundo fracción primera, que define a la persona con discapacidad, y que a la letra dice:

“TODO SER HUMANO QUE PADECE TEMPORAL O PERMANENTEMENTE UNA DISMINUCIÓN EN SUS FACULTADES FÍSICAS, MENTALES, O SENSORIALES QUE LE IMPIDE REALIZAR UNA ACTIVIDAD NORMAL”.

Estimamos que la promulgación de esta ley fue una buena intención del legislador, pero es evidente que se legisló “al vapor”, con esto quiero decir que, no tiene desde mi punto de vista la técnica jurídica necesaria para tratar este tipo de problema, la crítica principalmente radica en la última parte de la disposición legal en comento, al decir “que le impide realizar una actividad normal”, ya que no es posible definir una situación o actividad “normal” generalizada, en este caso consideramos que la normalidad de las personas no es un concepto absoluto, es

variable, abstracto, es decir ¿acaso el uso de anteojos convierte a la persona en incapacitado?, ¿o es preferible atender al caso concreto?, podemos tener desde el punto de vista físico, limitaciones para realizar ciertas actividades, pero definitivamente no podemos generalizar.

Otro punto a comentar son las fracciones segunda y quinta, del artículo quinto, que establece:

“Artículo 5o.- Son facultades de la Secretaría de Educación, Salud y Desarrollo Social, además de las establecidas por la Ley Orgánica de la Administración Pública del Distrito Federal las siguientes:

II.- Definir las políticas que garanticen la igualdad de derechos de las personas con discapacidad”

Al respecto nos preguntamos lo que a ciencia cierta quiso decir el legislador, ¿Acaso pretende que ésta secretaría dicte cuales son los derechos de los incapacitados, así como la manera de hacerlos valer ante terceros?, los derechos de los incapacitados no deben ser “derechos especiales”, y la tutela de ellos y los de todas las personas se consagran en el capítulo de Garantías Individuales de nuestra ley fundamental, al establecer lo siguiente:

“Art.1o.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...

... Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las

preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Por último la fracción quinta del mismo artículo establece:

“V.- Propiciar la orientación y asistencia jurídica en los casos juicios de interdicción y otras acciones legales para las personas con discapacidad, especialmente a las personas con discapacidad mental”

Como ya vimos en los primeros capítulos de este trabajo, esto no se aplica por no formar parte del proceso legal de interdicción regulado por la propia legislación civil.

En el caso de la prórroga de la patria potestad, que en este trabajo se propone para la legislación del Distrito Federal, lo que debe ocurrir, es que los padres incoen la “incapacitación” de su hijo menor, antes de que llegue a la mayoría de edad, evitando que éste sujeto pueda quedar desprotegido cuando alcance dicha edad.

Esto se plantea ya que la atención que se debe prestar a éstas personas es en la generalidad de los casos indefinida, pudiendo finalizar hasta que la propia causal de incapacidad termine, aunque en ocasiones esta puede ser de por vida.

Por lo tanto es importante hacer notar que la atención que a éstos sujetos se les procure debe ser la mejor, a fin de que en un momento dado, éstas personas pudiesen recuperar sus facultades, y logren gobernarse por sí solos, (lo que ocurriría en el mejor de los casos), o que simplemente logren adaptarse

mejor a las circunstancias externas que se les presenten y a sus propias necesidades, por lo que naturalmente quienes pueden cuidar de la mejor manera de ellos son sus padres, actuando de manera conjunta, a diferencia de la unipersonal tutela.

Lo anterior hasta la fecha, en nuestra legislación no es posible ya que limita dicha posibilidad al establecer en su articulado las siguientes consideraciones:

“... La patria potestad se acaba...III. Por la mayor edad del hijo...”<sup>51</sup>, sin permitir a los padres continuar ejerciéndola cuando lo soliciten, a beneficio del incapaz, dando lugar a la tutela, institución que comparándola con la patria potestad, en el caso concreto presenta las siguientes desventajas:

- La necesidad de promover el juicio de interdicción.
- Las Instituciones vigiladoras de los tutores, que en otros casos son muy convenientes, pero en el planteado, si se pudiera continuar con el ejercicio de la patria potestad, los padres no necesitarían de ellas.
- La actuación individual del tutor, siendo que en la patria potestad ambos padres toman decisiones y responsabilidades respecto de sus hijos.

La propia doctrina reconoce las primacías de la patria potestad frente a la tutela, Galindo Garfias, citando a Clemente Diego señala que “... la patria potestad deriva del vínculo natural del afecto de los padres hacia los hijos, en tanto que la tutela ha sido y se organiza exclusivamente sobre la base del derecho positivo, la tutela por esa razón tiene límites legales más estrechos que la patria potestad, ya que inspira menos confianza al legislador, y esto tanto en lo que se refiere a su contenido personal como patrimonial...”.

---

<sup>51</sup> Artículo 443 del Código Civil para el Distrito Federal.

### **3.2 Efectos jurídicos que se producen.**

La patria potestad prorrogada.- Este concepto se introdujo en la legislación española a partir de la reforma a su Código Civil, propiamente al artículo 171, el 13 de mayo de 1981. Este texto se relaciona con la ley reformadora de la tutela del 24 de octubre de 1983, y fue acogido también por el Código de Familia Catalán en sus artículos 160 y 161.

El origen de ésta figura se encuentra en estudios relativos a la tutela, y en el proyecto de reforma a la patria potestad de 1979, en cuya exposición de motivos la comisión destacó a ésta figura como la “novedad más valiosa y práctica“, al permitir a los padres, al llegar el hijo a la mayor edad, continuar ejerciéndola sobre aquel que hubiere sido incapacitado, siendo menor, por deficiencias psíquicas o sordomudez, implicando una excepción a la extinción de la patria potestad por llegar el hijo a la mayoría de edad.

Otras legislaciones también han incluido a esta novedosa figura como por ejemplo:

1.- La legislación Colombiana, mediante el decreto 2737, del año 1989, o “Código del Menor”, vigente a partir del primero de marzo de 1990.

2.- La legislación Panameña, mediante la ley número 3, del 17 de mayo de 1994, o “Código de Familia”, vigente a partir del treinta y uno de enero de 1995.

Conforme a la legislación española, el texto del artículo que contempla la prórroga de la patria potestad, a la letra dice:

Artículo 171.- “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de ley, al llegar aquellos a la mayor edad.

Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, fuera incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad.

La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título.”

El primer párrafo del texto transcrito se refiere a la posibilidad de prorrogar, la patria potestad y en el segundo se establece el caso de su rehabilitación.

Es un acierto abrir estas posibilidades de prórroga y rehabilitación de la patria potestad en los casos a que la norma se refiere, ya que en ellos carecía de sentido constituir tutela, y de hecho dejada muchas veces de hacerse, por ello ésta novedad legislativa, ha sido bien acogida inicialmente por la doctrina del derecho español.

Los efectos jurídicos que al respecto se producen se contienen en la declaración formal de incapacitación, esto es, ha de estarse a lo que disponga dicha declaración, a la que se le otorga un amplio poder de determinación de la extensión y de los límites de la incapacidad y del régimen al que haya de quedar sometido el incapacitado. Esta declaración consistirá y reunirá los siguientes elementos básicos:

- Nombre de los titulares que ejercerán la patria potestad prorrogada.
- El contenido patrimonial a conservar.
- La duración de la patria potestad prorrogada.
- El alcance de la incapacidad del individuo sujeto la patria potestad prorrogada.

Para todos los casos la legislación aplicable serán las normas establecidas en el Código Civil para la patria potestad ordinaria.

La legislación española debería ser más explícita respecto al mecanismo jurídico necesario para prorrogar la patria potestad, ya que no considera como tal al juicio de interdicción, lo que ciertamente es un acierto, pues conocemos sus desventajas, y así se protege la intimidad y autoestima del incapaz por lo que se propone que en nuestra legislación se haga vía un certificado médico que al ser autenticado por la autoridad correspondiente produzca la anotación de la prórroga de la patria potestad en la partidas del registro civil correspondiente al nacimiento del incapaz.

En la legislación colombiana el artículo 232, conserva el juicio de interdicción, y a la letra dice:

“Cuando el menor sufra de severa deficiencia mental permanente, sus padres o uno de ellos, o el defensor de familia, deberán promover el proceso de interdicción, antes de cumplir aquél la mayoría de edad, para que a partir de ésta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad, por ministerio de ley”.

Por otro lado la legislación Panameña establece, que para conocer de asuntos referentes a la patria potestad prorrogada, se llevará a cabo “el procedimiento sumario, el cual inicia con una demanda ya sea verbal o escrita, ante un juzgado seccional judicial”.<sup>52</sup>

La presente propuesta considera que la figura de la patria potestad pueda ejercerse aún en las personas mayores de dieciocho años. Tiene como finalidad que el mayor de edad incapaz, siga siendo protegido y representado por sus padres, con los mismos derechos y obligaciones que comprende la figura de la patria potestad para un menor.

Se propone que la patria potestad prorrogada sustituya la figura de la tutela hasta que deje de existir una persona que pueda ejercer la patria potestad, en este orden de ideas lo que se pretende en primer lugar es proteger a la persona y los bienes del incapaz el mayor tiempo posible, ésta protección brindada por lo padres, y no por uno de ellos o una tercera persona (tutor).

En virtud de lo anterior, a continuación explicaremos más ampliamente en que consiste la figura de la patria potestad prorrogada que en este trabajo se propone.

En caso de que el menor de edad sea incapaz por alguna causa diversa a la de su edad, la declaración de incapacidad ha de obtenerse durante su minoría de edad, dicha declaratoria debe establecer las reglas para el ejercicio de la patria potestad para el caso concreto, a fin de que a beneficio del propio incapaz se excluyan o maten algunas normas generales de esta institución jurídica.

---

<sup>52</sup> Artículo 793, Código de Familia Panamá.

En caso de que la declaración de incapacidad no se haya obtenido durante la minoría de edad, que es a lo que se refiere el segundo párrafo del artículo 171 del Código Civil Español, ni se haya constituido la tutela que correspondería según nuestra legislación civil vigente, se da lugar a la “patria potestad de hecho”, que es lo que la propuesta del presente trabajo pretende evitar, a fin de proteger eficazmente a la persona y bienes del incapaz al llegar a la mayoría de edad; evitando una situación de desamparo que se produce “de hecho”, a causa de un incumplimiento o del inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Es importante determinar si la incapacidad de la persona es de nacimiento o se adquiere dentro o fuera de la minoría de edad, así como sus alcances.

En el caso de la incapacidad desde el nacimiento o durante la minoría de edad, deberán practicarse dos estudios médicos, a cargo de un especialista con cédula profesional debidamente registrada ante la Dirección General de Profesiones, quienes expedirán sus certificados en el mismo sentido, es decir señalando la incapacitación, este documento establecerá que existe una incapacidad en la persona y deberá presentarse ante el Juez del Registro Civil, al momento en que se lleve a cabo el registro del recién nacido, o en el acta del menor ya registrado, según el caso, a fin de que dicha autoridad, tome nota en el acta correspondiente, lo cual se entenderá como declaratoria de interdicción, y en consecuencia quedará prorrogada la patria potestad, por Ministerio de Ley, al llegar a la mayor edad, evitando así el procedimiento de interdicción vigente.

En la actualidad la autoridad competente para realizar la declaratoria de interdicción es el juez de lo familiar en turno en el Distrito Federal, consideramos que lo ideal sería que el propio Juez del Registro Civil, sin necesidad de la

intervención judicial pudiese realizar la anotación marginal al acta como consecuencia de un procedimiento de naturaleza puramente administrativa, sin embargo, la legislación respecto del registro civil, no lo permite, sujetándolo a una resolución judicial previa, según lo establecido en el Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, en el artículo 16, que en lo conducente dice:

“Corresponde a los Jueces, desempeñar las funciones públicas del Registro Civil a que se refiere el artículo 35 del Código Civil para el Distrito Federal, así como realizar funciones de dirección, organización, coordinación e inspección en el juzgado a su cargo, como consecuencia del ejercicio de sus atribuciones legales, que de manera permanente y general le confieren la representatividad e implican poder de decisión en el ejercicio del mando y dentro del perímetro de la Delegación en la cual se encuentre adscrito.

Específicamente cuentan con las atribuciones siguientes:...

...V.- Autorizar la inscripción de las resoluciones jurisdiccionales que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela, o que se ha perdido la capacidad legal para administrar bienes, así como la inscripción de anotaciones derivadas de instrumentos notariales o cualquier otra resolución que anule, revoque o modifique el estado civil, siempre y cuando se cumplan las formalidades exigidas por los ordenamientos jurídicos aplicables...”.

Al respecto el artículo 35 del Código Civil para el Distrito Federal dispone.

“ En el Distrito Federal estará a cargo de los Jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a

nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio administrativo y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en los perímetros de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte, el divorcio judicial, la tutela o que se ha perdido o limitado la capacidad legal para administrar bienes.”

Sin embargo el propio Código Civil del Distrito Federal, en el capítulo correspondiente al divorcio, permite al juez del registro civil declarar el divorcio de los cónyuges levantando al efecto el acta de correspondiente, sin intervención de la autoridad judicial, en el caso del divorcio administrativo, al respecto copio el artículo que lo establece:

Art.- 272. “Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes (si están casados bajo ese régimen patrimonial), la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común, o teniéndolos, sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El juez del registro civil, previa identificación de los cónyuges, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a éstos para que la ratifiquen a los quince días. Si los cónyuges lo hacen, el Juez los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en el acta de matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos, independientemente de las sanciones previstas por las leyes”.

Es decir, el Código Civil dota de facultades al juez del registro civil, para declarar divorciados a aquellos que cumplan con ciertos requisitos simplificando el procedimiento judicial de divorcio, y por ende provocando la descarga de trabajo en los juzgados familiares, y el tiempo que se requiere para un divorcio de común acuerdo. Si nuestra legislación ya permite este tipo de divorcio y confía al juez del registro civil esta responsabilidad, propongo que el procedimiento de incapacitación lo pueda conocer directamente el titular de dicho registro, ya que quien puede cerciorarse de la incapacitación de una persona no es el juez, sino el especialista en ello, o sea el médico, (quien deberá ratificar su dictamen ante el juez), por lo tanto no tiene relevancia que sea una instancia jurisdiccional o administrativa quien lo declare jurídicamente, por lo que no habría inconveniente en que se realizara todo el trámite ante dicho registro.

Cuando la persona adquiera la incapacidad después de cumplido 18 años y es soltero, podrá rehabilitarse la patria potestad, siguiendo los mismos lineamientos antes mencionados. En el caso de la persona que adquiera la incapacidad sea casada, no podrá rehabilitarse la patria potestad, pues la tutela del incapaz corresponde a su cónyuge, para evitar algún perjuicio a éste o a sus descendientes, quienes entrarían en un conflicto de intereses con los padres del incapaz.

El ejercicio de la patria potestad prorrogada, se hará de la misma manera que el ejercicio de la patria potestad ordinaria, y las causas de extinción de la misma serán:

- La muerte de las personas que puedan ejercerla o del incapaz.
- El cese de la incapacidad.
- La adopción del incapaz.
- El matrimonio del incapacitado.

Una vez terminada la patria potestad prorrogada, comenzará la tutela. Como la declaratoria de incapacidad ya está hecha y anotada en el acta de nacimiento, deberá iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para nombrar tutor y curador pero no para declarar la interdicción del sujeto.

El consejo de tutelas seguirá como órgano de vigilancia.

### **3.3 Comparación del texto del Código Civil vigente para el Distrito Federal.**

Para que los planteamientos hechos en este capítulo lleguen a aplicarse en el sistema jurídico mexicano, se propone la reforma al Código Civil vigente para el Distrito Federal, la cual se explica en el siguiente cuadro comparativo.

TEXTO ACTUAL	TEXTO QUE SE PROPONE
CAPÍTULO III	CAPÍTULO III
De la pérdida, suspensión, limitación y terminación de la patria potestad.	De la pérdida, suspensión, limitación, prórroga y terminación de la patria potestad.
Art. 443.- La patria potestad se acaba:	Art. 443.- La patria potestad se acaba:
I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;	I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;	II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;
III.- Por la mayor edad del hijo;	III.- Por la mayor edad del hijo; a excepción de
IV.- Con la adopción del hijo;	lo dispuesto para la prórroga de la patria
V.- Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución Pública o Privada de asistencia social	potestad;
legalmente constituida, para ser dado en	IV.- Con la adopción del hijo;
	V.- Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución Pública

adopción de conformidad con lo dispuesto o Privada de asistencia social legalmente por el artículo 901 bis del Código de constituida, para ser dado en adopción de Procedimientos Civiles.

conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 bis del Código de Procedimientos Civiles.

Art. 448 bis.- La patria potestad sobre los hijos que sean incapaces conforme a lo establecido en el presente código, quedará prorrogada por ministerio de ley, al llegar aquellos a la mayor edad, siempre que se haya solicitado dicha prórroga en términos de lo dispuesto por el artículo 448 Quáter de éste código.

Art. 448 ter.- En el caso del hijo incapaz, mayor de edad, que continúe viviendo en compañía de sus padres, siendo soltero y dependiere de ellos física y económicamente, podrá rehabilitarse la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si fuera menor. Los padres deberán solicitar la rehabilitación de la patria potestad en los mismos términos que se establecen para el caso a que se refiere el artículo anterior.

Art. 448 quáter.- Procede la prórroga de la patria potestad cuando quien la ejerza sobre el menor incapacitado, la incoe ante el juez del registro civil, exhibiéndole a dicha autoridad dos certificados médicos que comprueben la incapacidad de éste. Dichos certificados surtirán efectos de declaración de

interdicción y deberán ser expedidos por dos médicos especialistas con cédula profesional registrada ante la Dirección General de Profesiones, quienes deberán ratificar su dictamen médico ante el Juez del Registro Civil correspondiente. El juez practicará la anotación de la interdicción y de la prórroga de la patria potestad en la partida de nacimiento del menor.

Art. 448 quintus.- La patria potestad prorrogada terminará por:

I. La muerte de las personas que puedan ejercerla, o del propio incapaz.

II.- El cese de la incapacidad.

III.- La adopción del incapaz.

IV.- El matrimonio del incapacitado.

Art. 448 sextus.- En el caso de la fracción primera del artículo anterior, deberá iniciarse el procedimiento de tutela, en los términos del título noveno de éste código, sin necesidad de que se declare nuevamente la incapacidad mediante el juicio de interdicción.

Art. 462.- Ninguna Tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

Art. 462.- Para que pueda conferirse la tutela de un incapacitado deberá previamente declararse 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 sujeta a ella, a

Tratándose de mayores de edad a que se exceptión de que el incapaz ya haya sido refiere el artículo 450, fracción II de este declarado como tal a efecto de que haya código, el juez con base en dos estado sujeto a patria potestad prorrogada. diagnósticos médicos y/o psicológicos, Tratándose de mayores de edad a que se escuchando la opinión de los parientes refiere el artículo 450, fracción II de este más cercanos de quien vaya a quedar bajo código, el juez con base en dos diagnósticos tutela, emitirá la sentencia donde se médicos y/o psicológicos, escuchando la establezcan los actos jurídicos de carácter opinión de los parientes más cercanos de personalísimo, que podrá realizar por sí quien vaya a quedar bajo tutela, emitirá la mismo, determinándose con ello la sentencia donde se establezcan los actos extensión y límites de la tutela. jurídicos de carácter personalísimo, que podrá realizar por sí mismo, determinándose con ello la extensión y límites de la tutela.

### **3.4 Justificación de la propuesta a la reforma del Código Civil vigente para el Distrito Federal.**

Nos atrevemos a decir que la inclusión de la figura de la patria potestad prorrogada que en este trabajo se planteó, daría a nuestro derecho el cambio que requiere para alcanzar a dar solución a los problemas mencionados que presenta nuestra sociedad, la cual avanza vertiginosamente, y rebasa en muchas ocasiones a nuestras instituciones, el derecho debe cambiar paralelamente con la evolución del pensamiento, ya que su objeto principal es el ser humano, y sólo de esa manera puede ser eficaz, parte de ello es buscar la sensibilización del derecho para con los problemas humanos, que han empezado a darse, pero aun no del todo, por ejemplo, los requisitos y el trámite del juicio de interdicción, que en la generalidad de los casos, ha vulnerado la dignidad del incapaz y es por ello que no se tramita en muchos de los casos, convirtiéndose en una de las causas por la que los legisladores extranjeros han optado por la patria potestad prorrogada, otro caso

adoptado ya por nuestra legislación, fue la reforma a nuestro Código Civil derogando las palabras “dementes, idiotas, e imbéciles para quedar como mayores de edad incapacitados, de su capítulo cuarto, título noveno denominado de la tutela, del libro primero llamado de las personas, estudiado previamente en este trabajo”.<sup>53</sup>

En relación a la declaración de interdicción, el Código Civil vigente establece en su artículo 462 lo siguiente:

Art. 462.- “Ninguna Tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

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

En base a este artículo, podemos fundamentar que en la declaración de incapacidad podrá determinarse ciertos actos que la persona sujeta a patria potestad prorrogada podrá realizar por sí solo, a fin de permitírsele el ejercicio de sus habilidades coadyuvando a su rehabilitación.

La discapacidad mental es una condición humana, es un retraso significativo en el desarrollo intelectual de una persona. La capacidad del

---

<sup>53</sup> DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, La incapacidad de ejercicio en el código civil para el D.F. a partir de julio de 1992. (Breve Glosa) p. 4

minorado mental es limitativa tanto para aprender, como para adaptarse a las exigencias de la vida cotidiana, la psicoterapia, una adecuada estimulación temprana y la rehabilitación, le permitirán su real inserción social y laboral, beneficios otorgados por las leyes asistenciales en la materia.

Por último para el cuidado del incapaz se propone estructurar consejos dedicados a su atención, y que se encuentran ya previstos por la Ley de Personas con Discapacidad en el Distrito Federal, como “Organizaciones de Discapacitados”, las cuales deberán atender los siguientes asuntos:

- A) Los enfermos por demencia deberán ser considerados como incapaces absolutos, dejando sin efecto su equiparación con los sordomudos.
- B) Perfeccionar la legislación vigente para el Distrito Federal en materia de incapacitados, para su adecuada protección y asistencia.
- C) Difundir las leyes y disposiciones en pro de los discapacitados para que tanto ellos como sus representantes adquieran conciencia de sus correspondientes derechos y obligaciones.
- D) Promover medidas preventivas en materia de salud, que eviten todo tipo y grado de discapacidad.
- E) Profundizar toda acción en beneficio de los incapacitados, para su rehabilitación, educación y asistencia para lograr su real integración a la sociedad.
- F) Concientizar a los integrantes de la sociedad de las reales posibilidades de los discapacitados, a fin de que se integren como miembros productivos en sus ciudades.
- G) Instar a las autoridades para que ejecuten medidas de acción positiva en beneficio de los discapacitados, según lo dispone nuestra ley suprema.

Los discapacitados tendrán una participación activa en los consejos a crearse.

## **CONCLUSIONES**

1.- La patria potestad es la facultad que ejercen los padres o abuelos (en su caso) sobre la persona y bienes de un menor de edad, a fin de protegerlos y formarlos de acuerdo a la moral y las buenas costumbres, hasta el momento en que cumple la mayoría de edad siendo entonces cuando puede ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí solo.

2.- La patria potestad sólo puede ser ejercida por los padres o por los abuelos, ya sea paternos y/o maternos, lo que implica un privilegio sobre cualquier otro familiar o tercero, por ser, quienes procuran mayor interés y servicio, para los que dependen de ellos, en cuanto a su educación, alimentación, protección, y son quienes les confieren la moral a seguir y en su caso reprimir sus conductas equívocas.

3.- Al cumplir una persona la mayoría de edad sale automáticamente de la patria potestad, y en el caso de que cuente con una de las incapacidades señaladas en ley, debe asignársele un tutor.

4.- La tutela es una de las relaciones cuasi familiares; y a diferencia de la Patria Potestad, en este tipo de relaciones los sujetos que forman parte de ellas no necesariamente son familiares, pero las necesidades que se satisfacen con ella sólo en la familia tienen verdadera solución, que son las concernientes a la asistencia, el cuidado, la protección y la representación de aquellas personas que por su situación de inferioridad jurídica no pueden bastarse a sí mismas.

5.- Como requisito esencial para que una persona se sujete a la tutela se debe comprobar su incapacidad y que se declare en los términos que establece el

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, determinándose con ello los límites y extensión de la tutela.

6.- La patria potestad de hecho, se da en los casos de las personas a las que se debió conferírseles la tutela al cumplir su mayor edad, y no fue así, por lo que ni tienen un tutor, ni legalmente continúan bajo la patria potestad de sus padres o abuelos.

7.- La patria potestad de hecho es muy común en nuestro país, ya que muchos de los padres que tienen bajo su patria potestad a un hijo menor incapacitado no conocen la ley (aunque por ello no queden eximidos de su cumplimiento) o cuando la conocen no la aplican, es decir no se acercan a los órganos jurisdiccionales para que se les confiera la tutela del incapaz cuando éste llega a la mayor edad, ya sea por cuestiones sentimentales o económicas, o desisten de ello al iniciar el complicado procedimiento del juicio de interdicción.

8.- Como se establece en otros sistemas jurídicos puede prorrogarse la patria potestad a los padres que estén dispuestos y sean aptos para continuar con el cuidado de sus hijos mayores de edad incapacitados a través de una nueva figura que se pretende adicionar a nuestra legislación civil y que consiste en que padres soliciten la "incapacitación" de su hijo menor, antes de que llegue a la mayoría de edad, evitando que éste sujeto pueda quedar desprotegido cuando alcance dicha edad.

9.- La incapacidad de una persona en esta nueva figura jurídica se declarará mediante dos certificados médicos; expedidos por un médico especialista con cédula profesional registrada ante la Dirección General de Profesiones, que se ratificarán ante la autoridad competente; por lo que debe

distinguirse el momento en que los padres conocen la incapacidad de su hijo, pues esta declaratoria se inscribirá al momento en que se lleve a cabo el registro del recién nacido, o en el acta del menor ya registrado. En consecuencia quedará prorrogada la patria potestad, por Ministerio de Ley, al llegar a la mayor edad, y evitar así el procedimiento de interdicción vigente.

10.- En el caso del hijo que adquiere la incapacidad durante su mayor de edad, pero que continúe viviendo en compañía de sus padres, de estado civil soltero y dependiere de ellos física y económicamente, podrá rehabilitarse la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si fuera menor. Los padres deberán solicitar la rehabilitación de la patria potestad en los mismos términos que se establecen para el caso del menor de edad.

11.- El juez competente en la actualidad para realizar la declaratoria de interdicción es el juez de lo familiar en turno en el Distrito Federal, en cambio en el caso de la patria potestad prorrogada lo será el Juez del Registro Civil, a quien se le deberá dotar de esta facultad, así, se provoca la descarga de trabajo en los juzgados familiares, y el tiempo que se requiere para declarar la incapacitación de una persona, con ello se obtiene de los interesados el cumplimiento de la ley. Ciertamente ningún jurista es especialista para determinar la incapacidad de una persona, sino un médico, por lo que un juez de registro civil fundado en un certificado médico puede con la reforma propuesta declarar la incapacitación en los términos planteados.

12.- La patria potestad prorrogada puede extinguirse por diversas causas, y una vez terminada, comenzará la tutela. La declaratoria de incapacidad ya ésta hecha y anotada en el acta de nacimiento, deberá iniciarse un procedimiento de jurisdicción voluntaria para nombrar tutor y curador pero no para declarar la interdicción del sujeto.

13.- En la actualidad no hay otro medio jurídico para conferir la representación y el cuidado de un incapaz que a través de la tutela en sus distintas clases, sin embargo, ha quedado demostrado y se reconocen las primacías de la patria potestad frente a la tutela, por lo que es conveniente que esta figura se incluya en nuestra legislación como ha quedado establecido a lo largo del desarrollo de este trabajo, ya que en atención a la relación familiar de los padres con los hijos, éstos en concordancia a su naturaleza, sigan procurando el bien para ellos.

14.- Con la prórroga de la patria potestad se elimina para el caso planteado el juicio de interdicción, y se hace más breve y efectivo el procedimiento de incapacitación, y con la seguridad de que el incapaz queda en las mejores manos, para procurar su bienestar.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **I. LEGISLACIÓN CONSULTADA.**

Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, México, 2005.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Editorial ISEF, México, 2005.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 143<sup>a</sup> Edición. Editorial Porrúa, México, 2005.

Ley del Notariado para el Distrito Federal. Editorial. ISEF, México, 2005.

Código Civil Español, *Editorial Civitas 28<sup>a</sup>. Edición. Madrid España, 2005.*

Ley para Personas con Discapacidad, Editorial Andrade, México 2005.

## **II. OBRAS CONSULTADAS**

ALBALADEJO, Manuel, Derecho Civil, volumen II, editor José María Bosch, Barcelona, España, 1994.

BORJA, Soriano, Manuel, Teoría General de las Obligaciones, editorial Porrúa, México, 1994.

CHAVEZ, Asencio Manuel F. La familia en el derecho, editorial Porrúa, México, 1992.

DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, editorial Porrúa, México, 1994.

DE PINA, Vara Rafael y otro, *Diccionario de Derecho*, editorial Porrúa. México, 1996.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, editorial Espasa Calpe, S.A. Madrid, España, 2003.

DICCIONARIO PRACTICO, ESPAÑOL MODERNO, ediciones Larousse, México, 1983.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, UNAM, México, 1983.

DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez, editorial Porrúa México, 1990.

DOMÍNGUEZ Martínez Jorge Alfredo, La Incapacidad de Ejercicio en el Código Civil para el Distrito Federal a partir de Julio de 1992, Breve Glosa México.

FERRARA, Francisco, Teoría de las Personas Jurídicas, editorial Reus, Madrid, España, 1992.

GALINDO, Garfias. Ignacio, Derecho Civil, Personas y Familia, editorial Porrúa. México, 1980.

GARCÍA, Fernández, Dora. Manual para elaboración de tesis y otros trabajos de investigación. editorial Porrúa. México, 2002.

GARCÍA, Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, editorial Porrúa, México, 1998.

MAZEAUD, Henri, Derecho Civil, Traducción Luis Alcalá Zamora y Castillo, ediciones jurídicas Europa América, Buenos Aires, Argentina 1960.

MORINEAU Iduarte Marta y otro, Derecho Romano, editorial Harla, México 1993.

PLANIOL, Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, editorial Cajica Puebla México, 1980.

PUIG, Peña, Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II, Volúmenes I y II, Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1971.

SÁNCHEZ, Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, editorial Porrúa, México, 1995.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, editorial Porrúa. México, 1994.

### **III. PUBLICACIONES CONSULTADAS**

GRO HARLEM BRUNDTLAND, publicación en Inglés, Bulletin of the World Health Organization, 2000. 78 No 3. "LA SALUD MENTAL EN EL SIGLO XXI".

### **IV. PÁGINAS CONSULTADAS EN LA WORLD WIDE WEB.**

"Código del Menor", 1990 Colombia. <http://www.dnecolombia.gov.com>

"Código de Familia", Ley número 3, 1994, Panamá.  
<http://www.legalinfo-panama.com>.