



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**“LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DE LAS
PERSONAS SUJETAS A TUTELA DATIVA”**

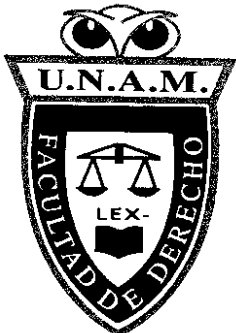
T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A:

CÉSAR TREJO GARCÍA

ASESORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS



CIUDAD UNIVERSITARIA

2008



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A la primera causa.

Cuya existencia se revela en todos los actos del ser humano.

A la UNAM.

Porque ha alimentado el espíritu de sus eternos alumnos, que son sus maestros e investigadores, quienes desde la más alta tribuna del país, que es la académica, han guiado la conciencia educativa de todos los mexicanos con un férreo valor nacionalista.

+ A Carmen García.

Quien guió mis primeros pasos con un amor desinteresado y enfocado en hacerme palpar el cariño, compañía y apoyo, del que ningún ser debiera privársele.

+ A Jorge Martínez.

Una persona extraordinaria, quien en mi primera etapa de la vida, toco mi corazón con el verdadero valor de la amistad, que magistralmente sólo el pudo y supo desarrollar.

+ A Luz Moctezuma.

Quien fue mi más puro y cristalino ejemplo de fervor en el creador.
Permíteme saldar está cuenta.

+ A Rogelio Trejo.

Tu legado en mi persona apenas se asemeja a un instinto, comparado con tu inagotable y práctico ingenio. Anhele tu charla.

A Soleil.

Nunca me cansaré de decir que has sacado lo mejor de mi, gracias por estar a mi lado y permitirme compartir tu visión de las cosas.

Me siento verdaderamente afortunado por gozar de tu amor, compañía y cariño, tu empeño en conseguir mi felicidad y apoyarme en todas mis actividades, es un motor insustituible que me proyecta con vigor a alcanzar mis metas.

Te Amo.

A mis Padres.

No existe moneda de cambio con que saldar todo su esfuerzo, ni es posible articular oración alguna que externe el eterno agradecimiento que les debo por haber recibido una beca completa para realizar mis estudios.

El haberme criado en un sólido núcleo familiar, junto con su ejemplo, dedicación y que decir del arduo trabajo, han redundado en convertirme en un hombre de bien, sin embargo tal vez apenas estaré a su altura, cuando sea capaz de transmitir tal amor y ejemplo de educación a mi propia familia. Siempre estaré en deuda.

A mi Hermano.

Me siento orgulloso de compartir en este mundo de manera exclusiva, la relación que nos une; te agradezco que siempre hayas estado en los momentos difíciles y espero que día a día nos reencontremos cada vez más.

A Lucero.

Tu sabes que has complementado de manera singular la magnífica experiencia que significa contar con una familia, siempre agradeceré tu disposición y apoyo.

Te Quiero.

A la Familia Rodríguez Jiménez.

Ustedes saben que no existe medida alguna con la que pueda tasar su amistad, ni acción que pueda compensar su aspecto, por lo que me propongo un ejercicio recíproco y desinteresado para demostrarles mi agradecimiento.

Simple y sencillamente: ¡GRACIAS!

A la familia Rodríguez, González, Dirzo.

Ustedes han estado ahí en todo momento para apoyar la empresa más grande que hemos emprendido su hija y un servidor, por lo que les estoy profundamente agradecido hoy y siempre.

A mi Asesora Dra. María Leoba Castañeda Rivas.

Maestra, no encuentro palabras de agradecimiento para su asesoría, ya que sin su sabia dirección, este trabajo no hubiera sido posible.

**“LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DE LAS PERSONAS SUJETAS A
TUTELA DATIVA”**

PRÓLOGO.....	I
INTRODUCCIÓN	IV

**CAPÍTULO PRIMERO
GENERALIDADES DEL DAÑO MORAL**

A. Antecedentes legislativos.	1
B. Actos ilícitos.....	10
C. Responsabilidad civil objetiva.	21
D. Moral.....	29
E. Daño.	32
F. Daño moral.	34
G. Naturaleza Jurídica del daño moral.	37
H. Elementos que lo integran.	40

**CAPÍTULO SEGUNDO
LA TUTELA**

A. Concepto.	45
B. Antecedentes.....	48
C. Los sistemas tutelares en el Derecho Moderno.....	53
D. Clases de tutela que regula el Código Civil para el Distrito Federal.	55
E. Garantía que deben presentar los tutores.	82
F. Desempeño de la tutela.	85
G. La inhabilidad, separación y excusa del cargo de la tutela.	93
H. Extinción de la tutela.....	95
I. Aplicación del método comparativo a la tutela en el extranjero.	96

CAPÍTULO TERCERO
EL INCAPAZ Y EL PAPEL DEL ESTADO EN LA ATENCIÓN DE GRUPOS
VULNERABLES

A. La capacidad e incapacidad.	99
B. El abandono de personas.	102
C. Desatención de los sujetos bajo la férula de la tutela dativa.	104
D. Ineficacia de los medios correctivos por incumplimiento en el desempeño de la tutela dativa, desde el punto de vista del tutelado.	106
E. Autoridades con calidad de garante, respecto de la tutela dativa en la legislación mexicana.	108
F. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.	112

CAPÍTULO CUARTO
PROPUESTA PARA PRORROGAR EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL
DAÑO MORAL DE LAS PERSONAS SUJETAS A TUTELA DATIVA

A. Problemática planteada.	116
B. Alcance actual de la reparación del daño moral de las personas sujetas a tutela dativa.	118
C. Comentarios al artículo 331 del Código Civil para el Distrito Federal.	119
D. Reformar el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal como solución a la problemática planteada.	121
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA	127

PRÓLOGO

El presente estudio está motivado por uno de los principales problemas que se presentan en la mayoría de las sociedades, esto es, el acceso a la impartición de justicia, ya por circunstancias de hecho, ya de derecho.

Entre los factores más importantes que se pueden destacar, se encuentran los vacíos legislativos, la falta de congruencia entre las legislaciones, la inobservancia de la normatividad por parte de las autoridades y la inexistencia de las hipótesis legales respectivas al incumplimiento anteriormente citado.

Si la suma de los factores recién enunciados, no es suficiente para impedir, el adecuado control legal que garantice a los gobernados la solución a sus conflictos sin que medie la intervención del particular; a esto, se debe añadir la existencia de sectores o grupos vulnerables que ven, mermada su posibilidad de formar parte del engranaje procesal que encauce sus circunstancias a un mejoramiento en su nivel de vida.

Es en este renglón particularmente, donde la tesis que se pretende desarrollar, señala objetivamente el problema que envuelve a los sujetos que se encuentran bajo la férula de la tutela dativa, en términos del Capítulo VI del Título IX del Código Civil para el Distrito Federal.

La trascendencia del presente tratamiento, se centra en salvaguardar el derecho de acción de un grupo, que aparte de ser considerado como vulnerable

por nuestra sociedad, goza de infortunadas características que limitan el acceso a la justicia oportuna.

El derecho de acceso a la justicia es clave para el desarrollo y respeto de los derechos de toda colectividad que se precie de ponderar la equidad en las relaciones sociales que sean proclives a un desarrollo generalizado.

El grupo que es objeto de estudio, goza de un rango y trascendencia clave para evitar la desigualdad social, en razón de que los años formativos de su educación son claves para evitar el desencadenamiento de los fenómenos sociales que aquejan a los países en vías de desarrollo, tanto social como económicamente.

El estudio de las figuras jurídicas consistentes en la legitimación procesal y la calidad de garante de las autoridades involucradas en el presente tema, evidencian una falta de concordancia de las normas jurídicas, que provoca su incumplimiento de hecho y de derecho en nuestra sociedad.

La íntima relación existente en figuras de Derecho Comparado interno, evidencia la viabilidad de la presente propuesta.

El porcentaje representado por el sector social sujeto a estudio, justifica la necesidad del planteamiento expuesto en concordancia con la doctrina.

El casi inexistente paréntesis dedicado en las cátedras de Derecho Civil referente al daño moral, representan una oportunidad innovadora en el contexto jurídico de nuestro país.

El objetivo primordial de la presente investigación es proponer una reforma legislativa en el Código Civil para el Distrito Federal, para asegurar la imprescriptibilidad del derecho de acción de reparación por daño moral causado por el estado, para el caso de las personas que, encontrándose bajo la férula de la tutela dativa; no pueden ejercer por propio derecho, dicha acción.

De manera específica, se estudiarán las figuras jurídicas referentes a la legitimación procesal bajo la siguiente rúbrica.

Describir brevemente el encuadramiento de la conducta típica de abandono, por parte del Estado, como medio generador del daño moral producido al sector, sujeto a estudio.

Analizar la causación y materialización del daño moral producido por el Estado.

Estudiar el panorama legislativo local y actual, que presuntamente tiende proteger a los grupos vulnerables, con el propósito de evidencia la ineficacia pragmática del mismo.

Comprender que la necesidad de representación jurídica de un incapaz, puede y produce la prescripción del derecho de acción de reparación del daño moral para el caso del grupo sujeto a estudio.

Analizar el panorama de la tutela dativa en nuestra Ciudad.

INTRODUCCIÓN

Es sostenido por diversos agentes sociales, que nuestra realidad jurídica civilista dista mucho de la prevista por el Código Civil para el Distrito Federal. Pareciera que un estudio que se concretara a describir y analizar el texto de ciertos artículos, nos proporcionaría el fundamento de tal aseveración.

Lo que antecede nos ha llevado a investigar cómo se establece el procedimiento para que una persona que se encuentra bajo tutela dativa, pueda demandar por daño moral al tutor que por ley se encuentra obligado a protegerlo. Encontrándonos que el impedimento se encuentra en la misma codificación en comento, pues este último acto, puede ser demandado por el sujeto que se encuentra bajo su tutela, a condición de que el mismo haya superado legalmente el impedimento que lo imposibilita, empero, se tiene que rebasar el principal obstáculo que representa la figura de la prescripción, para hacer lo que reglamenta el artículo 1934 del Código en estudio. Para el desarrollo del presente trabajo de investigación, hemos dividido el trabajo en cuatro capítulos.

El primero de ellos, está enfocado al estudio de las generalidades del daño moral, tomando en consideración lo que sobre el tema opinan los tratadistas, especialistas en el tema.

Por o que se refiere al capítulo segundo, el mismo se refiere al análisis de la figura de la tutela, desde sus antecedentes hasta su regulación en la Codificación Civil para el Distrito Federal, actualmente.

El tercer capítulo, se refiere al examen de las figuras correlativas a la tutela, incluyendo el estudio del comportamiento de las autoridades respectivas al tema, finalizando con una breve descripción de lo que la Suprema Corte de Justicia de Nuestro País, ha manifestado al respecto.

Finalizando con un cuarto capítulo, en el cual, realizamos una propuesta concreta de adición al artículo 1934 del Código Civil en estudio, obviamente, sustentado en el estudio de artículos paralelos a nuestra propuesta, terminando con un número de conclusiones referentes al tema examinado.

El Sustentante.

CAPÍTULO PRIMERO

GENERALIDADES DEL DAÑO MORAL

Cualquier investigación que en el ámbito jurídico se ha de realizar, es menester iniciarla conceptualizando la figura en análisis, la presente indagatoria, como todas las demás, la comenzaremos definiendo gramatical y doctrinariamente el término Daño Moral.

“Daño moral, es aquel que afecta a la vida de una persona, a su bienestar, a su honor, etc.”¹

La brevedad de la definición del diccionario, nos remite a profundizar sobre el tema, lo que procedemos a llevar a cabo.

A. Antecedentes legislativos.

“La concepción sobre daño moral, en nuestro derecho, podría calificarse de pobre. La primitiva legislación civil nunca lo contempló claramente, ni se refirió en su articulado en forma expresa al agravio extrapatrimonial. En su tránsito por nuestro Derecho Civil Sustantivo, la figura del daño moral tiene, a partir de la reforma de diciembre de 1982 al Código Civil, el tratamiento más importante que en cualquier otro código anterior.

¹ DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 28ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 213.

La nueva figura considerada en nuestro código viene a dar un giro completo, en torno a las teorías que sobre la figura inmediata anterior del daño moral se elaboraron por parte de los juristas mexicanos. Siguiendo un orden cronológico, veamos a continuación qué es lo que regulaban sobre el particular nuestros códigos antiguos:

Código Civil de 1870

Es del conocimiento de los civilistas mexicanos, como Rojina Villegas y Borja Soriano, que éste Código para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, ni genérica ni específicamente se refirió al daño moral. La única cita que en materia de daños hacía, era la relativa al daño patrimonial, por lo que los siguientes artículos se explican por sí mismos.

“Artículo 1580. Se entiende por daño la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación.”

En tanto que se reputaba perjuicio:

“Artículo 1581. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación.”

De la lectura de los preceptos anteriores, se desprende que se refieren al daño causado sobre bienes de naturaleza patrimonial.”²

² OCHOA OLVERA, Salvador. Daño Moral. 2ª edición, Edit. Monte alto, México, 2000. p.p. 23 y 24.

Continúa señalando el tratadista en estudio: “Borja Soriano establece que el Código Penal de 1871 tenía un capítulo específico de la responsabilidad civil, de cuya lectura se entendía la tendencia a condenar a reparar daños causados sobre bienes patrimoniales y jamás sobre bienes de naturaleza extrapatrimonial. Según señala textualmente el reputado civilista, cuando se reclamaba una cosa, no se debería pagar el valor de afección, sino el común que tendría la cosa.

La exposición de motivos de dicho ordenamiento penal señalaba que no era posible poner precio a los sentimientos, a la honra, porque hacerlo sobre cosas tan inestimables sería degradar y envilecer a la persona.

Tales temas, se encuentran superados por las modernas teorías del daño moral, las cuales establecen que en ningún momento se pone precio a los bienes de naturaleza extrapatrimonial y mucho menos, posterior a esto se condene al agresor a pagar determinada suma de dinero, habida cuenta de que el dinero que se entrega a título de indemnización tiene un fin satisfactorio frente al dolor moral sufrido, y en ningún momento, implica que por tal acto resarcitorio se le esté pagando a una persona el precio de su honor lesionado.”³

Código Civil de 1884

Prosiguiendo con los antecedentes legislativos del daño moral, sigue mencionando el Jurista en cuestión. “Este código seguía sustancialmente las ideas en materia de agravios del Código de 1870 y ambos jamás contemplaron el

³ Idem.

agravio extrapatrimonial. Los artículos 1464 y 1465 de este cuerpo normativo dicen:

“Artículo 1464. Se entiende por daño, la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación;” y

“Artículo 1465. Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiese haberse obtenido por el cumplimiento de una obligación.”

Se observa que nuestras leyes identifican al daño con el concepto de daño emergente, es decir, el menoscabo que sufre una persona en su patrimonio, y el perjuicio con el de lucro cesante, que no es otra cosa que la privación de una ganancia lícita por falta de cumplimiento de una obligación.”⁴

Código Civil de 1928

El Tratadista en comentario, con relación al tema de estudio, hace una división en cuanto a la temporalidad de la vigencia del Código en estudio y señala que la primera época cubre desde la aparición del ordenamiento sustantivo, hasta la reforma del artículo 1916, en 1982 mientras la segunda, empieza con la regulación de la figura del daño moral hasta el momento.

⁴ Idem.

Sobre la primera de ellas, “se descubre que, por primera vez en nuestra legislación civil, aparece un artículo genérico que regula la reparación del daño causado a bienes de naturaleza extrapatrimonial. Su artículo 1916 expresaba:

“Artículo 1916. Independientemente de los daños y perjuicios, el Juez puede acordar a favor de la víctima de un hecho ilícito, o de su familia si aquélla muere, una indemnización equitativa a título de reparación moral, que pagará el responsable del hecho. Esta indemnización no podrá exceder de una tercera parte de lo que importe la responsabilidad civil. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará al Estado en el caso previsto en el artículo 1928.”

Al respecto, resulta importante señalar tres puntos:

- A.** Nuestra legislación civil admite por primera vez la reparación moral de manera genérica y condicionada.
- B.** La reparación ordenada a título de indemnización moral no es autónoma, sino que se encuentra supeditada a la existencia de la responsabilidad proveniente de un daño de naturaleza patrimonial. Si no existe un daño patrimonial no podrá existir un daño moral.
- C.** El monto de la indemnización fijada por el Juez se limitará a una tercera parte de lo que se condene por daño patrimonial, como máximo.

De los tres aspectos, sólo el primero (inciso A) parece ser positivo, ya que en los otros dos, resulta injusta querer supeditar la existencia del daño moral a la

del daño patrimonial e inconveniente establecer un límite al que se debe ceñir la indemnización moral.

El artículo citado decía claramente que no podía condenarse a nadie a pagar una suma de dinero a título de reparación moral, si antes no existía condena por un daño de tipo patrimonial.

En nuestro derecho, antes de la reforma del artículo 1916 del Código Civil de 1928, en diciembre de 1982, el daño moral tenía desde antes que se causara y reclamara, los mínimos y máximos a que debería sujetarse la indemnización, cosa absurda, como lo es el inapropiado sistema de establecer en forma imperativa un límite a la indemnización moral.”⁵

Con respecto a la segunda época a la que hace mención, Ochoa Olvera, establece: El 28 de diciembre de 1982, la H. Cámara de Diputados del Congreso Federal, aprobó el Decreto que reformó diversos artículos del Código Civil vigente (el de 1928), entre ellos, el artículo 1916. Dicha reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el día 30 del mismo mes, y entró en vigor al día siguiente de su publicación. El nuevo artículo 1916, quedó en los siguientes términos:

“Artículo 1916. Por daño moral, se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, la consideración que de sí misma tienen los demás.

⁵ Ibidem. p. p. 27,28.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus funcionarios conforme al artículo 1928, ambas disposiciones del presente Código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el Juez, tomando en cuenta, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo a la responsable, la publicación de un extracto de la sentencia, que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los informativos. El Juez ordenará que los mismos den publicidad del extracto de la sentencia con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.”

El artículo 1916, fue adicionado posteriormente, para encontrarse como está actualmente:

“Artículo 1916. Por daño moral, se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extrancontractual. Igual obligación de reparar el daño moral, tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el Juez, tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.”

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el Juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje

adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el Juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiera tenido la difusión original.

“Es así como por primera vez nuestro derecho concibe la reparación del daño moral de una manera autónoma de cualquier otro tipo de responsabilidad civil o penal que no sea la derivada del daño inmaterial. Actualmente, no importa si existe o no la condena por responsabilidad civil derivada de un daño a bienes materiales, para poder ejercer la acción de reparación moral.

Como se indicó, uno de los aciertos de la reforma de diciembre de 1982 es darnos una definición de lo que es el daño moral, qué bienes tutela, quiénes son responsables civilmente de un agravio extrapatrimonial, quiénes pueden demandar la indemnización, cómo se establece el monto de la misma y qué criterios tiene que utilizar el órgano jurisdiccional para fijarla.

Todo lo anterior, constituye la nueva regulación que da nuestra legislación civil al daño moral, como se aprecia en comparación con la primera época. A partir de la reforma, tenemos una figura jurídica más integral en esta materia.”⁶

Hemos de proseguir nuestra investigación, analizando otros aspectos relacionados con nuestro trabajo de estudio.

⁶ Ibidem. p. 31.

B. Actos ilícitos.

Antes de definir lo referido a los actos ilícitos, será conveniente señalar qué entendemos por acto jurídico.

El acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, las cuales son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

“La palabra acto en la terminología jurídica, tiene dos sentidos diferentes: designa en ocasiones una operación jurídica, correspondiente entonces, a la palabra latina *negotium*; otras veces, designa un documento probatorio, destinado a demostrar alguna cosa, respondiendo en este caso, al término latino *instrumentum*.”⁷

Una venta, una donación, un pago, una remisión de deuda, considerados en sí mismos y haciendo abstracción de su prueba, son actos jurídicos, los documentos notariales o privados en que se hacen constar tales operaciones, son actos instrumentales. Por el momento, únicamente nos ocuparemos de los primeros.

El acto y el hecho jurídicos constituyen las formas de realización de los supuestos de derecho. El supuesto en el proceso normativo desempeña un papel semejante al de la causa en el proceso de causalidad. Sin embargo, las

⁷ DE PINA VARA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.III. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998. p. 69.

diferencias son notorias y como se sabe, el principio de causalidad, es substituido en el orden jurídico por el de imputación.

En todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad, es decir, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos que revelen en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Es importante llamar la atención de que el acto jurídico no es necesariamente una declaración de voluntad, aún cuando ésta sí constituye su forma normal; pues puede exteriorizarse la voluntad mediante actos que revelen claramente un propósito en el sujeto para producir determinadas consecuencias de derecho.

Tres son los elementos esenciales del acto jurídico:

“a) Una manifestación de voluntad que puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se exterioriza por el lenguaje: oral, escrito o mímico.”⁸

Es tácita, cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera necesaria e indubitable revelan un determinado propósito, aunque el autor del acto jurídico no exteriorice su voluntad a través del lenguaje.

⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.III. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999. p. 78.

- b) Un objeto física y judicialmente posible. En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones. La definición del acto jurídico revela su objeto de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones.

Hay también un objeto indirecto; pero éste no se presenta en la totalidad de los actos jurídicos; es sobre todo en los contratos y en los convenios en donde lo encontramos, como lo señala Rafael Rojina Villegas. “El objeto directo en los convenios, es crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones y el indirecto consistente en la cosa o en el hecho material del convenio.”⁹

De tal manera, que un contrato crea obligaciones que pueden ser de dar, hacer o no hacer, y así cada obligación tiene su objeto. Este objeto directo de las obligaciones es el objeto indirecto del contrato. Las consecuencias del contrato de compraventa, por ejemplo, recaen sobre una cosa que constituye el objeto indirecto del contrato. Las consecuencias del contrato de compraventa, por ejemplo, recaen sobre una cosa que constituye el objeto indirecto del contrato y de la obligación creada por el mismo.

Sobre este particular debe decirse que propiamente las cosas o los hechos, son objetos indirectos de las obligaciones y, por consiguiente, de los contratos, en tanto que se refieren a formas de conducta.

⁹ Ibidem. p. 79.

- c) El reconocimiento que haga la norma jurídica a los efectos deseados por el autor del acto. Si la norma jurídica no reconoce una cierta manifestación de voluntad, no hay acto jurídico por falta de objeto para producir consecuencias de derecho que estén amparadas por el ordenamiento. Si todas las manifestaciones fueren amparadas por el ordenamiento jurídico, el derecho estaría al servicio de los caprichos de los particulares.

Después de esta breve exposición, será necesario señalar lo referido a los actos ilícitos para no tener confusión al respecto.

“El acto se dice que es ilícito, cuando la conducta viola deberes prescritos en una norma jurídica”.¹⁰ En relación a lo anterior, resulta más propio hablar de conducta ilícita, pues ésta comprende la forma positiva (acción) y la negativa (omisión). Pueden ser sinónimos de lo ilícito, si se le quita la carga de violación del derecho y de la moral, lo antijurídico, y lo injusto, si se estima que la justicia y el derecho tiene la misma esencia.

Para Eduardo García Maynez, “las conductas ilícitas son: la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos. Las conductas lícitas son: la ejecución de los actos ordenados, la omisión de los actos prohibidos y la ejecución u omisión de los actos potestativos (actos no ordenados ni prohibidos)”.¹¹

¹⁰ DE PINA VARA, Rafael. Op. cit. p. 70.

¹¹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 221.

“Kelsen sostiene que los actos de sanción son la reacción contra actos u omisiones determinados por el orden jurídico”.¹² Tradicionalmente se dice que un acto está sancionado porque es ilícito, cuando debería decirse que un acto es ilícito porque está sancionado. La primera tesis está fundada en una concepción ***iusnaturalista*** que piensa que hay conductas buenas o malas, justas o injustas por naturaleza. Afirma Kelsen “que lo que es bueno o justo para un sistema moral puede ser malo o injusto para otro. la concepción tradicional de lo ilícito implica que el término, al igual que sus sinónimos, lo antijurídico o lo injusto, es contrario a derecho; asegura que esta posición es equivocada pues el acto ilícito es castigado según las normas que el propio derecho establece. Concluye diciendo que en realidad el acto ilícito es una de las condiciones de la sanción. La sanción civil y la penal consisten en irrogar coactivamente un mal o sea la privación coactiva de un bien”.¹³

El Código Civil para el Distrito Federal, indica que es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres como lo establece el artículo 1830 y a su vez el 1910 del Código Civil para el Distrito Federal; otro precepto del mismo ordenamiento en contradicción al anterior, dice que el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro está obligado a repararlo. La contradicción es evidente pues en el primer artículo citado, la ilicitud comprende las leyes de orden público y las buenas costumbres, mientras que en el segundo excluye a las buenas costumbres del

¹² KELSEN, Hans. Filosofía del Derecho. 2ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

p. 189

¹³ Ibidem. p. 190.

término ilicitud y por tanto las vuelve a mencionar. En realidad cuando el artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal menciona a las buenas costumbres está introduciendo un concepto equívoco que deja al arbitrio del Juzgador interpretar (es decir, el tribunal puede determinar lo que es buena costumbre según la concepción que tenga en determinado momento). Por otra parte, resulta en la opinión de algunos juristas redundante que se mencione a las leyes de orden público, pues en su concepto toda ley emanada del legislador pretende establecer un orden en la sociedad.

Es preciso sin embargo, hacer un análisis de los dos casos de ilícitos establecidos por el artículo 1830, esto es:

1º. Lo que va contra la ley.

2º. Lo que va contra las buenas costumbres.

Debe como punto previo, indicarse que no todos los hechos o abstenciones que van contra una ley son ilícitos, pues existen diversos tipos de la ley:

“A. Supletoria o permisiva.

B. Prohibitiva.

C. Preceptiva, imperativa u ordenadora.

Y una vez que se determine frente a qué tipo de ley se produce una conducta, se podrá precisar si tal conducta es lícita o ilícita”.¹⁴

¹⁴ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 29.

Ley supletoria, es la que emite el Estado para regir las conductas humanas cuando los sujetos que producen esas conductas no han previsto todas las consecuencias de su proceder.

La ley supletoria se aplica cuando es omisa la o las voluntades que crean un acto; suplen el silencio de los que realizan una conducta, y por lo mismo sólo rige esta ley en defecto de declaración expresa; de ahí que, si se realiza o se pacta una conducta contraria a lo que este tipo de ley supone, no se está realizando un hecho ilícito.

Por ejemplo, una persona va a establecer en los términos del artículo 1078 del Código Civil para el Distrito Federal, una servidumbre legal de acueducto y al efecto se pone de acuerdo con los propietarios de los fundos intermedios, pero no hace referencia alguna a la retribución por los posibles daños que les pueda causar a éstos por filtraciones de las aguas; ante esta omisión, se aplica la ley supletoria, la cual determina que se deberá indemnizar por esos daños, si se causan; pero si se pacta en contra de lo dispuesto por ese artículo 1078 esto es, que no se pagarán los daños aunque se causen, no con ello se realiza una conducta ilícita, pues se está en presencia de una norma supletoria.

Otro caso: El usufructuario no tiene el deber jurídico, conforme al artículo 1018 del Código Civil para el Distrito Federal de hacer las reparaciones necesarias indispensables para mantener la cosa en el estado en que la recibió, si la necesidad de éstas proviene de vejez, vicio intrínseco o deterioro grave anterior a la constitución de un usufructo a título gratuito.

Pues bien, si el nudo propietario y el usufructuario convienen en que peste si tenga ese deber, están pactando en contra de lo que dispone la ley, y sin embargo, su conducta no es ilícita porque se trata de una norma supletoria.

Respecto a la ley prohibitiva, el Estado entre otras funciones, tiene la de regular las relaciones sociales; por lo mismo, tiende a reprimir la voluntad de los particulares en aquéllas manifestaciones que pueden ser dañosas al orden y convivencia social. Por ello, restringe la libertad de las personas en sus actos de voluntad, pero lo hace no en una forma absoluta, sino excepcional. “De ahí que, cuando en la Ley considera que algo puede trastornar el orden jurídico si se dejara al libre arbitrio de la voluntad individual, de manera expresa y terminante, establece una prohibición”.¹⁵ Por lo mismo, la voluntad de los particulares se guía por el principio de la legalidad que dice a los particulares todo lo que no les está prohibido, les está permitido. En cambio al Estado todo lo que no tiene expresamente conferido en la ley, le está prohibido. Este principio se consigna en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 124.

Las prohibiciones en materia civil, en consecuencia, sólo pueden resultar de una expresión formal de la ley, y no podrán suponerse de otra manera, salvo que la naturaleza de la institución lo haga ver en forma implícita.

Pero no todo acto que pugna contra este tipo de ley recibirá el mismo castigo o sanción, pues si bien es cierto que se tratará en todos los casos de

¹⁵ VALLE MUÑOZ, José. Los Actos y Hechos Jurídicos. 2ª edición, Edit. Esfinge, México, 2000. p. 91.

conductas ilícitas, también lo es que no toda norma prohibitiva busca la tutela del mismo tipo de intereses.

“En efecto, hay normas de tipo prohibitivo que impiden realizar ciertos actos pues de verificarse éstos, se afectará el interés de determinadas personas, y finalmente otras disposiciones prohibitivas, aunque los particulares las ataquen, por conveniencia social, se dejan subsistir las consecuencias del acto, y se les aplica a los infractores una sanción, no judicial de nulidad de su acto, sino de orden administrativo”.¹⁶

En relación al hecho o abstención como objeto de contrato que va contra la ley preceptiva, imperativa u ordenadora, la actividad del Estado no se agota con establecer prohibiciones, también recurre a leyes preceptivas, en donde ordena imperativamente la observancia de conductas determinadas; preceptúa u ordena lo que se debe hacer en atención al orden social, y si los particulares celebran un contrato que tenga por objeto una conducta contraria o que tienda a alterar las situaciones tuteladas por esas leyes, estarán realizando una convención con objeto ilícito.

Tal es el caso que deriva de contravenir la hipótesis prevista por el artículo 2301 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone: “Puede pactarse que la cosa comprada no se venda a determinada persona; pero es nula cláusula en que se estipule que no puede venderse a persona alguna”.

¹⁶ FLORES BARRUETA, Benjamín. Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil. 3ª edición, Edit. Trillas, México, 2001. p. 83.

La ley con esta norma permite crear a cargo del comprador una obligación de abstenerse, de no hacer, sólo respecto de persona o personas determinadas; pero prohíbe se pacte igual obligación con relación a todas las demás personas, pues con eso, o se pretendería crear un incapacidad convencional, que no es posible en el sistema mexicano, o se estaría creando un nuevo tipo de derecho real diverso de la propiedad, inadmisibles en este sistema jurídico positivo, porque entorpecería la circulación de la riqueza.

El artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal declara ilícito no sólo lo que va contra la ley, sino también lo que atenta contra las buenas costumbres.

Y surge esta lógica pregunta: ¿Por qué la ley para determinar lo que es ilícito se refiere a las buenas costumbres?; ¿Es eso una intromisión en el campo jurídico de ámbitos como el de la moral?; ¿Implica ello un retroceso en lo jurídico, para volver a los tiempos en que moral, religión y Derecho se confundían? Y se contesta: No.

La razón básica, fundamental, que el legislador tuvo para hacer la remisión a las buenas costumbres, “es la de que la ley no puede regular todos los casos que se presentan en la sociedad y que en un momento determinado se consideran reprobables; por lo mismo, si sólo fuera ilícito lo expresamente previsto por la ley, o ésta se tendría que estar reformando a cada momento para establecer nuevos catálogos de hechos ilícitos, o bien multitud de conductas reprobables que chocan

contra los principios que respeta la organización social, en una época determinada, no se podrían estimar ilícitas”.¹⁷

Lo que sucede es que la consideración de ilícito por un hecho o una abstención contra las buenas costumbres, la sienta el legislador como un norma complementaria a las prohibiciones legales, para cubrir aquellos vacíos que se forman con la evolución de la sociedad y que como anoto, la ley no puede estar previendo día a día.

Surge ahora el problema de saber qué son las buenas costumbres. En la Enciclopedia Jurídica Omeba, “Ferrara señala que, este concepto escapa a un contenido fijo, pues equivale a la idea de moral pública, o a conciencia moral social, de determinado pueblo y en cierta época”.¹⁸

Esto es cierto, ya que para determinar lo que son las buenas costumbres se debe ir al campo de la ética, y preguntarse ¿Qué hay una moral social? pues ¿no se ha dicho que la moral por esencia es de carácter individual?

“Las opiniones se dividen y así hay quienes estiman un contrasentido hablar de una moral social, pues la moral es por esencia individual, ya que deriva de la libre voluntad del sujeto que se la impone, y tratar de aplicar en forma bilateral, exterior, coercitiva y heterónoma una serie de buenas costumbres o sea la moral social, será negar la moral misma, su esencia”.¹⁹

¹⁷ Ibidem. p. 139.

¹⁸ FERRARA. La Moral. Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. 10ª edición, Edit. Dris-Kill, Argentina, 2000. p. 1091.

¹⁹ Ibidem. p. 1091.

Por otro lado, se considera desde un punto de vista sociológico y psicológico, que toda moral, aún la que llene todos los requisitos de individual, unilateral, interior, incoercible y autónoma tiene un origen social, y si ese es su origen, su naturaleza necesariamente es también social.

De lo anterior, diremos que las buenas costumbres son: los hábitos, prácticas o inclinaciones observadas por un grupo humano en un lugar y momento determinados y, a las cuales, deberá atender el Juzgador para sancionar o no, un acto como ilícito.

C. Responsabilidad Civil Objetiva.

De manera general, se puede decir que la responsabilidad civil, es la obligación que corresponde a una persona determinada, de reparar el daño o perjuicio causado a otra, bien por ella misma, por el hecho de las cosas o por actos de las personas por las que deba responder.

A efecto de tener una mejor comprensión sobre el tema en comento es necesario puntualizar lo siguiente.

Existen diversas opiniones respecto al concepto de responsabilidad civil para referirse a este figura jurídica es por ello que, para algunos autores consideran que el término reparación es más claro que el de responsabilidad, “otros sostienen que es el de responder el que debe utilizarse y finalmente, los que

señalan que el derecho de daños es el más apropiado por que garantiza la reparación de intereses colectivos”.²⁰

Actualmente la doctrina se ha dedicado a estudiar el tema de la responsabilidad civil tomando como idea central la reparación de los daños, sugiriendo inclusive que el término “responsabilidad sea sustituido por el de reparación”.²¹ Ghersi considera “que esto es necesario en virtud de que el concepto de reparación, es más amplio y rico que el de responsabilidad por lo que permitirá que se estructure una teoría general sobre las situaciones dañosas”.²²

Se han estudiado las situaciones dañosas como género en virtud de que se considera que es necesario hacer un análisis más moderno del tema, sin dejar a un lado los principios de la doctrina tradicional.

Independientemente del término que se utilice, coincidimos con Bonnacase que señala: “que responsable, responsabilidad, así como todos los vocablos cognados, expresan idea de equivalencia, de contraprestación, de correspondencia, por lo que la terminología variará según el autor del que se trate, sin que implique realmente una diferencia”.²³

Una de las dificultades para fijar el concepto de responsabilidad estriba en que toda manifestación de la actividad humana trae aparejado el problema de la responsabilidad ya que como se sabe, la responsabilidad siempre está ligada con

²⁰ CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes. La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente. 2ª edición, Edit. UNAM, México, 2003. p. 13.

²¹ Ibidem. p. 17.

²² DE PINA, Rafael. Los Daños Colectivos y la Reparación. Cit. por GARRIDO CORDOVERA, Lidia. 7ª edición, Edit. Universidad Argentina, 1999. p. 180.

²³ Ibidem. p. 181.

el concepto de personalidad en virtud de que no puede hablarse de sanción, o de indemnización, si no hay un individuo, o sujeto pasivo, que sea el que las deba recibir.

Pascual Estevill considera que “el daño puede manifestarse de maneras muy diversas y en circunstancias distintas en virtud de que los comportamientos del hombre en sí mismo y en relación a las demás personas, animales y cosas de las que ha de responder, indemnizando o reparando el interés lesionado, son plurales”.²⁴

Asimismo, consideramos que el concepto de responsabilidad tiene como presupuesto la libertad del sujeto y es por ello que el derecho puede atribuirle los efectos dañosos de sus actos u omisiones.

Bonnecase señala “que la responsabilidad, es el resultado de la acción por la cual el hombre expresa su comportamiento, frente a un deber u obligación”.²⁵ Por lo tanto, el punto más importante en el que hay que profundizar, es en el de violación de la norma u obligación delante de la cual se encontraba el agente.

De lo anterior, consideramos que es una idea que se aproxima a la definición de responsabilidad porque la noción de garantía se ha utilizado para sustituir el concepto de responsabilidad. Al respecto, consideramos que el término responsabilidad equivale al cumplimiento indirecto de la obligación ya que condena al sujeto que no ha cumplido la obligación, al pago de daños y perjuicios

²⁴ PASCUAL ESTEVILL, Luis. Derecho de Daños. 2ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1997. p. 189.

²⁵ BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. 4ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1990. p. 301.

y entonces, será necesario determinar el monto de los daños y perjuicios que se hayan causado.

Pascual Estevill, explica esto de una forma más general, al señalar que “ser responsable significa afrontar las consecuencias del incumplimiento de una obligación que se hubiere dejado preestablecida, es decir, responder genéricamente a la violación del principio *alterum non laedere*, lo cual constituye la piedra medular del instituto de la responsabilidad”.²⁶

El perjuicio constituye el elemento distintivo de la responsabilidad civil, en oposición de la responsabilidad moral ya que en ésta última no se trata de saber si hubo o no perjuicio, sino que lo que se busca es indagar el alma del agente, es decir, que para que la responsabilidad sea de naturaleza jurídica, se necesita necesariamente que haya un perjuicio.

En otras palabras, podemos definir a la responsabilidad como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto, a la obligación de reparar el daño producido.

Respecto a la responsabilidad civil extracontractual y sus elementos el distinguido jurista Estevill señala que, “los aspectos objetivo y subjetivo del ilícito aquiliano o extracontractual: el aspecto objetivo, es el daño ocasionado injustamente, mientras que el subjetivo, es la imputabilidad de la acción u omisión al daño ocasionado a otra persona. Este requisito de la ilicitud imputable, cuando

²⁶ PASCUAL ESTEVILL, Luis. Op. cit. p. 205.

se relaciona con la realidad perjudicial y el nexo de causalidad, fundamenta la acción reparatoria de los daños producidos a la víctima”.²⁷

Podemos decir que en muchas ocasiones, es difícil identificar el interés protegido por el derecho, respecto de cuyo daño va a proceder o no la acción resarcitoria. Consideramos que en este sentido, el daño no será resarcible si la conducta no constituye una violación culpable de la obligación general de respeto de la esfera del interés de las demás personas, por lo que el elemento objetivo depende del subjetivo. El problema que se presente en relación con el elemento subjetivo es identificar el nexo causal entre la actividad dañosa y el perjuicio.

Sin embargo, la ilicitud no está presente en todos los supuestos de responsabilidad extracontractual. A continuación analizaremos los elementos que la generalidad de la doctrina señala con constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual.

Podemos resaltar la importancia de estudiar de manera exhaustiva el hecho jurídico y la estructura externa o resultado del mismo, en virtud de que además de ser fundamental en el estudio general del derecho, lo es especialmente en este tema de la responsabilidad o reparación del daño, toda vez que el hecho humano es necesario para que haya derecho y para que pueda hablarse de reparación, excluyendo así los hechos puros de la naturaleza, que aunque pueden generar daños, no constituyen fundamento para el acceso a la reparación.

²⁷ Ibidem. p. 206.

La actividad humana puede consistir en una acción o una omisión. En cualquiera de los dos, el proceso exterior de la actividad humana es un elemento necesario ya que interfiere en la esfera jurídica de otro sujeto produciendo un daño. Esta actividad puede comprobarse fácilmente en los casos de reparación por responsabilidad subjetiva más no resulta tan fácil en los casos de responsabilidad objetiva o por intervención directa de las cosas. Aun en los casos de responsabilidad objetiva en los cuales, la cosa interviene con autonomía, la conducta humana resulta ser causante de la situación dañosa ya que necesariamente hay una conducta humana previa a la relación de causalidad entre el daño y la cosa, sin la cual, no se habría producido el daño.

Como lo hemos señalado, el fundamento de la responsabilidad objetiva es muy distinto al de la responsabilidad subjetiva.

El elemento de culpa resulta fundamental dentro de la distinción entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva ya que en la responsabilidad subjetiva se parte de un elemento personal que se refiere precisamente a la negligencia, culpa o dolo en contraposición a la responsabilidad objetiva en donde hay una ausencia de ese elemento subjetivo y el elemento del que se parte es objetivo y es precisamente el uso de las cosas peligrosas y el daño que por ese uso se cause.

Algunos autores han denominado a la responsabilidad por riesgo creado, responsabilidad objetiva, “en virtud de que se basa en un elemento ajeno a la conducta, objetivo, el cual es la utilización de un objeto que por sí mismo o por la velocidad en que se maneja, es peligroso o crea un riesgo para los demás. Se

distingue entonces de la responsabilidad civil subjetiva, por la noción de culpa, es decir, que los daños se causan por una conducta culpable, al contrario de la responsabilidad objetiva que es una conducta inculpable que consiste en aprovechar un objeto peligroso que crea riesgo de daños, que se basa precisamente en el elemento externo que es el riesgo creado.”²⁸

Se puede atribuir la existencia del concepto de responsabilidad objetiva al hecho de que la responsabilidad subjetiva es insuficiente para satisfacer algunos casos de justicia.

En el mismo sentido, se puede advertir la ineficacia de la teoría de la responsabilidad subjetiva en virtud de que aún cuando ésta establece presunciones de culpa, para asegurar la indemnización de las víctimas en ciertos casos en que se estima necesaria, no ha sido suficiente y ha provocado que surja una nueva figura, la de responsabilidad objetiva, en que ya no es necesaria la culpa para la existencia de la responsabilidad y en donde se admite que todo riesgo creado, debe ser a cargo de la actividad que lo origina.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 123, fracción XIV, como la Ley Federal del Trabajo en sus artículos 473, 488, 489 y 514; y el Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 1935 al 1937, regulan la responsabilidad objetiva de los patrones en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que sean sufridas por el mismo trabajo que realicen o en el ejercicio de la profesión.

²⁸ GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. Algunas consideraciones sobre la Responsabilidad Civil. 4ª edición, Edit. Sista, México, 2000. p. 192.

“Los autores franceses establecen como origen de esto, el desarrollo de la industria, las nuevas máquinas y fenómenos que se dieron en el siglo XIX principalmente, en donde se dieron nuevos casos, como accidentes de trabajo que provocaban mayores injusticias para el obrero, que en su momento fue importante regular.”²⁹

En nuestro Código Civil para el Distrito Federal, se conoce esta responsabilidad de los patrones y la obligación por parte de ellos de reparar a sus trabajadores mediante una indemnización, salvo, de conformidad con el artículo 1937, aquellos casos en que el trabajador haya producido dichos accidentes voluntariamente.

La objetividad de esta responsabilidad está en que no se requiere el elemento de culpa o negligencia por parte del patrón para que éste esté obligado a responder.

Así lo establece expresamente el artículo 1936 del Código Civil para el Distrito Federal: “Incumbe a los patrones el pago de la responsabilidad que nace de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales, independientemente de toda idea de culpa o negligencia de su parte.”

La responsabilidad por riesgo creado, está regulada por nuestro Código Civil para el Distrito Federal, como una fuente de obligaciones, en el artículo 1913 que establece: “Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos,

²⁹ Ibidem. p. 193.

aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamables, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

De conformidad con este artículo, para que surja la responsabilidad, es necesario que se reúnan los siguientes elementos:

- 1) El uso de cosas peligrosas;
- 2) La existencia de un daño; y
- 3) La relación causal entre el hecho y el daño.

D. Moral.

A continuación, trataremos de precisar los conceptos y definiciones que tienen estrecha vinculación con nuestro tema, para así tener una adecuada comprensión del mismo, porque, como sabemos, toda rama o ciencia tiene sus propios conceptos que la distinguen de las demás. Por lo anotado, será oportuno precisar lo siguiente.

Desde el punto de vista gramatical, la moral “es aquello que pertenece o es relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia.”³⁰

³⁰ Diccionario de la Real Academia Española. 10ª edición, Edit. Salvat, México, 2003. p. 978.

De lo anterior se infiere, que lo moral no pertenece al campo de los sentidos, por ser de la apreciación del entendimiento o de la conciencia, es decir, que no concierne al orden jurídico, sino al Fuero Interno o al respeto humano.

Desde nuestro particular punto de vista, la moral y el Derecho, son compatibles, aunque la primera, no es exigible y sólo radica en la mente y buen actuar del ser humano.

De lo anterior, se puede decir que, “el derecho no disciplina la vida entera del hombre. Desde luego, según se desprende de lo que llevamos dicho, al hombre considerado como individuo aislado, lo gobierna exclusivamente la ley moral. En segundo lugar, no todas las relaciones de la vida social están protegidas por el derecho, sino sólo aquéllas que en un tiempo y lugar determinados llegan a reputarse dignas y necesitadas de tutela jurídica, por no estar suficientemente garantizadas por la moral o la costumbre.”³¹

Ahora bien, precisamente con relación a la vida social del hombre, es importante, aunque difícil, distinguir la moral del derecho; ya que la moral individual es netamente distinta del derecho, que concierne a sólo las relaciones sociales, mientras que los preceptos de la moral que miran a la vida social del hombre, pueden abrazar el campo mismo del derecho. Por esta razón, los límites entre moral y derecho, no pueden establecerse de modo preciso y absoluto:

³¹ SANTOS BRIZ, Jaime. La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal. 4ª edición, Edit. Montecarlo, España, 1990. p. 361.

relaciones que en un tiempo, eran del dominio exclusivo de la moral, han llegado o llegaran a ser jurídicas y viceversa. Sólo puede decirse, abstractamente hablando, que la moral concierne más al elemento interior y volitivo de la acción humana, que al hecho extrínseco, principalmente atendido por el derecho. Con ello, no se quiere decir que el elemento interno sea indiferente para el derecho, como el externo, tampoco lo es para el derecho el elemento interno. La distinción no consiste, pues, en la indiferencia de uno de los dos elementos de toda acción humana; sino en la predominancia de uno de ellos; del interior para la moral, del exterior para el derecho. Y precisamente a causa de dicha preponderancia, las normas jurídicas son capaces de coerción exterior, la que es incompatible con los preceptos de la moral; una acción moral impuesta por la fuerza, no sería por esto mismo moral, ya que carecería del carácter esencial de acción realizada exclusivamente con miramiento al bien. “De aquí que puede decirse que la característica diferencia entre moral y derecho, estriba en la posibilidad de la coacción externa. Más es de notar que esencial al derecho, es sólo la tendencia a hacerse valer mediante la fuerza externa, no ya la plena realización de esa tendencia.”³²

En efecto, no sólo no existe la coacción encaminada a la observancia de los preceptos de Derecho Internacional (al que algunos nieganle por eso la índole jurídica), y al respeto de la Constitución de parte del soberano; sino que muchos preceptos del mismo Derecho Privado no son susceptibles de cumplimiento coactivo, y, sin embargo, nadie pone en duda su carácter jurídico. Tales son los

³² Ibidem. p. 366.

que imponen una obligación de hacer o de no hacer: la coacción podrá importar una pena o un resarcimiento de daños, pero la no observancia del precepto, esto es, obtener el hecho que exige y presupone la libre actividad personal, o destruir el hecho ejecutado.

De esta suerte, el derecho se distingue de la moral, pero sin separarse de la misma. Lo que es contrario al derecho, no puede aprobarlo la moral, salvo que la norma jurídica sea en sí misma inmoral; y, por otra parte, lo que ofende a la moral no debería ser precepto jurídico. El derecho y la moral deben prestarse recíproco sostén, y la moral debe ser la base más firme y segura del derecho.

E. Daño.

“El daño es uno de los elementos necesarios para que surja la responsabilidad civil. La mayoría de los autores, si no es que todos, están de acuerdo en que necesariamente tiene que existir el daño para que haya responsabilidad porque traduciéndose la responsabilidad civil en obligación de resarcir, lógicamente no puede concretarse donde nada hay que reparar.”³³

Podemos decir que el daño, además de elemento esencial, es la verdadera razón de ser de la responsabilidad civil, lo que permite su existencia.

En nuestro derecho, el Código Civil para el Distrito Federal distingue el daño patrimonial del moral y hace referencia tanto a los daños como a los perjuicios.

³³ CARMONA LARA, María del Carmen. La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental. 2ª edición, Edit. UNAM-PEMEX, México, 1999. p. 125.

El artículo 2108 del Código Civil para el Distrito Federal define el daño: “Se entiende por daños, la pérdida o menoscabo que el contratante haya sufrido en su patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación.”

Por su parte, el artículo 2109 define “el perjuicio como la privación de cualquier ganancia lícita, que debiera haberse obtenido si la obligación se hubiera cumplido o si el daño no se hubiera causado.”

El artículo 1916 regula el daño moral y establece:

“Por daño moral, se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral, cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo, tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño materia, tanto en responsabilidad contractual, como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme al artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente código.”

“Hay autores que han querido elaborar un concepto de daño más social que individual en virtud de que consideran que las situaciones de daño tradicional han cambiado en la actualidad.”³⁴

El propósito principal de esto es posibilitar una reparación basada en la equidad con el objeto de no dejar sin reparación al damnificado en aquellos casos en que por presentarse justificantes o eximentes de responsabilidad, se le deje sin reparación.

Esta nueva visión es resultado de las situaciones generadoras de daños que actualmente se presentan y que requieren de una adecuación del marco jurídico y de la doctrina tradicional para responder a las necesidades sociales. Esto resulta relevante para temas como el de daños al medio ambiente ya que son casos o situaciones nuevas que traen consigo daños sociales muy grandes y que requieren de nuevas soluciones.

F. Daño moral.

El concepto de daño ha experimentado una evolución a través de los siglos, partiendo desde una nación crasamente materialista hasta alcanzar elaboraciones abstractas, de contenido más espiritual. “Injuria, en un sentido etimológico, es toda conducta que no se ajusta a derecho, o lo vulnera.”³⁵

³⁴ Ibidem. p. 126.

³⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T.D-J. 10ª edición, Edit. Porrúa-UNAM, México, 2000. p. 179.

En una acepción restringida, significa “todo ataque, lesión o menoscabo inferido a la persona de otro. La idea de injuria pasó a través de las distintas legislaciones desde un concepto materialista de daño inferido a la persona física del hombre en su forma más ruda y evidente (por ejemplo, ruptura de un miembro, herida por arma), hasta llegar a abarcar las formas inmateriales de la defensa (ataques al honor, a la intimidad de las personas, a su dignidad pública y social, a su decoro). La injuria produce o tiende a producir un daño; la doctrina civilista moderna distingue entre el daño materia, o sea, el que apareja consecuencias patrimoniales, y el daño moral, llamado también extrapatrimonial.”³⁶

Ya las legislaciones primitivas distinguían ambos tipos de daños, si bien no habían elaborado una doctrina de alcance general sobre este tópico. Las leyes de Eshnuna (aproximadamente 2000 años a.C.) constituyen en el estado actual de las investigaciones, el primer antecedente que se conoce sobre reparación del daño puramente moral: así, el artículo 42 dispone que quien propine a otro una bofetada en la cara pesará y entregará diez shekels de plata. “La injuria verbal daba lugar a una reparación de igual monto. En el Derecho Romano, tanto los edictos del pretor como la legislación justiniana concedieron acciones específicas al ofendido en su honor, su decoro, su consideración pública o su reputación. Pero, si bien las legislaciones antiguas consideraron la protección de estos bienes jurídicos inmateriales, no alcanzaron una sistematización de los principios.”³⁷

³⁶ Ibidem. p. 180.

³⁷ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. T.II. 12ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 832.

El Código Civil de 1928, en su artículo 1916, reformado por decreto de diciembre de 1982 (Diario Oficial de la Federación 31-XII-82), como ya lo mencionamos, define al daño moral como “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien, en la consideración que de sí misma tienen los demás.”

Es la doctrina moderna la que, bajo la denominación “de derechos de la personalidad, llegó a elaborar una concepción filosófico-jurídica de ciertos valores inmateriales, inherentes a la esfera íntima del individuo, consagrándose el principio de que quien produce un daño tiene el deber de repararlo.”³⁸

La forma en que se responda, depende del tipo de sociedad de que se trate, y las soluciones, históricamente, han variado desde las taliónicas hasta la compensación pecuniaria. Esta última abarcó tanto la reparación debida por daño material como moral. A partir de fines del siglo XIX y principios del XX, la doctrina en su conjunto empieza a cuestionarse y a realizar planteos de orden axiológico sobre la posibilidad de compensar materialmente algo tan imposible de mensura como el dolor, la humillación o el menoscabo de la honra. Se elaboraron así, teorías como la de la reparación-sanción, la reparación-indemnización y la reparación-satisfacción. Hoy en día, existe consenso entre los autores sobre la procedencia de esa reparación.

³⁸ Ibidem. p. 833.

Se discute, sin embargo, si solamente es reparable el daño moral que deriva del material (por ejemplo, la desfiguración del rostro a raíz de un accidente, que a la vez da lugar a reparación de daño emergente, asistencia médica y a lucro cesante, pérdida de haberes laborales) o también debe indemnizarse el daño moral puro (por ejemplo, una ofensa verbal hecha en público). Otro punto que se cuestiona es el tipo de responsabilidad indemnizable; si sólo procede la reparación extracontractual y la emergente del delito, o se incluye también la de origen contractual.

El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1916 sienta un criterio amplio en estos puntos: “Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación a reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva, así como el Estado y sus funcionarios.”

En lo que se refiere al monto de la indemnización, se otorga amplio arbitrio al Juez, quien dictará sentencia, “tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.”

G. Naturaleza jurídica del daño moral.

Como lo hemos venido señalando, “el daño moral, es pues, aquél perjuicio sufrido a la psiquis de una persona, es la transgresión a los derechos

personalísimos de una persona a través de un agravio a la dignidad, honorabilidad, sosiego, integridad física, privacidad o cualquier elemento que altere la normalidad facultativa mental o espiritual.”³⁹

El daño moral consiste en el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, y en general, los padecimientos inflingidos a la víctima por el evento dañoso.

El daño moral es un acontecer conmovedor captado por el Derecho al considerar a éste, como supuesto esencial, que toda persona vive en estado de equilibrio espiritual.

“El daño moral es una modificación disvaliosa del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial.”⁴⁰

El daño moral, radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales.

Improcedencia en caso de meras molestias o incomodidades propias del hecho.

No cualquier molestia o angustia por mínima que sea, autoriza la recepción del rubro daño moral.

³⁹ CARRILLO M., Juan y CARRILLO F., Miriam. El Detrimento Moral. 3ª edición, Edit. Carrillo Hermanos, México, 2003. p. 165.

⁴⁰ Ibidem. p. 166.

Teniendo en cuenta la naturaleza del hecho (culposo y no doloso), los padecimientos sufridos por el menor en las distintas intervenciones, la molestia psíquica que le produciría la cicatriz en su rostro, su condición de mujer, se estima prudente fijar la indemnización por daño moral.

No obstante que el artículo del Código Civil para el Distrito Federal limita la indemnización por daño moral, sólo al damnificado directo y para no caer en reformas innecesarias que producirían si aplicara de oficio esa norma (que no fue reclamada por los demandados), no se eliminará este rubro pero sí se reduce el monto a la estimada por los accionados (daño moral a los padres de la víctima).

En relación a la naturaleza jurídica del daño moral, diremos que éste, es íntegramente subjetivo, y va en proporción directa con la parte afectiva del ser humano; es decir, el grado de reacción ante las mismas circunstancias puede acarrear diferentes estados psicológicos dependiendo del sujeto, puede que a una persona le ofenda lo que a otra no, por ello, la apreciación económica es discrecional del Juzgador.

“Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral, son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad, y a la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente por la ilegalidad, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos. Ello no implica que cualquiera persona podrá interponer una demanda

por daño moral, sólo podrán impetrarla las personas que hayan sido víctimas del mismo o sus representantes legales.”⁴¹

Para que no haya escepticismo al respecto, aclaramos que si una persona es afectada directamente por la ilegalidad de un acto, puede interponer dicho proceso. Igualmente, las personas que a raíz de un acto u omisión ilegal sean afectados indirectamente, por su relación con el perjudicado, podrán interponer el citado proceso.

Algunos autores han establecido que únicamente las personas naturales podrá interponer este tipo de demandas, ya que las jurídicas no son susceptibles de percibir una acción afectiva. Sin embargo, otros afirman, que si bien es cierto, no son capaces de tener sentimientos, sí tienen lo que se conoce como respetabilidad, honorabilidad y prestigio. Por lo cual, a criterio de la mayoría de los filósofos del derecho, bien puede demandar, una persona jurídica por daño moral.

H. Elementos que lo integran.

Actualmente, la figura del daño moral está ganando muchos más adeptos en el medio jurídico, debido a las múltiples demandas ganadas en los países anglosajones. “Sin embargo, esta figura tiene sus orígenes en la doctrina francesa, fue denominada por los jurisconsultos franceses como *Damages Morales*.”⁴²

⁴¹ Ibidem. p. 167.

⁴² GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. p. 837.

Destacamos que daño, es aquel mal o perjuicio producido a una persona o bien.

Moral es la suma de elementos psíquicos y espirituales, que inciden en el normal desenvolvimiento emotivo del ser humano.

Es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero, ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aplicaciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo.

“Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual, la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido.”⁴³

⁴³ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 7ª edición, Edit. Porrúa, México, 1994. p. 86.

Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, estos intereses, pueden estar vinculados a derechos extrapatrimoniales.

En este sentido, podemos decir que los llamados daños morales, son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir, por el acto antijurídico.

La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: La naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.

Y en base a estos dos presupuestos, que el daño moral es daño no patrimonial, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial.

El problema analizado por la doctrina de este siglo, ha tenido por objeto establecer cuáles son los daños resarcibles en el plano no patrimonial. Problema

que a la postre de las doctrinas modernas, resulta estéril, toda vez que se ha afirmado que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial, si ha sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento.

“Así, la doctrina clásica italiana, habla de daño moral objetivo y de daño moral subjetivo. Daño moral objetivo sería aquél menoscabo que sufre la persona en su consideración social; y en cambio, el daño moral subjetivo sería aquél que consiste en el dolor físico, o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen hombre, el honor o la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas.”⁴⁴

En la doctrina francesa los Mazeaud y Tunc “distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración, y los daños que atentan contra la parte afectiva del patrimonio moral que alcanzan al individuo en sus afectos, se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida.”⁴⁵

Así la doctrina distingue entre daño moral directo y daño moral indirecto partiendo de la naturaleza de los intereses jurídicos afectados (no se toma en

⁴⁴ SANTOS BRIZ, Jaime. Op. cit. p. 360.

⁴⁵ MAZEAUD, Henry y León. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. 4ª edición, Trad. de José María Cajica) Edit. Cajica, Puebla, México, 1990. p. 386.

cuenta la naturaleza que presuponen esos intereses). En este sentido, el daño moral es directo si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial; el daño moral será indirecto si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial.

Tal distinción no es novedosa y surge de la teoría general del daño, y se siguen los mismos parámetros para conceptualizar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto. De este modo, se establece, así como el daño patrimonial es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TUTELA

Al referirse a la familia en el derecho de nuestro país, Chávez Asencio, señala: “El Derecho de Familia en México, está regulado tanto por normas de Derecho Público, como por disposiciones de Derecho Privado.”⁴⁶

Nosotros consideramos que debe ser así, por la trascendencia de la familia en todos los ámbitos de México.

“Para estos efectos, en el Derecho Mexicano se han creado un conjunto de normas e instituciones que aseguran la protección del menor y la buena marcha de la familia a través de la presencia de funcionarios públicos especializados en la materia y se han creado diversas instituciones y organismos públicos de carácter gubernamental, a los que se ha encomendado la vigilancia de los mismos.”⁴⁷

Dentro del conjunto de normas encontramos lo referente a la llamada “Tutela”, la cual, para un mejor entendimiento, procederemos inicialmente a conceptuar doctrinariamente.

A. Concepto.

Conceptualmente, “la tutela es una institución jurídica cuya función está confiada a una persona capaz para el cuidado, protección y representación de los

⁴⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 5ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999. p. 172.

⁴⁷ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuvia. RODRÍGUEZ BENDT, Andrés. (Coordinadores). Estudios sobre Adopción Internacional. 2ª edición, Edit. UNAM, México, 2001. p. 102.

menores de edad no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de los mayores de edad incapaces de administrarse por sí mismos.

Es una figura supletoria de la patria potestad en el caso de los menores de edad.”⁴⁸

Otro Tratadista que conceptúa la tutela es Raúl Lozano Ramírez, que menciona: “La tutela es la guarda de la persona y sus bienes, de los que no están sujetos a la patria potestad, o tienen incapacidad natural o legal para gobernarse por sí mismos. La tutela puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.”⁴⁹

Sobre el tema, Sara Montero Duhalt, señala: “La tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad.

Existen además otras clases de tutela que no se apegan estrictamente al concepto antes señalado, por no ser tutelas de tipo general, sino que se dan en forma especial para ciertos casos determinados, limitados y temporales; tal es el caso de la tutela de los emancipados que comparecen a juicio, o de los menores cuando tienen intereses contrapuestos a los de las personas que ejercen sobre ellos la patria potestad, etc.”⁵⁰

⁴⁸ BAQUEIRO ROJAS, Edgard; BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 2ª edición, Edit. Oxford, México, 2003. p.p. 238, 240.

⁴⁹ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Derecho Civil T.I. Derecho Familiar. 2ª edición, Edit. PAC., México, 2005. p. 279.

⁵⁰ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 5ª edición, Edit. Porrúa, México, 1992. p.p. 359, 360.

Para Rafael de Pina: “La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual, se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica.”⁵¹

Ignacio Galindo Garfias dice: “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.”⁵²

Finalmente, Valverde dice que: “La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano.”⁵³

Montero Duhalt, concluye diciendo: “La palabra tutela deriva de la voz latina tueor, que significa defender, proteger. Tutelar significa por lo tanto, cuidar, proteger, y ésta es cabalmente una de las misiones más importantes que debe cumplir el tutor: Proteger los intereses del pupilo, tanto personales como patrimoniales. Dicho en otras palabras, el papel de tutor es el de proteger la persona del incapaz, procurando siempre su rehabilitación y su bienestar; y administrar el patrimonio del mismo, de manera que rinda el máximo de sus beneficios siempre en provecho del pupilo.”⁵⁴

⁵¹ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. T.I., 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998. p.p. 385, 386.

⁵² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 712.

⁵³ VALVERDE y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia. T.IV. 4ª edición, Edit. Bosch, España, 1999. p. 516.

⁵⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 360.

B. Antecedentes.

“Según un texto de Paulo recogido en el Digesto, el jurisconsulto Servio, contemporáneo de Cicerón, definía la tutela diciendo que es derecho y potestad en una persona libre para proteger a aquél, o aquélla que por su edad o por su sexo, no pueden defenderse, dado y otorgado por el Derecho Civil.

Originariamente, la tutela fue un poder encomendado al heredero más próximo, varón del tutelado, para facilitar a éste la conservación del patrimonio familiar, mientras viviese.

Más tarde llegó a ser un deber público (*manus*), para atender no sólo intereses patrimoniales, sino también las necesidades del incapacitado en su aspecto ético y jurídico.

Desde entonces, se conocieron en Roma dos clases de tutela instituidas por la Ley de las XII Tablas:

1. La testamentaria (*permisa*), que permitía al padre nombrar por testamento un tutor a su hijo impúber, y
2. La legítima (*data*) que correspondía a los parientes llamados a la sucesión, si no había herederos testamentarios, es decir, los *agnatus proximus*, y a falta de éstos a los gentiles.

En cuanto a la tutela dativa, fue establecida en Roma después por una **Lex Atila** a fines del siglo VI y en las provincias, por una **Lex Julia Titia** a fines de la República. Se llamaba dativa porque la daban los magistrados.

También se distinguía la tutela que se daba a los menores y la curatela a las personas que por su estado de salud o por otras causas como la demencia, no se encontraban en condiciones de usar su capacidad jurídica. Igualmente, llegó a existir una tutela por razón del sexo.”⁵⁵

Por otra parte, el Jurista Edgard Baqueiro Rojas, añade: En su origen romano fue una institución netamente familiar que constituía un derecho en interés de la familia, para el cuidado de los bienes del menor impúber *sui juris* quien, por su falta de madurez, podía dilapidar los bienes familiares. En la misma circunstancia estaba el incapacitado mayor o púber, en cuyo caso, el encargado era denominado curador (curatela).

La evolución jurídica de la tutela ha puesto especial énfasis en el cuidado de la persona del incapaz, considerando la tutela más como una función con marcado interés público, que un derecho meramente familiar. Por ello, en los sistemas modernos se ha dado cada vez más intervención al poder público, a través de los jueces de menores, consejos tutelares y el Ministerio Público.”⁵⁶

Sara Montero, en relación a los antecedentes de la Tutela, expresa:

“La tutela y la patria potestad, fueron originalmente instituciones que veían más al interés del que ejercía estos cargos, o al interés general de la familia, que el particular del incapacitado. En este sentido, ambas instituciones han evolucionado inclinándose hacia la protección del sujeto a ella, y con acento en el

⁵⁵ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Op. cit. p.p. 279, 280.

⁵⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Op. cit. p. 237.

mayor interés de la persona del incapacitado que de su patrimonio. Hubo épocas históricas en que el incapaz mayor o menor de edad que no tenía patrimonio, no se le protegía con el nombramiento de tutor.

Nuestro antecedente remoto, como en casi todas las instituciones del Derecho Civil, lo encontramos en el Derecho Romano. La tutela en este derecho, a semejanza del primitivo derecho griego, se establece en beneficio de la familia, es una tutela legítima y familiar. La tutela legítima solamente surgía cuando el menor tenía bienes y era ejercida por los herederos más próximos al mismo. La tutela testamentaria en este derecho se conoció con posterioridad a la legítima e hizo pasar a ésta a segundo lugar. Cambió también la naturaleza de la tutela legítima, de un simple derecho a favor de quien la ejercía, a una carga impuesta a los tutores en beneficio de los incapaces. Tutela y curatela tenían el mismo objeto, el de proteger a los que no podían valerse por sí mismos; su diferencia consistía en que la tutela se ejercía sobre los menores impúberos y la curatela con respecto a los púberos. Los conceptos de tutela y curatela en nuestro derecho son diferentes, como veremos con posterioridad.

El Derecho Español, se inspiró en el Derecho Romano, asignándole a la tutela y curatela la misma función, pero ejercida sobre personas de diferente edad: tutela a los impúberos y curatela a los mayores. Nuestro derecho no adoptó este sistema; le dio a la tutela y a la curatela papeles diferentes.⁵⁷

⁵⁷ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p.p. 360, 361.

Uno de los más prolíficos autores, en cuanto a los antecedentes de la tutela, es sin duda, Jorge Mario Magallón que al referirse al tema, apunta:

“La verificación de los orígenes de la tutela ha llevado a Pedro Gómez de la Serna a señalar que ella se pierda en las tinieblas de la primitiva monarquía: Tito Livio dice que Anco Marcio nombró por tutor de sus hijos a Lucio Tarquino Prisco.

Corresponde hablar aquí de la tutela en que se hallaban las mujeres según el derecho antiguo. La tutela de las mujeres o era pupilar o perpetua. La pupilar no se diferenciaba de la de los varones, y concluía con la pubertad: la perpetua las acompañaba por el resto de sus días.

Esta tutela perpetua se subdividía en testamentaria, legítima y pretoria. Llámábase testamentaria la que en postrimera voluntad el padre o el abuelo daban a sus hijas o nietas; el suegro a la mujer del hijo que estaba en su potestad, y el marido, como jefe de la familia, a la mujer que había entrado en su poder por uno de los modos solemnes que oportunamente quedan escritos.

La tutela legítima era la diferida a los agnados, la cual, podía ser cedida en derecho, *in juri cedi*, como una cosa del dominio quiritario, y en este caso, se llamaba al tutor *cessitius*: esta cesión, que solía tener lugar para que el agnado no estuviere sujeto a una carga perpetua, se hacía generalmente a otro agnado. La pretoria era la dada por los magistrados a falta de tutor testamentario o legítimo, o cuando este era menor, o por último, si las mujeres tenían que seguir contra él un litigio.

Tres son las clases de tutelas: la testamentaria, la legítima y la dativa, de las cuales, trata sucesivamente el Emperador.

Tres son según el texto, las circunstancias que deben tenerse presentes en la tutela: la persona que da el tutor, la persona a quien se da, y el modo de darse. Solo el ascendiente es el que puede dar tutor al descendiente constituido en su poder, y que no ha de recaer después en potestad de otro; ya en testamento, ya en codicilos confirmados en el testamento.

De acuerdo con lo anterior, obviamente resulta que en tratándose de las personas *sui juris* que estuvieran en una situación de incapacidad, fuere por razón de su edad, o de su sexo, o de condiciones intelectuales, entonces la ley romana proveía lo necesario para darle fortaleza y satisfacer la incapacidad de manera que por conducto de un representante supliera esa deficiencia. De ahí surgieron tanto la tutela como la curatela que primariamente tenían el propósito de custodiar los intereses patrimoniales de quienes estuvieran sujetos a ella. Lógicamente, esa función tenía el propósito de velar por los intereses que en esa materia tenía su propia familia. De ahí que como ya se advirtió, en razón de su fuente, la tutela podía ser instituida en el testamento del jefe de la familia o supletoriamente de Roma, surgió la tutela dativa. He ahí pues, las tres formas que la originaban, la testamentaria, legítima y dativa.”⁵⁸

Vistos los antecedentes de la Institución de la Tutela, pasaremos a analizar algunos sistemas de tutelas.

⁵⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 1988. p.p. 540, 541, 542, 543.

C. Los Sistemas Tutelares en el Derecho Moderno.

Los tratadistas en el entorno del Derecho Familiar, reconocen tres sistemas en el Derecho Familiar.

Estos sistemas son tres: la tutela como institución familiar, la tutela como institución de carácter público, a cargo de autoridades administrativas o judiciales, y el sistema mixto.

Respecto al primero de ellos, Montero Duhalt, menciona: “La tutela como institución familiar es típica del Código Napoleón. El órgano dirigente de la tutela es el Consejo de Familia y los actos se ejecutan a través de un sujeto llamado protutor. Siguen este sistema además de Francia, Portugal, España, entre otros países.”⁵⁹

Por su parte, Lozano Ramírez, comenta: “Este sistema tuvo su origen en el Código de Napoleón, de aquí pasó a los países europeos como España, Francia, Italia, Portugal, Rumania y algunos de la América Central y meridional, aunque esta corriente jurídica como el Derecho Romano, consideraba que esta institución era desempeñada por personas físicas, pero no por personas morales o instituciones familiares.

Este sistema, considera que el problema de protección de los incapacitados por ser menores de edad o no tener las facultades debidas para disponer de su persona o de sus bienes corresponde privadamente a los particulares y

⁵⁹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 361.

principalmente al Consejo de Familia, que es el que posee autoridad plena en esta materia y no existen otros órganos en quienes declinen sus facultades.”⁶⁰

Por lo que se refiere al segundo sistema, o sea, la tutela como institución de carácter público.

“Este sistema, que conciben a la tutela como una institución pública, ejercida por cuerpos judiciales, administrativos, existe en Alemania, Suiza, Inglaterra, Holanda, Rusia, Italia.”⁶¹

Finalmente, sobre el último sistema de tutela, la misma tratadista, señala: “La tutela de carácter mixto que puede ser desempeñada tanto por familiares como por organismos públicos, y siempre bajo la vigilancia de la autoridad, pues su cumplimiento se considera de interés público e irrenunciable, es el sistema que sigue nuestro Código Civil, y otros Estados como Chile, Uruguay, Paraguay, Nicaragua, entre otros.”⁶²

Consecuente con lo anterior, Lozano Ramírez, anota: “El tercer sistema es el mixto, porque considera que la tutela es una institución privada, ya la desempeñe una persona física o moral, como lo es el Consejo Familiar, pero bajo la vigilancia e inspección del gobierno a través del Ministerio Público o del Poder Judicial mediante el Juez de lo Familiar, como sucede en las legislaciones de México, Costa Rica, Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, etc.”⁶³

⁶⁰ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Op. cit. p.p. 284,825.

⁶¹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 361.

⁶² Idem.

⁶³ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Op. cit. p. 285.

D. Clases de tutela que regula el Código Civil para el Distrito Federal.

La tutela que reglamenta el Código Civil para el Distrito Federal, se encuentra plasmada en el Título Noveno del libro Primero “De las Personas” y va de los artículos 449 a 640 inclusive.

Comentando esta reglamentación, Montero Duhalt, establece:

“Si comparamos los treinta y siete artículos (del 411 al 448) en que se regula la patria potestad, con los noventa y uno (449 y 640) dedicados a la tutela, resulta notorio con que diferente criterio fueron contempladas ambas instituciones. Parece ser que el legislador tomó muy en consideración que el ejercicio de la patria potestad, al corresponder a los padres o abuelos únicamente, se realizará basado en el cariño y preocupación por el bienestar de los menores, sentimientos característicos de los ascendientes con respecto a sus hijos o nietos. No sucede lo mismo en el ejercicio de la tutela, aun cuando ésta sea la legítima que está a cargo de los parientes. El legislador refleja una manifiesta desconfianza hacia el tutor, rodeando su ejercicio de todo tipo de medidas preventivas y de seguridad. Crea diversas autoridades de vigilancia en su manejo, exige al tutor garantía, lo limita en su actuación a la autorización judicial.

Todas estas normas limitantes en el ejercicio de la tutela ha llevado a pensar a los estudiosos de la materia, que el papel del tutor debería reducirse a la protección de la persona del pupilo únicamente, con exclusión del manejo de los

bienes, que podría ser encomendado a instituciones bancarias a través de la figura del fideicomiso”.⁶⁴

Conforme a la tradición, y de acuerdo con su origen, el Código Civil para el Distrito Federal divide la tutela en testamentaria, legítima y dativa.

Conforme a la primera de ellas, **tutela testamentaria.**

Es aquella que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley; constituye el derecho que la ley le confiere al ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

Magallón Ibarra, comenta: “Como ya lo señalamos tanto por su origen romano, como por el fenómeno de su recepción, toda nuestra tradición legislativa ha reconocido la mayor importancia y preferencia que desde el principio, se reconocía al valor de la tutela conferida testamentariamente.

En efecto, la idea original en el primero de los Códigos del siglo pasado, era el reconocimiento de que los que ejercen la patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento, a aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del desheredado y del póstumo. Las leyes subsecuentes mantuvieron el mismo criterio, eliminando al desheredado, y la

⁶⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 362.

norma vigente ya no se refiere genéricamente a los que ejercen la patria potestad, sino únicamente al ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414. (Artículo 470).”⁶⁵

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

En relación al tema, Baqueiro Rojas, indica: “Es el derecho que la ley otorga a las personas que ella misma autoriza para que establezcan la tutela por testamento, a fin de que surta efectos a la muerte del testador. Esta tutela recae, de manera exclusiva, en los sujetos a la patria potestad o sobre los mayores incapacitados, y ocurre en los siguientes casos, incluyendo al hijo póstumo.

- a) Cuando uno de los padres sobrevive al otro y prevé que, a su muerte, la patria potestad de los hijos recaerá en los abuelos y, si desea evitarlo, puede señalar en su testamento a un tutor para los hijos menores. Si la causa de esa disposición fue que los abuelos eran incapaces, cuando éstos recobren la capacidad podrán reclamar la patria potestad respecto de sus nietos, salvo que el testador haya dispuesto, de modo expreso, que continúe la tutela que él designó.

⁶⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. p. 552, 553.

- b) Cuando el testador deja bienes a un menor o incapacitado mayor para que el tutor que él designe los administre, aunque haya quien ejerza la patria potestad o la tutela general. Éste es un caso de tutela específica.
- c) Cuando el testador es el ascendiente que ejerce la patria potestad o la tutela de un incapaz mayor de edad, y se encuentra afectado por una enfermedad crónica e incurable, o médicamente se presume que su muerte está cercana o que es ya un hecho, podrá designar tutor testamentario prevaleciendo su designación a todas las hechas con anterioridad; el tutor designado entrará en ejercicio de su cargo sea por la muerte, discapacidad mental o debilitamiento físico del ascendiente.
- d) Cuando el cónyuge supérstite ejerce la tutela de un hijo sujeto a interdicción.
- e) Cuando el ascendiente ejerce la patria potestad o la tutela de un hijo mayor de edad incapaz si el otro ascendiente no puede ejercerla legalmente.
- f) Cuando el testador es el padre adoptivo.

Cuando han sido nombrados varios tutores en la tutela testamentaria, éstos ejercerán el cargo, de acuerdo con el orden de su nombramiento, en caso de su muerte, incapacidad, excusa o remoción, o bien, en el orden que el testador haya establecido para que se sucedan.”⁶⁶

⁶⁶ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Op. cit. p. p. 289,290.

Gustavo Arratíbel Salas, al comentar la Tutela Testamentaria, afirma:

“El derecho de nombrar un tutor a los hijos, a que se refiere el artículo anterior, debe entenderse limitado a los menores de edad o a los mayores que hayan sido declarados en estado de interdicción antes de la muerte del autor de la sucesión, conforme a lo dispuesto por los artículos 464 y 475 del Código Civil para el Distrito Federal. Los mayores de edad que adquieren alguna incapacidad deben ser declarados en estado de interdicción por un Juez de lo Familiar y es él, en todo caso, quien les nombrará tutor conforme a las reglas de este código.”⁶⁷

Para una mejor comprensión del punto, hacemos mención de los artículos que establecen los Tratadistas Arratíbel Salas y Huber Olea, y que reglamentan lo siguiente:

“Artículo 464. El menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450, estará sujeto a la tutela de los menores, mientras no llegue a la mayoría de edad.

Si al cumplirse ésta, continuare el impedimento, el incapaz continuará bajo la misma tutela o podrá sujetarse a una nueva, en ambos casos, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador en funciones.”

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

⁶⁷ ARRATÍBEL SALAS, Gustavo; HUBER OLEA, Francisco José. Código Civil para el Distrito Federal. Comentado y Concordado. T.I. s/e., Edit. Sista, México, 2003.

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

Comentando lo relacionado al tema, la multicitada tratadista, Sara Montero Duhalt, expresa:

“El Código Civil define a la tutela testamentaria (artículo 470) como el derecho que la ley otorga al ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado ejerzan la patria potestad, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

Se señala también como especie de tutela testamentaria, el derecho que tiene una persona de nombrar tutor para la administración de los bienes que deje en legado o herencia a un incapaz que no esté bajo su patria potestad ni bajo la de otra persona (artículo 473). Esta designación es impropia llamada tutela, pues la persona designada no desempeñará la función específica de tutor, que es la de ser representante del pupilo. Su misión consiste únicamente en administrar los bienes que se dejaron por herencia o por legado a un incapaz. Debiera llamársele administrador testamentario.”⁶⁸

A continuación, la Jurista en comentario realiza un desglose de los sujetos que intervienen en esta clase de tutela, la cual, vamos a plasmar acompañándola con los artículos que la reglamentan.

⁶⁸ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 367.

Sujetos con derecho a nombrar tutor.

- a) El ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo la patria potestad, (artículo 470), ya señalado.
- b) El padre o la madre que tiene la tutela sobre un hijo incapacitado, (artículo 475, 476) que señalan:

“Artículo 475. El ascendiente que ejerza la Tutela de un hijo sujeto a interdicción en los supuestos de la fracción II del artículo 450 de este Código, podrá nombrar tutor testamentario, si el otro ascendiente ha fallecido o no puede legalmente ejercer la Tutela. Podrán ser tutores testamentarios las personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas con discapacidad intelectual o mental.”

Habrá que hacer mención que el Código Civil para el Distrito Federal, sufrió una adición el quince de mayo del año 2007, con un artículo 475-Bis, que establece:

“Artículo 475-Bis. El ascendiente que ejerza la patria potestad o Tutela de una persona a que se refiere el artículo 450, fracción II, de este Código, que se encuentre afectado, por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta, podrá sin perder sus derechos, designar un tutor y un curador para el Pupilo, prevaleciendo dicha designación a todas aquellas hechas anteriormente, aún las que se

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

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

Finalmente el artículo 476:

“Artículo 476. En ningún otro caso, hay lugar a la tutela testamentaria del incapacitado.”

- c) El adoptante, con fundamento en el artículo 481, que menciona:

“Artículo 481. El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo, aplicándose a esta tutela lo dispuesto en los artículos anteriores.”

- d) El que deja bienes por testamento a un incapaz. Artículo 473.

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

Por lo que se refiere a los sujetos pasivos de la tutela testamentaria, la mencionada, Montero Duhalt, expresa:

“Solamente puede nombrarse tutor testamentario sobre los hijos o nietos sujetos a la patria potestad, o sobre los hijos mayores incapacitados. No se menciona a los demás incapaces a los que alguien les deja bienes por legado o por herencia, porque ellos no son sujetos pasivos de la tutela, la tutela no se ejercerá sobre su persona, sino únicamente para la administración de tales bienes.

Si fueren varios los menores (hijos o nietos), podrá nombrárseles un tutor común, o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos.

Si se nombran varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien sustituirán los demás, por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción. Si el testador nombra varios tutores en sustitución unos de otros, podrá establecer el orden que crea conveniente.

Si por cualquier motivo faltare temporalmente el tutor testamentario, el Juez proveerá de tutor interino al menor.

El testador puede imponer todo tipo de normas, limitaciones y condiciones para el desempeño de la tutela que crea convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes. Estas reglas impuestas por el testador pueden ser dispensadas o modificadas si, a juicio del Juez y oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores.

En todo lo no dispuesto por el testador, se seguirán las reglas generales de la tutela en cuanto a los deberes y derechos del tutor y del curador.”⁶⁹

Enseguida estudiaremos lo que se refiere a la tutela legítima.

Tutela legítima.

Al comentar la tutela legítima, Baqueiro Rojas, expresa:

“Es la que procede cuando no hay quien ejerza la patria potestad, a falta de designación de tutor por testamento o por causa de divorcio, y se confiere por ley a los parientes del menor a quienes no les corresponde ejercer la patria potestad, a los parientes del mayor incapacitado que ya ha salido de la patria potestad y a los incapaces abandonados.

En la tutela legítima se aplica el principio que regula todas las relaciones de parentesco, en cuanto a que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos. Así, para el ejercicio de la tutela, los padres, hijos y hermanos por ambas líneas, junto con el cónyuge, se preferirán sobre los medios hermanos, tíos y primos. En el caso del cónyuge interdicto, la tutela corresponde de modo legítimo y forzoso al otro cónyuge. Los hijos mayores serán los tutores de su madre o padre soltero en caso de interdicción; y los padres, de común acuerdo, lo serán de sus hijos solteros, si estos últimos no tienen hijos.

⁶⁹ Ibidem. p. 370.

Cuando sean varios los parientes que puedan ejercer la tutela legítima, el Juez escogerá de entre ellos al idóneo y podrán ser llamados a ella, de manera sucesiva, los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales dentro del cuarto grado, inclusive. La tutela es individual y no por parejas, como ocurre con la patria potestad.”⁷⁰

La tutela legítima reglamenta tres casos, el primero de ellos, se refiere a los menores.

Se encuentra regulado en los artículos que van del 482 al 485-Bis, de la siguiente manera:

“Artículo 482. Ha lugar a tutela legítima:

- I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;
- II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.”

“Artículo 483. La tutela legítima corresponde:

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

El Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela.”

⁷⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Op. cit. p. 290.

“Artículo 484. Si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.”

“Artículo 485. La falta temporal del tutor legítimo se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.”

“Artículo 485-Bis. Ha lugar a tutela legítima: (sic)

- I. Cuando no haya tutor cautelar, ni testamentario, y
- II. Cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos.”

Comentando lo anterior, Jorge Mario Magallón Ibarra, señala:

“La legislación vigente, dentro de la misma línea tradicional que ha imperado en la institución que venimos tratando, reconoce que hay lugar a tutela legítima:

- I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;
- II. Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. (Artículo 482).

La regla anterior entraña el reconocimiento de que la tutela legítima es supletoria de la testamentaria y corresponde:

- I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;
- II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. No obstante, lo anterior, se agrega que si hubiere parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos, al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.

No obstante lo anterior, se agrega que si hubiere parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos, al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.”⁷¹

Con respecto a la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados, la codificación en estudio reglamenta:

“Artículo 486. La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge.”

“Artículo 487. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre soltero.”

“Artículo 488. Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el Juez elegirá al que le parezca más apto.”

⁷¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. 554.

“Artículo 489. Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejercerá el cargo.”

“Artículo 490. A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitados y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 483; observándose en su caso lo que dispone el artículo 484.”

“Artículo 491. 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.”

No es ocioso por la naturaleza de la investigación, plasmar los comentarios de algunos tratadistas de la materia sobre el punto.

“Tutela legítima de los mayores incapacitados.

Al respecto, se seguirá el orden establecido por la ley, que es el siguiente:

1°. Si el incapacitado está casado, será tutor legítimo su cónyuge.

2°. Si son los progenitores (padre o madre viudos) los incapacitados, será tutor uno de sus hijos mayor de edad. Habiendo varios en aptitud de ser

tutores será preferido el que viva con su progenitor y habiendo varios dentro de este supuesto, el Juez elegirá el que considere más apto.

- 3°. Si el incapacitado es un soltero o viudo sin hijos o cuyos hijos no pueden desempeñar el cargo, será tutor uno de sus progenitores, el padre o la madre, debiéndose ambos de poner de acuerdo respecto de quién de los dos ejercerá el cargo. Si sólo existe el padre o la madre, ese será tutor.
- 4°. Si el incapacitado no tiene cónyuge, hijos mayores ni progenitores, serán llamados a desempeñar la tutela sucesivamente: los abuelos, los hermanos y demás colaterales, escogiéndose dentro del mismo grado que corresponda, al más apto.

Cuando el incapacitado tenga hijos menores de edad sobre los que ejercía la patria potestad antes de ser declarado incapaz; el tutor que se le nombre será también tutor de sus hijos menores, cuando no haya otro ascendiente a quien la ley llame para el ejercicio de la patria potestad.”⁷²

Lozano Ramírez, al comentar lo referente a la tutela legítima de los mayores incapaces, señala:

“Nuestra legislación establece las siguientes reglas para la designación de tutores de mayores de edad incapacitados.

⁷² MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. p. 372,373.

- a) La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge.
- b) Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre solteros.
- c) Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre, y siendo varios los que estén en el mismo caso, el Juez de lo Familiar designará el que le parezca más apto.
- d) Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejerce el cargo.
- e) A falta de tutor testamentario y de persona que conforme a los párrafos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales dentro del cuarto grado y si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez de lo Familiar elegirá de entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiera cumplido los dieciséis años, él hará la elección.
- f) El tutor del incapacitado, también será tutor de los hijos menores bajo su patria potestad que éste tenga, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame para ejercitar esa facultad.”⁷³

Finalmente, el tercer caso de la tutela legítima, es la que corresponde a la tutela de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimiento de asistencia.

⁷³ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Op. cit. p. p. 290,291.

“Cuando los menores abandonados por sus parientes han sido acogidos por alguna persona, ésta será considerada tutor legítimo del menor.

En caso de que los menores abandonados hayan sido acogidos por algún establecimiento de beneficencia, el director del mismo desempeñará la tutela con arreglo a las leyes y a los estatutos del establecimiento en cuestión.

Esta última clase de tutela no requiere del discernimiento del cargo.”⁷⁴

La regulación tiene la siguiente redacción:

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

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

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

⁷⁴ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 373.

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

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

“Artículo 494. Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban menores que hayan sido objeto de violencia familiar que se refiere este ordenamiento, tendrán la custodia de éstos en los términos que prevengan las leyes y los estatutos de la institución. En todo caso, darán aviso al Ministerio Público y a quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y no se encuentre señalado como responsable del evento de violencia familiar.”

No deseamos omitir lo que sobre el tema opina Baqueiro Rojas: “Las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia federal, llevadas a cabo en julio de 1992 en el capítulo IV (del título noveno del libro primero), titulado a partir de entonces, De la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados, que, sustituyó a la denominación, De la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, vinieron a señalar, desde nuestro punto de vista, por un lado la necesidad de establecer el tipo y ordenar el

grado preciso de incapacidad de la persona con impedimentos tanto naturales como legales y, por el otro, vinieron a ampliar el ámbito de protección legal, puesto que con el término incapacitados quedan comprendidos todos los que por alteraciones físicas, psicológicas o socioeconómicas estén disminuidos en sus capacidades para actuar por sí mismos. Con ello se eliminó el excluyentismo en que incurría la denominación anterior, pues en ella quedaba fuera una gran cantidad de sujetos que, por sus características, no encuadraban en ninguna de las clasificaciones comprendidas en la misma; tal fue el caso de las personas mayores que padecían enfermedades (deficiencias o alteraciones orgánicas o mentales) y que para ser protegidas legalmente, los jueces debían declararlas en sus resoluciones dementes, imbéciles o idiotas sin serlo, con la consiguiente denigración. Tal reforma también rescató a los sordomudos que no saben leer o escribir, pues en ella, se les dejó de considerar incapaces, lo que con la clasificación anterior constituía un craso error.”⁷⁵

Tutela Dativa.

Otra de las clases de tutela que reglamenta el Código Civil para el Distrito Federal, la constituye la llamada tutela dativa, la cual, es definida en el ámbito doctrinario por los tratadistas como, “la que se establece por disposición del Juez, a falta de las dos anteriores. Presupone que no existe tutor testamentario ni suspendido temporalmente para ejercer el cargo, ni pariente hasta el cuarto grado con obligación de desempeñar la tutela legítima.

⁷⁵ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Op. cit. p. 291.

También es dativo el tutor del menor emancipado por matrimonio para llevar sus asuntos judiciales. El emancipado requiere tutor legítimo sólo para divorciarse, en virtud del interés familiar. Asimismo, es dativo el tutor designado de manera temporal cuando el tutor testamentario está impedido para ejercer su cargo y no haya parientes.

A los menores no sujetos a la patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, aunque carezcan de bienes, se les nombrará tutor dativo, a cuyo cargo quedará el cuidado, la educación y asistencia del menor. En estos casos puede ser nombrado un tutor dativo a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del propio menor o de oficio por el Juez Familiar. Si posteriormente adquiere bienes se nombrará un tutor dativo para su administración.

Tratándose de expósitos o abandonados no acogidos, su tutela corresponderá siempre al Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal (DIF-DF).

El tutor dativo lo designa el Juez de lo Familiar, quien lo escoge de las listas que para el efecto elabora el Consejo Local de Tutelas y aprueba el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal. De ellas, el Juez de lo Familiar realiza el nombramiento para el caso concreto o confirma la selección hecha por el menor al cumplir 16 años. Si no la aprueba, designa a otro, siempre oyendo al Ministerio Público.

Las listas están integradas por particulares, miembros de la comunidad, que se comprometen gratuitamente a desempeñar esta tutela, y cuya aptitud moral y legal, reputación y competencia, son notorias.

Aunque no aparezcan en esas listas, también son candidatos para tutores dativos el Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, los titulares político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, así como los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde viva el menor, los integrantes con sueldo de la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal y los titulares de establecimientos públicos de asistencia social.

El Juez es el responsable de formular el nombramiento oportuno del tutor dativo; de no proceder así, responderá de los daños y perjuicios al menor por esa falta.”⁷⁶

Otro autor es Magallón Ibarra, quien al referirse a la tutela dativa, señala: “Esta, al igual que la legítima, opera subsidiariamente, para el caso de que no exista ni una ni otra de las dos que hemos venido exponiendo. De ahí que se dispone que tiene lugar, cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la legítima, o en los casos en que el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo, y, no exista ningún pariente de los designados por el artículo 483. A la vez, se dispone que el

⁷⁶ Ibidem. p. p. 291,292.

tutor dativo, será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. En ese caso, el Juez de lo Familiar, confirmará la designación si no tiene causa para reprobala. No obstante ello, para reprobear ulteriores designaciones que hiciere el menor, el Juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas, y si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el Juez nombrará tutor conforme a las siguientes reglas: Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento lo hará el Juez de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida por el tutor.”⁷⁷

Sara Montero Duhalt, al respecto menciona: “La tutela dativa es la que surge a falta de la testamentaria y de la legítima, y la que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales. Surge también la tutela dativa cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados por la ley para cumplirlo.

Las personas que pueden nombrar tutor dativo son: a) el propio menor si ya cumplió dieciséis años; b) el Juez de lo Familiar.”⁷⁸

La tutela dativa, se encuentra reglamentada en el Código Civil para el Distrito Federal, en los artículos que van del 495 al 502, los cuales, señalan lo siguiente:

⁷⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Op. cit. p. p. 554,555.

⁷⁸ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 374.

“Artículo 495. Ha lugar a tutela dativa:

- I. Cuando no haya tutor cautelar, ni testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima;
- II. Cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.”

“Artículo 496. El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El juez de lo Familiar, confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. Para reprobear las ulteriores designaciones que haga el menor, el Juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.”

“Artículo 497. Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la personalidad elegida para tutor.”

“Artículo 498. Si el Juez no hace oportunamente el nombramiento de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esa falta.”

“Artículo 499. Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.”

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

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

- I. El Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, mediante los delegados que éste designe al efecto;
- II. Los titulares de los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal;
- III. Derogado.
- IV. Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde viven el menor;
- V. Los integrantes de la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal que disfruten sueldo del Erario; y
- VI. Los titulares de establecimientos públicos de asistencia social.

Los Jueces de lo Familiar nombrarán de entre las personas mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se

reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuran en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutela, conforme a lo dispuesto en el capítulo XV de este título, cuando estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trata.

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

En este caso, no es necesario el discernimiento del cargo.”

“Artículo 502. Si el menor que se encuentra en el caso previsto por el artículo 500 adquiere bienes, se le nombrará tutor dativo, de acuerdo con lo que disponen las reglas generales para hacer esos nombramientos.”

Es importante señalar que el pasado 15 de mayo del 2007, en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal, se publicó el Decreto por el que se reformó y adicionó el Código Civil para el Distrito Federal en lo que se refiere a la figura de la tutela, los artículos reformados son 454, 461, 495, 530, 565, 568 y 589 y se adicionó el Capítulo I Bis “De la Tutela Cautelar” que comprende los artículos 469-Bis, 469-Ter, 469-Quáter y 469-Quintus; así como, los artículos 485-Bis y 585-Bis.

Para el desglose de esta reforma, seguiremos un orden relativo y entonces mencionaremos el artículo 454, que antes de la reforma, rezaba de la siguiente forma:

“Artículo 454. La tutela se desempeñará por el tutor o los tutores con intervención del curador, del Juez de lo Familiar, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público.”

Con la reforma, señala:

“Artículo 454. La tutela se desempeñará por el tutor o los tutores con intervención del curador, del Juez de lo Familiar, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público.

Ningún pupilo puede tener más de dos tutores definitivos, salvo las excepciones a que se refiere el artículo 455.”

El artículo 461, señalaba:

“Artículo 461. La tutela es testamentaria, legítima o dativa.”

Y ahora establece:

“Artículo 461. La tutela es cautelar, testamentaria, legítima o dativa.”

Y la adición más amplia fue la que refiere la regulación de la tutela cautelar y que encuentra la siguiente reglamentación:

CAPÍTULO I BIS

DE LA TUTELA CAUTELAR

“Artículo 469-Bis. Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.”

“Artículo 469-Ter. Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, debiendo el notario agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse, siendo revocable éste acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad.

En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.”

“Artículo 469-Quáter. En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las

que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:

- I. Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y
- II. Establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código.

El Juez de lo Familiar a petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el Juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.

Artículo 469-Quintus. El tutor cautelar que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz”.

E. Garantía que deben presentar los tutores.

El capítulo IX, del mismo título noveno del cual ya mencionamos se refiere a la tutela; comprende lo relacionado a la garantía que deben prestar u ofrecer los tutores para asegurar su manejo, además de regular los casos en que puede existir excepción a la obligación de la presentación de la garantía:

El primer artículo que regula tal figura que menciona:

“Artículo 519. 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 suficiente autorizado por la ley.

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

Gustavo Arratíbel, Pronuncia sobre el artículo anterior un interesante comentario, cuando expresa:

“Debe distinguirse entre nombramiento, deferimiento y discernimiento del cargo del tutor. En el primer caso, se trata de la designación hecha por el testador o, tratándose de tutela legítima o dativa, por el juez. Una vez que el tutor designado acepta el cargo, se ha desestimado la excusa o no se ha presentado ninguna en el término de ley, el juez defiere la tutela, es decir, confirma el nombramiento de tutor. Deferida la tutela, el tutor no puede realizar ningún acto sino hasta haber prestado la garantía a que se refiere el artículo 519 del Código Civil para el Distrito Federal (hipoteca, prenda o fianza). El discernimiento es el acto judicial por virtud del cual el juez, una vez que el tutor cauciona su cargo, le

otorga poderes de representación y de la potestad necesaria para el cuidado del pupilo. Es hasta que el cargo es formalmente discernido que el tutor puede realizar las funciones inherentes a la tutela”.⁷⁹

Ahora sobre quienes están exceptuados de la obligación de dar garantía:

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

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

Nosotros pensamos que las garantías se constituyen a fin de que los bienes del incapaz, están salvaguardados de los malos manejos del tutor. Si este último no tiene injerencia sobre el patrimonio del pupilo, resulta innecesario imponer la obligación de dar estos medios de defensa para el incapacitado.

El capítulo noveno en análisis, sufrió también una reforma el 15 de mayo del 2007 en el artículo 530; que anteriormente decía:

⁷⁹ ARRATIBEL SALAS, Gustavo y HUBER OCEA, Francisco José. Op. cit. p. 390.

“Artículo 530. El Juez responde subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela”.

Para quedar actualmente así:

“Artículo 530. Si fueren dos los tutores, la garantía será dada por partes iguales, salvo que acuerden otra cosa. Los tutores responderán solidariamente ante el incapaz. El Juez responde subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela”.

Los artículos restantes reglamentan la forma y los tiempos de cómo se ha de cumplir con la garantía de los tutores.

F. Desempeño de la Tutela.

El capítulo X del Código Civil para el Distrito Federal a lo largo de 56 artículos reglamenta lo concerniente a la manera de cómo se ha de desempeñar la tutela; la cual a decir de los especialistas comprende seis grupos de obligaciones.

El primer grupo comprende la alimentación y educación del incapacitado.

“Artículo 537. El tutor está obligado:

I. A alimentar y educar al incapacitado;”

El modo de cómo lo ha de hacer sin violentar la codificación civil, se encuentra plasmado en los artículos que van del 538 al 545 del Código Civil para el Distrito Federal.

El segundo grupo de ordenamientos, se refieren a la atención y curación de las enfermedades y en caso de ser necesario, su rehabilitación.

“Artículo 537. El tutor está obligado...

I. ...

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

Más los artículos 546 y 547 del multicitado Código que señalan:

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

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

En todo caso, el Juez de lo Familiar se cerciorará del estado que guarda el incapacitado, tomando todas las medidas que estime convenientes para mejorar su condición.

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

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

El tercer grupo de artículos se refiere a la realización de un inventario de los bienes que constituyan el patrimonio del incapacitado.

“Artículo 537. El tutor está obligado.

III. A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad.

El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;”

Complementado con lo establecido por los artículos que van del 548 al 553 del Código Civil en estudio por lo que se refiere al cuarto grupo de artículos, estos se refieren a la administración del patrimonio del incapacitado, señalando:

“Artículo 159. El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

En la prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor”.

“Artículo 537. El tutor está obligado.

IV. A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años.

La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;”

Más los artículos 554 al 560 y 578 que se complementan entre los que transcurren entre 585 al 589.

La quinta obligación, es la que se refiere a representar al incapacitado en juicio o fuera de él, en todos los asuntos civiles. Ello, con fundamento en la fracción quinta del multicitado artículo 537 que a la letra señala:

“Artículo 537. El tutor esta obligado...

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

Finalmente el sexto grupo de artículos se refieren a la obligación del tutor en lo que se refiere a solicitar oportunamente la autorización judicial para realizar todo lo que legalmente no pueda realizar sin ella.

“Artículo 537. El tutor está obligado...

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

Este grupo de artículos es uno de los más amplios, en cuanto al desempeño de la tutela, incluso sufrió una reforma en dos de los artículos que lo integran el artículo 565 que anterior a la reforma del 15 de mayo del 2007 señalaba:

“Artículo 565. Para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, necesita el tutor ser autorizado por el juez”.

Actualmente establece:

“Artículo 565. Para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, necesita el tutor ser autorizado por el juez, a excepción de los gastos médicos urgentes del pupilo, los cuales deberán comprobarse y detallarse en el informe que se estipula en el artículo 546 de este código”.

Mientras el artículo 568, contenía la siguiente redacción:

“Artículo 568. Para que el tutor transija, cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o bien en valores mercantiles o industriales cuya cuantía exceda del mil pesos, necesita del consentimiento del curador y de la aprobación judicial otorgada con audiencia de éste”.

Para quedar tras la reforma, así:

Artículo 568. Para que el tutor transija cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o bien en valores mercantiles o industriales cuya garantía exceda de dos mil quinientas veces el salario mínimo del Distrito Federal, necesita del consentimiento del curador y de la aprobación judicial otorgada con audiencia de éste”.

Finalmente y para una mejor comprensión del punto plasmaremos algunas de las obligaciones, que este grupo de artículos reglamenta:

1. Los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los bienes muebles preciosos, no pueden ser enajenados ni gravados por el tutor, sino por

causa de absoluta necesidad o de evidente utilidad del menor o mayor incapacitado, cuando está debidamente justificada y previa a la confirmación del curador y de la autoridad judicial.

2. Cuando la enajenación se hubiera permitido para cubrir con su producto algún objeto determinado, el Juez de lo familiar señalará al tutor un plazo dentro del cual, deberá acreditar que el producto de la enajenación se ha invertido en su objeto. Si quedare algún saldo, se invertirá en adquirir algún inmueble o se coloque en segunda hipoteca a favor del incapacitado; en la inteligencia de que el precio de la venta se depositará en una institución de crédito y el tutor no podrá disponer de ese depósito, sino con autorización judicial.
3. La venta de bienes raíces de los menores y mayores incapacitados, es nula, si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no que se haga en almoneda pública y, por tanto, puede dispensarla, si es útil al incapacitado.

Los tutores no podrán vender valores comerciales e industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado por un valor menor del que se cotece en la plaza el día de la venta; tampoco podrá dar fianza a nombre del tutelado.

4. Cuando se trate de enajenar, gravar o hipotecar al título oneroso, bienes que pertenezcan al incapacitado en calidad de copropietario, se

comenzará por mandar justipreciar dichos bienes para fijar con toda precisión su valor y la parte que represente el incapacitado, a fin de que el juez resuelva si conviene o no que se dividan materialmente dichos bienes para que aquél reciba en plena propiedad su porción; o si, por el contrario, es conveniente la enajenación, gravamen o hipoteca, fijando en este caso las condiciones y seguridades con que deban hacerse, pudiendo, si lo estima conveniente, dispensar la almoneda, siempre que estén de acuerdo el tutor y el curador.

5. Para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, necesita el tutor autorización judicial.
6. También requiere licencia judicial para transigir o comprometerse en árbitros en los negocios del incapacitado.
7. El nombramiento de árbitro hecho por el tutor requiere aprobación del Juez de lo Familiar.
8. Para que el tutor pueda transigir, cuando el objeto de la reclamación sean bienes inmuebles, muebles preciosos, valores mercantiles o industriales, cuyo valor sea superior a mil pesos, se necesita la aprobación judicial, otorgada en audiencia para que sea oído el curador y dé éste su conformidad.
9. Ni con la licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella, puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno de ellos para sí, sus ascendientes, cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. En caso de contravención, será nulo el contrato y será el acto suficiente para que se remueva al tutor. Excepto

que el tutor o sus parientes sean coherederos, participes o socios del incapacitado.

10. El tutor no podrá hacerse pago de sus créditos que tenga contra el incapacitado, sin la conformidad del curador y del Juez de lo Familiar.

11. El tutor tampoco puede aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado, salvo que sea a título de herencia.

12. Tampoco puede dar en arrendamiento los bienes del incapacitado, por más de cinco años, salvo en caso de absoluta necesidad y de utilidad, previa conformidad del curador y del Juez de lo Familiar, oyendo a un perito. El arrendamiento mencionado durará el tiempo convenido, aunque se acabe la tutela; pero será nula toda anticipación de renta o alquiler por más de dos años.

13. Igualmente, el tutor no puede recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, sea que se constituya o no en hipoteca por el préstamo.

14. Tampoco puede hacer donaciones a nombre del incapacitado; pero está obligado a admitir los legados y herencias que le dejen a éste.

Indudablemente, estas y otras obligaciones, tienen sustento en la normatividad ya invocada del Código Civil para el Distrito Federal.

G. La inhabilidad, separación y excusa del cargo de la tutela.

“La ley excluye de la tutela a determinadas personas y las señala como inhábiles para ejercerla. En 13 fracciones, el artículo 503 del Código Civil para el

Distrito Federal lista las personas que no pueden ser tutores, aunque tengan anuencia para recibir el cargo.”⁸⁰

Estas personas pueden ser agrupadas en tres rubros: a) Los incapacitados; b) Los que han demostrado ineptitud o conducta ilícita en el manejo de los bienes propios o ajenos; c) Los que podrían resultar perjudiciales para el incapacitado.

Por lo que se refiere la separación, el artículo 504, señala:

“Artículo 504. Serán separados de la tutela:

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

⁸⁰ BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Op. cit. p. 296.

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

Y finalmente, respecto a la excusa, “pueden excusarse justamente del desempeño de la tutela, sin incurrir en sanciones y sin perder su derecho a heredar al pupilo si éste fuera el caso, las siguientes personas:

1. Los empleados y funcionarios públicos.
2. Los militares en servicio activo.
3. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes.
4. Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia.
5. Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza o ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela.
6. Los que tengan sesenta años cumplidos.
7. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría.
8. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.”⁸¹

H. Extinción de la tutela.

El artículo 606 del Código Civil para el Distrito Federal regula la extinción de la tutela en dos fracciones.

⁸¹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 385.

“Artículo 606. La tutela se extingue:

- I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;
- II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.”

Comentando lo anterior, Baqueiro Rojas, agrega:

“En nuestro derecho, la tutela termina con la muerte del pupilo, cuando concluye la incapacidad, al llegar a la mayoría de edad o cuando el menor se emancipa en virtud de contraer matrimonio, también es causa de cese de la tutela la adopción del menor o el reconocimiento hecho por sus padres, con los que queda sujeto a la patria potestad.”⁸²

I. Aplicación del método comparativo a la tutela en el extranjero.

Para el Dr. Julián Güitrón Fuentesvilla, “el tema de la tutela en el ámbito internacional es de suma importancia, razón por la cual, se deben tomar en cuenta los antecedentes nacionales e internacionales que para tal efecto se han vertido pero más aún, si dicha institución se ve plasmada en un proyecto de Código Familiar para el Distrito Federal, así como en el Código Familiar Procesal”⁸³, que desde su perspectiva vienen a dar solución a tal problemática. Asimismo, el autor

⁸² BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Op. cit. p.p. 300,301.

⁸³ GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Segundo Volumen, 4ª edición, Edit. Promociones Jurídicas y Culturales. México, 2003. p. 325.

citado señala que al hablar de la tutela “se habla de la representación de los no sometidos a patria potestad; también se otorga al mayor incapacitado, así como la protección y administración de sus bienes, es decir, el autor referido considera que esto debe quedar resguardado en un consejo familiar, el cual, debe vigilar las funciones del tutor, con lo cual desaparece la institución del curador donde se permita la tutela testamentaria, legítima y dativa y se señalen los casos de responsabilidad por ejercer mal la tutela e inclusive se incapacite para este cargo a ciertas personas como lo establece la ley.”⁸⁴

Después de esta breve referencia y con relación, al tema que nos ocupa, podemos decir de acuerdo con Marcel Planiol, “que en otros países, los códigos más recientes tienden a admitir que la tutela es inútil mientras subsiste la patria potestad. Así, el Código Italiano sólo abre la tutela cuando ambos padres han muerto: ***Se ambidue i genitori sono morti...*** (artículo 241). Era esto lo que también proponía Laurent en Bélgica. En España, la tutela únicamente existe para quienes no están sometidos a la patria potestad (artículo 199). Lo mismo sucede en Alemania (artículos 1873 y 1864 combinados), y este sistema ha sido conservado en Alsacia y Lorena.”⁸⁵

Bajo esta tesis, podemos decir que en Francia, la causa normal de apertura de la tutela, es producida por la defunción de uno de los padres es, para los hijos legítimos, el hecho que abre de ordinario la tutela. Por ello, la ley se

⁸⁴ Ibidem. p. 326.

⁸⁵ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Vol. 8. Biblioteca Clásicos del Derecho. Edit. Harla, México, 2000. p. 276.

refiere primeramente a este hecho. El artículo 390 del Código Civil Francés reglamenta la tutela ocupándose en primer lugar de la “disolución del matrimonio por la muerte natural de uno de los esposos”.

Cuando la tutela se abre por esta primera causa, encuentra casi siempre al lado de ella, la patria potestad perteneciente al padre supérstite. Hemos visto que esta coexistencia de ambas instituciones protectoras de los menores, es un hecho relativamente reciente en la historia de la tutela.

Como podemos ver, siempre es importante contar con parámetros del Derecho Internacional en cualquier materia o institución propia del Derecho Familiar para saber si hemos avanzado o retrocedido al respecto o también, si contamos con una legislación o institución acorde a la problemática jurídica, legislativa y cultural del país de origen.

CAPÍTULO TERCERO

EL INCAPAZ Y EL PAPEL DEL ESTADO EN LA ATENCIÓN DE GRUPOS VULNERABLES

Al termina el conflicto bélico que desencadenó la Segunda Guerra Mundial, se hizo evidente para la comunidad internacional la necesidad de buscar instrumentos internacionales que permitieran asegurar el respeto a los derechos fundamentales de las personas, así como la posibilidad de sancionar a quienes los vulneraran, fueran éstos individuos en lo particular, funcionarios públicos o gobiernos.

Poco a poco se ha asegurado el respeto en materia económica, política y cultural de las personas, en general, y de ciertos sectores, como son los pueblos indígenas, en particular; respecto de ellos se ha logrado un respeto a sus costumbres y tradiciones; lo mismo ha sucedido con la promoción de los derechos de la mujer y, finalmente con los derechos de los niños, que son el sector más frágil del conglomerado social.

Es motivo del presente capítulo analizar la intervención del Estado Mexicano en la protección de los grupos marginales, específicamente en el ámbito civil-familiar y sobre todo como se puede mejorar la misma.

A. La capacidad e incapacidad.

“La capacidad jurídica se ha convertido en el modo de evaluar en derecho, las aptitudes físicas y mentales de una persona. Es la posibilidad de obrar en

clave jurídica, es por eso que viene equiparada a la personalidad, o sea, al ejercicio de las facultades de una persona.

El ser persona significa ejercer como tal y al mismo tiempo adquirir derechos (y debiera decirse también obligaciones, pero esta parte no suele agradar mucho), se dice que en nuestros modernos sistemas, todos somos personas, pero curiosamente no todos tenemos personalidad.

Los aspectos de la personalidad que la doctrina moderna eleva a derechos subjetivos son, por regla general, disciplinados en los Códigos Civiles: porque estos tratan del particular, que tiene una posición central en el ordenamiento, y las relaciones que el particular tiene con los otros miembros de la comunidad.”⁸⁶

Acertadamente, continúa mencionando el tratadista, “la capacidad es la hija heredera de todas estas imágenes, pero es una hija estéril, la hija fértil es la incapacidad, negación que produce categorías y disminuidos porque en el mundo jurídico es más fácil identificar a los incapaces porque al final de cuentas, todos somos capaces siempre que no se demuestre lo contrario. La capacidad se disuelve en el derecho y se convierte en una situación natural y obvia, mientras que la incapacidad es siempre innatural, y viceversa, lo innatural es siempre incapacidad.

⁸⁶ NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. La Persona en el Derecho Civil. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2005. p.p. 70,71.

La capacidad jurídica, con nombre y apellido, es la idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones.”⁸⁷

El Código Civil para el Distrito Federal, asume la siguiente posición en cuanto a la capacidad e incapacidad.

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

Por lo que se refiere a la incapacidad, la misma codificación menciona:

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas

⁸⁷ Ibidem. p. 73.

a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”

“La incapacidad de ciertos sujetos (menores no sujetos a patria potestad y mayores de edad privados de inteligencia o afectados en sus facultades mentales) origina que el derecho familiar regule relaciones específicas mediante la institución de la tutela, creándose así, como nuevos sujetos, a los tutores e incapaces, con el conjunto de derechos y obligaciones.”⁸⁸

B. El abandono de personas.

Aún cuando la figura del abandono de personas, tiene una connotación de índole penal, no es ocioso el que se mencione en el presente trabajo de investigación, así, dice el Diccionario Jurídico:

“Abandono es dejar a la persona en situación de desamparo materia con peligro para su seguridad física. En el vocablo se comprende el desamparo de los que por algún motivo deben ser protegidos por quienes tienen el deber u obligación de ello.

El abandono de personas afecta la seguridad física de la persona humana, la que se pone en peligro, no sólo por actos dirigidos a ello como el homicidio y las lesiones, sino por el abandono material de quien no se encuentra en condiciones de proveer a su cuidado; su punición depende de la exposición al peligro y del incumplimiento del deber y obligación de no abandonar al incapaz. Los elementos

⁸⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, T.II., Derecho de Familia. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2003. p. 65.

de esta conducta son el abandono; que ésta recaiga sobre una persona que no puede proveer a su propio cuidado material y que quien lo lleve a cabo, sea una persona obligada a proporcionárselo.

Este vocablo origina los siguientes supuestos: a) de niños; b) de menores; c) de personas mayores incapaces; d) de un cónyuge por otro y el e) del hogar.”⁸⁹

Actualmente, el Código Penal para el Distrito Federal, en el Título Tercero denominado “Delitos de peligro para la vida o la salud de las personas”, Capítulo I “Omisión de auxilio o de cuidado”; penaliza el abandono de personas de la siguiente manera:

“Artículo 156. Al que abandone a una persona incapaz de valerse por sí misma teniendo la obligación de cuidarla, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión si no resultare lesión o daño alguno. Además, si el activo fuese ascendiente o tutor del ofendido, se le privará de la patria potestad o de la tutela, (sic).”

“Artículo 158. Al que exponga en una institución o ante cualquier otra persona a un incapaz de valerse por sí mismo, respecto del cual tenga la obligación de cuidar o se encuentre legalmente a su cargo, se le impondrá de tres meses a un año de prisión.

⁸⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. T. A-CH. Op. cit. p. 67.

Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un menor de doce años que esté bajo su potestad o custodia, perderán por ese sólo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito.”

La doctrina coincide en que el bien jurídico que se protege con la penalización del abandono de personas, es la estabilidad familiar, la cual es el principio de la vida civil.

C. Desatención de los sujetos bajo la férula de la tutela dativa.

Bajo nuestro particular punto de vista no existe labor más difícil o complicada que la educación y formación de un individuo o una persona, aun siendo los propios hijos cuya responsabilidad de su futuro compete directamente a los padres.

En tratándose de la tutela, esta labor se torna comprensiblemente aún más complicada; tanto del directamente responsable, como de la institución que delegó la responsabilidad.

Como ya quedó anotado, anteriormente la tutela dativa parte del presupuesto que la misma se da cuando la testamentaria, la legítima y actualmente la cautelar no existen.

Ello abre un abanico de posibles responsables de ejercer esta tutela dativa, los cuales, aún cuando ya fueron mencionados. No es ocioso recordarlos, la tutela dativa puede ser desempeñada:

- “a) Por el Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, mediante delegados que éste designe al efecto.
- b) Por los titulares de los órganos político administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal (delegados políticos).
- c) Por los profesores oficiales de las escuelas primarias, secundarias o profesionales del lugar donde viva el menor.
- d) Por los integrantes de la Junta de Asistencia Privada del Distrito Federal que disfruten de sueldo del erario, y
- e) Por los titulares de los establecimientos públicos de asistencia social.

Los Jueces de lo Familiar nombrarán, de entre las personas mencionadas, las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuran en las listas que deben elaborar los Consejos Locales de Tutela, cuando estén conforme en desempeñar gratuitamente el cargo de tutores. Tratándose de expósitos o abandonados que no hayan sido acogidos por un particular o por institución de asistencia social, la tutela siempre corresponderá al Gobierno del Distrito Federal.”⁹⁰

Nosotros consideramos que la multiplicidad de instituciones que pueden acceder a la tutela dativa, provoca que el beneficiario de tal institución sea de alguna forma soslayando, quizá no intencionalmente, empero si inconcientemente,

⁹⁰ LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Op. cit. p. 293.

ya que el cargo de la tutela dativa no debe corresponder a una obligación estrictamente jurídica, sino que debe responder a otros valores éticos y morales que sirvan de instrumentos o herramientas para velar por el cuidado y buen desarrollo del tutorado, ello evitaría a la luz de nuestras ideas, la desatención del sujeto que se encuentra bajo una tutela dativa.

Estamos concientes que los esfuerzos del Estado Mexicano encaminados a proporcionar una cobertura más amplia a los sujetos a una tutela son grandes, que se vela por asegurar el cumplimiento de las normas protectoras, en una de las áreas más vulnerables de un país como son los menores o incapaces, ellos, por sus especiales circunstancias, están más expuestos a la conculcación de sus derechos como seres humanos; a ellos y a su respeto están encaminados los esfuerzos de la comunidad internacional, ella y los Estados, en particular, tienen una responsabilidad especial a este respecto, no sólo por lo que toca a su protección en general, sino porque deben atender a satisfacer sus necesidades elementales y a proporcionarles una calidad de vida que les permita sustraerlos de actividades peligrosas, así como de los abusos, conscientes o inconscientes, a los que están expuestos.

D. Ineficacia de los medios correctivos por incumplimiento en el desempeño de la tutela dativa desde el punto de vista del tutelado.

La legislación del Distrito Federal, en relación al incumplimiento del desempeño de los responsables en la tutela dativa es omisa en cuanto a establecer una sanción concreta.

Ello es altamente criticable, ya que el legislador del Distrito Federal estableció 91 artículos para regular la tutela en sus distintas clases y solo algunos artículos para sancionar el incumplimiento en el desempeño de la misma; señala el artículo 584 lo siguiente:

“Artículo 584. En caso de maltrato, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado o a la administración de sus bienes, podrá el tutor ser removido de la tutela a petición del curador de los parientes del incapacitado del Consejo Local de Tutelas o del Ministerio Público”.

Otro caso de remoción es el que establece.

“Artículo 590. El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta, en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del tutor”.

Por su parte el artículo 611 menciona:

“Artículo 611. Cuando el tutor actúe con dolo o culpa en la entrega de los bienes, correrán por su cuenta todos los gastos, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios que esto ocasione”.

Continúa señalando el Código en comentario:

“Artículo 469. El juez que no cumpla las prescripciones relativas a la tutela, además de las penas en que incurra conforme a las leyes, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces”.

Asimismo, y tratándose de la tutela dativa el artículo 498, regula:

“Artículo 498. Si el juez no hace oportunamente el nombramiento de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esa falta”.

Es evidente que las sanciones establecidas por el Código Civil para el Distrito Federal en cuanto a sanciones por el incumplimiento en el desempeño de la tutela dativa; son meramente de remoción en algún caso del cargo y pecuniarias en caso de que por el incumplimiento el tutelado hubiera sufrido al menos un daño en su patrimonio, consideramos que las sanciones son ostensiblemente débiles en comparación con la importancia de la figura en análisis. Esto es así en virtud de que la materia familiar ha sido considerada como un área prioritaria por las autoridades y, en consecuencia, requiere de una atención especial que no sólo recae en los sujetos directos de la relación familiar, sino que, por su trascendencia en la sociedad, debe estar apoyada y vigilada por las propias autoridades.

E. Autoridades con calidad de garante, respecto de la tutela dativa en la legislación mexicana.

“Por lo que se refiere a las normas de derecho privado que regulan la materia familiar, en general, y la protección de menores, en particular, tanto en el

Distrito Federal, como en cada uno de los estados de la federación, se encuentran reguladas por sus respectivos códigos civiles y procesales, puesto que la materia familiar, incluyendo las normas relacionadas con los menores, sus derechos, su protección, etcétera, corresponden, por mandato constitucional, a la competencia de las entidades federativas.

Estas gozan de autonomía legislativa y jurisdicción plena, por lo que las disposiciones mencionadas pueden variar de un estado a otro. En general las variantes son pocas, porque existe una tendencia a la uniformidad a ese respecto; sin embargo, en algunos casos subsisten algunas normas e instituciones locales que deben tenerse en cuenta.

Sin embargo, subsisten algunas normas e instituciones locales que los Estados consideran necesarias para lograr las finalidades que se proponen o que tienen por objeto conservar algunas instituciones propias que han resultado adecuadas para resolver los problemas de su comunidad.

Si se tiene en cuenta estas características del sistema jurídico en México y se advierten las posibilidades variantes que pueden presentarse en un sistema jurídico complejo, como lo es el de un estado federal, los problemas que se presente pueden ser mínimos y fácilmente superables.

Existe otro factor, poco estudiado, en el entorno jurídico del país, que tiene una importancia práctica relevante, pero que no ha encontrado un sustento jurídico adecuado y por lo tanto, carece de apoyo legal.

Se trata de la existencia de verdaderas instituciones de derecho consuetudinario, que se mantienen vigentes tanto en los Estados de la federación, como en el Distrito Federal y que deben, al menos, ser mencionados en un análisis sobre la protección de menores en nuestro sistema jurídico, ya que, aparentemente no han sido reconocidas por el legislador.

Este es el caso, entre otros, de la tutela”.⁹¹

Ahora bien en lo que se refiere a la autoridad que debe tener calidad de garante respecto de la tutela dativa en nuestra legislación, es trascendental de manera inicial identificar plenamente el concepto de autoridad y al referirse a ella, Rafael de Pina indica:

“**Autoridad.** Potestad legalmente conferida y recibida para ejercer una función pública, para dictar al efecto resoluciones cuya obediencia es indeclinable bajo la amenaza de una sanción y la posibilidad legal de su ejecución forzosa en caso necesario.

Se denomina también autoridad a la persona u organismo que ejerce dicha potestad.

En otro sentido se habla de autoridad con referencia al prestigio reconocido a persona o personas determinadas, derivado de sus actividades científicas, artísticas, etc.”⁹²

⁹¹ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. Op. cit. p. 101 y 102.

⁹² DE PINA, Rafael. DE PINA VARA, Rafael. Op. cit. p. 117.

Con respecto al término de garante, el mismo autor en consulta, se refiere al mismo como fiador, el cual, puede definirse como “la persona que otorga la fianza y asume la responsabilidad del pago en el caso de incumplimiento por parte del deudor.”⁹³

Atendiendo a lo anteriormente señalado, se puede desprender que la autoridad con calidad de garante en la tutela dativa en la legislación de nuestro país, lo constituyen las personas o instituciones que por sus actividades, prestigio, trascendencia y solvencia moral, pueden asumir la responsabilidad de tutelar nativamente a un menor o mayor incapaz.

En cuanto se habla de la persona física, éstas son como ya lo vimos, en el Distrito Federal, los delegados de las 16 demarcaciones; los profesores oficiales de las escuelas primarias, secundarias o profesionales del lugar donde viva el menor; los integrantes de la junta de asistencia privada del Distrito Federal, (con la condición que reciban sueldo del erario), y, por los titulares de los establecimientos públicos de Asistencia Social.

En lo referente a la autoridad, el cargo le corresponde al Gobierno del Distrito Federal, el cual, delega al sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) y los Consejos Locales de Tutela, órgano encargado de elaborar el listado de las personas que pueden ser nombrados tutores, con la condicionante de desempeñar el cargo de manera gratuita.

⁹³ Ibidem. p. 288.

Tratándose de menores expósitos o abandonados, siempre se otorga a la autoridad a quien le corresponda la tutela sin poder delegarla a persona física.

Todo lo anteriormente señalado, a veces, bajo nuestro punto de vista, de un análisis más profundo, porque no existe el parámetro o al menos la ley no lo establece de manera objetiva, cuáles son las cualidades o méritos que debe cumplir o reunir un individuo o autoridad para tener la responsabilidad de ser tutor de un menor o mayor incapaz, la ley solo enuncia quién puede ser, pero no establece porqué puede ser e incluso, porqué no puede serlo, es cierto que se habla de garantías, pero son de aspecto pecuniario y no de solvencia moral.

F. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Jurisprudencia de la Corte, no es muy abundante respecto a la tutela dativa específicamente, aun cuando si lo es, en lo que se refiere a la tutela en general, hemos de plasmar enseguida lo que respecto a nuestro tema de investigación ha pronunciado nuestro Supremo Poder Judicial.

“TUTOR DATIVO, NOMBRAMIENTO DE. SOLO ES NECESARIO CUANDO AMBOS PADRES TENGAN EN CONJUNTO UN INTERÉS OPUESTO AL DE LOS HIJOS. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA).

Una recta interpretación de lo dispuesto por el artículo 440 del Código Civil para el Estado de Coahuila, el cual establece que en los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor designado por el Juez, conduce a estimar que lo anterior debe entenderse únicamente cuando ambos padres tienen el interés opuesto, es decir, la hipótesis se refiere a que el interés opuesto al de

los hijos sea del padre y de la madre, conjuntamente, mas no cuando exista solamente de uno de ellos, pues en este supuesto el padre o la madre que no tenga interés opuesto al del hijo, es quien debe ejercer la representación en los términos de los artículos 425, 426 y 427 del ordenamiento legal mencionado, toda vez que la ley encomendó originalmente la representación a los dos padres, que son los que ejercen la patria potestad simultáneamente.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo directo 246/96. Ramiro Dávila de León, tutor dativo de Gabriela Cortés Ávila. 13 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo. Secretario: Antonio López Padilla.

“GUARDA Y CUSTODIA DE UNA MENOR. ES OBLIGACIÓN DEL JUZGADOR LLAMARLA A JUICIO, CUANDO POR SU EDAD PUEDE DISCERNIR CON QUIEN DE SUS PADRES DESEA CONVIVIR.

Para determinar sobre la guarda y custodia de una menor, no basta que el juzgador atienda exclusivamente los resultados que arrojen los medios probatorios ofrecidos por las partes, ya que atendiendo las circunstancias del caso, es indispensable que sea escuchada la opinión de la menor, que es la que puede verse afectada y perjudicada con la decisión que se adopte, toda vez que al tener quince años de edad puede discernir con quién de sus padres desea convivir y con quién de ellos podrá desarrollarse mejor, ya que de lo contrario, si se le obligara por virtud de una sentencia a convivir con cualquiera de sus padres, sin que ella deseara permanecer con la persona que se determinara, pudiera acarrearle serios trastornos en su desarrollo, lo cual se hace más grave si se toma en consideración que está en plena etapa de la adolescencia; siendo factible oír la opinión de la menor en estos supuestos, si se considera que el artículo 496 del Código Civil autoriza al menor de edad que tuviere cumplidos dieciséis años para designar a su tutor dativo, el que deberá ser confirmado por el juez de lo familiar;

por tanto, por mayoría de razón debe estimarse que al resolverse sobre la guarda y custodia de una menor, de quince años de edad, ésta tiene la capacidad de determinar con cuál de sus progenitores desea convivir, lo que aunado a los medios de convicción aportados al juicio, permitirá al juzgador señalar a la persona que deba ejercerla, tomando en cuenta además si no hay obstáculo que lo impida y que lo lleve a la convicción de que la persona escogida por aquélla es la adecuada.”

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 873/95. Saúl Lechuga Padilla. 23 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Francisco Sánchez Planells.

“SOCIEDADES MERCANTILES. LOS ACUERDOS TOMADOS EN LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS EN QUE PARTICIPAN SOCIOS MENORES DE EDAD A QUIENES NO SE LES DESIGNA TUTOR DATIVO, SURTEN EFECTOS, EN TANTO NO SE DECLARE LA NULIDAD POR SENTENCIA JUDICIAL, LA CUAL SÓLO PUEDE SER ALEGADA POR QUIENES ESTÉN LEGITIMADOS PARA ELLO.

Si al celebrarse una asamblea general ordinaria de accionistas para designar al presidente del consejo de administración y al gerente de la misma, los socios menores de edad son representados por su progenitor, quien a su vez también es accionista, ello no impide que los acuerdos relativos tomados en dicha asamblea, produzcan provisionalmente sus efectos jurídicos, no obstante que no se les haya designado un tutor dativo, aun cuando pudieran existir intereses encontrados entre los menores y su progenitor, hasta en tanto, si es que es procedente, se declare la nulidad por sentencia judicial, de considerar que en el caso se debió de designar tutor dativo a los menores de edad, en atención a que los artículos 683, 684 y 685 del Código Civil del Estado de Jalisco, anterior a sus reformas, disponen que son nulos todos los actos de administración celebrados por incapacitados sin autorización del tutor, y por los menores de edad emancipados, y que dicha

nulidad sólo puede ser alegada como acción o excepción por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes, pero no por las personas con quienes contrató, lo anterior con relación al diverso numeral 2147 del código sustantivo civil en cita, que establece que la nulidad absoluta, por regla general, no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos legales, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el Juez la nulidad.”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 168/2005. Francisco Vargas Magaña. 10 de junio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: José Guadalupe Hernández Torres. Secretario: José Luis Pallares Chacón.

CAPÍTULO CUARTO

PROPUESTA PARA PRORROGAR EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL DE LAS PERSONAS SUJETAS A TUTELA DATIVA

Cualquier trabajo de investigación en el ámbito jurídico, debe implicar necesariamente una propuesta que establezca un cambio o viraje, de lo que se encuentra inmóvil, ya que una de las características sobresalientes del derecho, es la dinámica, el movimiento, la actualización; ya que como sabemos, todo lo que se estanca se estropea o se descompone, en lo anterior, fundamos nuestra propuesta de reformar lo que a nuestro juicio implica un mejor cumplimiento o más justo y apegado a derecho sobre el daño moral que sufren las personas supeditadas a tutela dativa.

A. Problemática planteada.

Hemos transitado en el espacio jurídico de las generalidades del daño moral, incursionando en lo referente a la tutela, abarcando las clases, los sistemas y la historia de la misma para enmarcar la propuesta de nuestro trabajo de investigación de tesis que se circunscribe a la necesidad que bajo nuestra óptica jurídica es indispensable realizar, en relación a prorrogar la temporalidad de la prescripción para solicitar la reparación del daño por parte de los sujetos pasivos sujetos a tutela dativa.

La trascendencia del presente tratamiento, se centra en salvaguardar el derecho de acción de un grupo, que aparte de ser considerado como vulnerable

por nuestra sociedad, goza de infortunadas características que limitan el acceso a la justicia oportuna.

Amén de ensalzar que en la mayoría de los países en vías de desarrollo existen numerosos convenios, regulaciones y proyectos que tienden a rescatar de la ignominia a los menos favorecidos.

Ahora bien, a efecto de exponer claramente las peculiaridades del estado de indefensión que se manifiesta en los sujetos mencionados, es de señalarse que la desatención de las obligaciones por parte del Estado respecto de los incapaces que deberían de estar bajo la figura de la tutela dativa, es la causa generadora de un daño moral en sus personas, ante el cual no pueden accionar judicialmente indemnización alguna, por carecer de legitimación ***ad procesum***.

En este contexto, la ficción legal de la representación se antoja como solución inminente; sin embargo, es en este punto donde surge otro de los problemas que son objeto del planteamiento en el presente trabajo, esto es, la confluencia de las legitimaciones activa y pasiva en la misma persona; dado que quien debe representar al incapaz, es precisamente la autoridad omisa que motiva la indemnización de mérito; así pues, quien gozaría de la legitimación activa para demandar en representación del incapaz, viene a ser uno de los demandados, es decir, una de las partes que gozaría de la legitimación pasiva en el proceso, provocando con ello, la convergencia de las figuras de actor y demandado en un proceso, situación inviable por ser una aberración jurídica procesal.

Luego entonces, se hace evidente que si el causante del aludido daño moral, es el propio representante omiso del menor, el ejercicio de la acción de indemnización por daño moral, que prescribe en un lapso de dos años, según el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal, no podrá ser ejercida en tiempo y forma.

“Artículo 1934. La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño.”

Por lo tanto, los menores no sujetos a régimen alguno de patria potestad, ni tutela testamentaria, susceptibles de ser acogidos por el Estado en ejercicio específico de la tutela dativa contemplada en la legislación civil sustantiva; quedan en estado de indefensión al carecer de legitimación procesal para reclamar el ejercicio obligatorio del Estado de resarcir el daño moral causado a éstos, por la falta de cumplimiento de dicha obligación tutelar.

B. Alcance actual de la reparación del daño moral de las personas sujetas a tutela dativa.

Parte fundamental del derecho de daños, es ésta, de la reparación de los mismos por medio de la cual, la infracción jurídica ocasionada por el recuento dañoso, recibe la sanción adecuada y con ello queda restablecido el orden jurídico.

Paradójicamente, la legislación de nuestro país reconoce abiertamente a los titulares de la acción de la reparación del daño moral a los tutores ya que como se mencionó en líneas anteriores, el incapaz natural o legal que sufre un daño moral, tendrá acción de reparación de manera indirecta a través de su tutor quien por ley se encuentra obligado a reclamar el resarcimiento del agravio extrapatrimonial causado empero el grave problema surge cuando el que causa el daño es el que por ley tiene la obligación de reclamar el resarcimiento del mismo; actualmente la codificación civil para el Distrito Federal, es absolutamente omisa al respecto, por lo que entonces el tutelado bajo la figura de la tutela dativa esta en total estado de indefensión frente al tutor que le ocasione daño moral, incluso no sólo esta impedido para solicitar la reparación del daño sufrido, sino que además este daño moral puede quedar impune por la prescripción que regula el artículo 1934, ya plasmado con anterioridad.

C. Comentarios al artículo 331 del Código Civil para el Distrito Federal.

Paralelo a nuestro tema de investigación y respecto a los titulares de la acción de reparación de un daño, el artículo 331 del vigente Código Civil para el Distrito Federal, establece:

“Artículo 331. Si el cónyuge varón está bajo tutela por cualquier causa de las señaladas en la fracción II del artículo 450, este derecho podrá ser ejercido por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el cónyuge varón después de haber salido de la tutela, en el plazo señalado en el artículo anterior, mismo que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento”.

Al remitirnos al código en cita, a la fracción II del artículo 450, es importante recordarlo, aun cuando ya se haya establecido con anterioridad lo que este establece.

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

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

Asimismo, el artículo anterior al 331 y el cual, es invocado por él mismo y señala:

“Artículo 330. En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.”

Quede lo anteriormente establecido como un reconocimiento al legislador que con gran acierto concede al tutelado por cualquiera de las causas invocadas por el artículo 450 en su segunda fracción, la facultad de que en caso de que su tutor no ejercite el derecho de impugnar su paternidad, lo pueda hacer él mismo, otorgándole sesenta días a partir del día en que legalmente sea declarado que el impedimento ha cesado. Asimismo, sirva lo anterior como modelo o ejemplo para nuestra propuesta de tesis.

Hay cierta discusión en el sentido de que “los menores o incapaces no pueden sufrir un daño moral, ya sea por razones de orden cronológico o por inhabilitación declarada y también porque no pueden exigir de manera directa la reparación. Dicha posición es débil, ¿acaso un menor de edad no tiene sentimientos u honor? ¿Acaso tampoco lo tiene un incapaz? ¿Qué éste, en caso de ser sujeto de burla o escarnio, no tendrá acción para demandar civilmente al responsable? ¿Acaso los menores no tienen aspecto y configuración física? Todo lo anterior, se contesta en sentido afirmativo. El derecho tutela a estas personas en sus bienes morales, como sujetos que directamente sufren un agravio moral y que pueden obtener su reparación de manera indirecta.”⁹⁴

Los derechos que se protegen al implementarse la figura del daño moral son aquellos que protegen la paz, integridad, honorabilidad y la salud mental y espiritual. Puede recaer sobre la persona afectada directamente por la ilegalidad, así como también indirectamente a los familiares o terceros con legítimos derechos.

D. Reformar el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal como solución a la problemática planteada.

Si bien es cierto que las normas sustantivas son importantes para entender cómo el sistema jurídico se construye a partir de la naturaleza humana como lo es el contenido de la tutela, que es un deber moral con relación a la obligación de velar por los más débiles, es también cierto que adecuar de la mejor forma posible

⁹⁴ OCHOA OLVERA, Salvador. Op. cit. p. p. 74,75.

esas normas para el mejor cumplimiento y protección de quien se encuentre en el caso hipotético de la norma, comprende una necesidad respecto a lo señalado por el multicitado artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal.

“Artículo 1934. La acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo, prescribe en dos años contados a partir del día en que se haya causado el daño.”

Proponemos la reforma para que quede de la siguiente manera:

“Artículo 1934...

- I. En el caso de que la acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo le correspondiera impetrarla a una persona sujeta a tutela dativa y se presuma causante del daño al tutor responsable de la misma, podrá hacerla el propio tutelado después de haber salido de la misma, en el plazo correspondiente que se contara desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento. Prescribiendo ese derecho a los dos años de haberse declarado legalmente, que el impedimento ha terminado.”

En concreto, nuestra propuesta de reforma se reduce a que dicho término de prescripción empiece a correr a partir de la mayoría de edad, o que desaparezca la incapacidad de quien estuvo sujeto a la tutela dativa, para efecto

de quien ejercite procesalmente dicha acción, sea el propio titular de los derechos afectados.

Ya que nosotros consideramos que la excepción propuesta en el presente trabajo, se diferencia de la manera tradicional, doctrinal y jurídica de computar el inicio de la prescripción contenida en el artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal, puesto que en tal norma se contempla que el cómputo empiece a transcurrir a partir de la causación del daño moral; en contraposición a la modificación que gravita en torno a que para el caso en específico, se compute a partir de la mayoría de edad o que desaparezca la incapacidad de quien estuvo sujeto a la tutela dativa para evitar que prescriba su acción ante la indiferencia e imposibilidad de su representante legal.

El derecho de acceso a la justicia es clave para el desarrollo y respeto de los derechos de toda colectividad que se precie de ponderar la equidad en las relaciones sociales que sean proclives a un desarrollo generalizado.

La íntima relación existente en figuras de Derecho Comparado interno, evidencian la viabilidad de la presente propuesta.

CONCLUSIONES

PRIMERA. De acuerdo con la doctrina jurídica, la tutela es un acto jurídico que crea entre el tutor y el tutelado un vínculo sumamente estrecho civilmente hablando, del que se derivan relaciones análogas a las que resultan de la paternidad y filiación legítimas.

SEGUNDA. Los principios de la tutela dativa, se fundamentan en tres aspectos principales: El interés superior del tutelado, la subsidiariedad de la tutela y la intervención de la autoridad que legitima y legaliza la figura.

TERCERA. La cooperación y participación de los órganos encargados de la tutela, tiene como función básica velar por el cumplimiento de todos los requisitos considerados, como indispensables para la protección de los sujetos a tutela.

CUARTA. La acción gubernamental y legislativa debe ser encaminada a fortalecer la institución de la tutela en general y de la dativa en lo particular, para evitar y prevenir los abusos de los de los que por ley deben ser protectores de un incapaz, sea este menor o mayor.

QUINTA. El derecho es dinámico, cambiante, variable, no puede permanecer inamovible, sin correr el grave riesgo de ser obsoleto en un breve tiempo, por ello y con fundamento en una mejor protección a los sujetos a tutela dativa proponemos una adición al artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal que permita a los sujetos a tutela dativa, solicitar les sean reparados los daños morales

ocasionados por los tutores dativos sin que corran el riesgo de no poder hacerlo por la prescripción que el artículo en comento reglamenta.

S E X T A. Proponemos el siguiente texto de adición al artículo 1934 del Código Civil para el Distrito Federal:

I. En el caso de que la acción para exigir la reparación de los daños causados en los términos del presente capítulo le correspondiera impetrarla a una persona sujeta a tutela dativa y se presuma causante del daño al tutor responsable de la misma, podrá hacerla el propio tutelado después de haber salido de la misma, en el plazo correspondiente que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento. Prescribiendo ese derecho a los dos años de haberse declarado legalmente que el impedimento ha terminado.

S É P T I M A. El porcentaje representado por el sector social sujeto a tutela dativa, justifica la necesidad del planteamiento expuesto en concordancia con la doctrina.

O C T A V A. Para un buen funcionamiento de la tutela, será necesaria la participación de la familia y la autoridad representada por los órganos autorizados para ello. Todos ellos sostenidos por una legislación que abra un sendero de justicia y no que entorpezca su buen funcionamiento.

N O V E N A. El Código Civil para el Distrito Federal promulgado en junio del año dos mil, debe actualizar y reformar disposiciones que se refieren a mandatos

ampliamente superados por la movilidad de la sociedad en nuestro país, para que no se retroceda en lo referente a la protección de los menores e incapaces, especialmente los que se encuentran bajo tutela dativa.

D É C I M A. El legislador debe prevenir otros supuestos normativos que tengan por objeto el de complementar el cuadro de disposiciones que permitan una protección íntegra y adecuada del menor o mayores incapaces, desde todas las perspectivas, a través de distintas disposiciones como la propuesta por nosotros.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL CONSULTADA

BAQUEIRO ROJAS, Edgard; BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. 2ª edición, Edit. Oxford, México, 2003.

BONNECASE, Julián. Elementos de Derecho Civil. 4ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. 7ª edición, Edit. Porrúa, México, 1994.

CAMPOS DÍAZ BARRIGA, Mercedes. La Responsabilidad Civil por Daños al Medio Ambiente. 2ª edición, Edit. UNAM, México, 2003.

CARMONA LARA, María del Carmen. La Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental. 2ª edición, Edit. UNAM-PEMEX, México, 1999.

CARRILLO M., Juan y CARRILLO F., Miriam. El Detrimento Moral. 3ª edición, Edit. Carrillo Hermanos, México, 2003.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. 5ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999.

DE PINA VARA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.III. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998.

DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. T.I., 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998.

DE PINA VARA, Rafael. Los Daños Colectivos y la Reparación. Cit. por GARRIDO CORDOVERA, Lidia. 7ª edición, Edit. Universidad Argentina, 1999.

FLORES BARRUETA, Benjamín. Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil. 3ª edición, Edit. Trillas, México, 2001.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

GONZÁLEZ MÁRQUEZ, José Juan. Algunas consideraciones sobre la Responsabilidad Civil. 4ª edición, Edit. Sista, México, 2000.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuvia. RODRÍGUEZ BENDT, Andrés. (Coordinadores). Estudios sobre Adopción Internacional. 2ª edición, Edit. UNAM, México, 2001.

GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Segundo Volumen, 4ª edición, Edit. Promociones Jurídicas y Culturales. México, 2003.

GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. T.II. 12ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

KELSEN, Hans. Filosofía del Derecho. 2ª edición, Edit. Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

LOZANO RAMÍREZ, Raúl. Derecho Civil T.I. Derecho Familiar. 2ª edición, Edit. PAC., México, 2005.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 1988.

MAZEAUD, Henry y León. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil. 4ª edición, Trad. de José María Cajica) Edit. Cajica, Puebla, México, 1990.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 5ª edición, Edit. Porrúa, México, 1992.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. La Persona en el Derecho Civil. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2005.

OCHOA OLVERA, Salvador. Daño Moral. 2ª edición, Edit. Monte alto, México, 2000.

PASCUAL ESTEVILL, Luis. Derecho de Daños. 2ª edición, Edit. Bosch, Barcelona, 1997.

PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Derecho Civil. Vol. 8. Biblioteca Clásicos del Derecho. Edit. Harla, México, 2000.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano, T.II., Derecho de Familia. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. T.III. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 1999.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles. 6ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

SANTOS BRIZ, Jaime. La Responsabilidad Civil. Derecho Sustantivo y Derecho Procesal. 4ª edición, Edit. Montecarlo, España, 1990.

VALLE MUÑIZ, José. Los Actos y Hechos Jurídicos. 2ª edición, Edit. Esfinge, México, 2000.

VALVERDE y VALVERDE, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Derecho de Familia. T.IV. 4ª edición, Edit. Bosch, España, 1999.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Actualizada, s/e., Edit. Anaya Editores, México, 2008.

CÓDIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 1983.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. s/e., Edit. Sista, México, 2008.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL. Colección Leyes y Códigos. Edit. Anaya Editores, México, 2005.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. s/e., Edit. Sista, México, 2008.

ARRATÍBEL SALAS, Gustavo; HUBER OLEA, Francisco José. Código Civil para el Distrito Federal. Comentado y Concordado. T.I. s/e., Edit. Sista, México, 2003.

LEY FEDERAL DEL TRABAJO COMENTADA. 81ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA, Rafael, DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 28ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000.

Diccionario de la Real Academia Española. 10ª edición, Edit. Salvat, México, 2003.

FERRARA. La Moral. Cit. por Enciclopedia Jurídica Omeba. 10ª edición, Edit. Dris-Kill, Argentina, 2000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. T.D-J. 10ª edición, Edit. Porrúa-UNAM, México, 2000.