



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLÁN

ANÁLISIS JURÍDICO Y PROPUESTA DE REFORMA A
LOS ARTÍCULOS; 469 BIS, 469 TER Y 469 QUATER DEL
CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE
REGULAN EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR CAUTELAR
ANTE NOTARIO PÚBLICO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

L I C E N C I A D O E N D E R E C H O

PRESENTA

FERNANDO JIMÉNEZ DOMÍNGUEZ

ASESOR: LIC. JOSÉ JORGE SERVIN BECERRA

JUNIO 2008



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



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 Dios: por guiarme y concederme estar a un paso de concluir una convicción.

A mis padres: Gilberto y María de Lourdes, por estar conmigo en todo momento; por su amor imperecedero con el que siempre estaré en deuda.

A mis hermanas: María Guadalupe y Lilia, por sus cuidados y esmeros.
Con mucho cariño.

A la Universidad Nacional Autónoma de México; a la Facultad de Estudios Superiores Acatlán; y en especial a sus profesores por sus conocimientos y humanismo.

Al Lic. José Jorge Servin Becerra: por su apoyo en la elaboración de este trabajo; por considerarme su amigo.
Con aprecio y admiración.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	IV
--------------------------	-----------

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	1
-------------------------------------	----------

1.1 Derecho Romano.....	2
1.2 Derecho Francés.....	16
1.3 Derecho Español.....	23
1.4 Derecho Mexicano.....	30

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TUTELA EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE MEXICANO.....	36
---	-----------

2.1 Marco normativo.....	36
2.2 Concepto jurídico.....	38
2.3 Naturaleza jurídica.....	40
2.4 Diferencias entre tutela y patria potestad.....	44
2.5 Objeto de la tutela.....	46
2.6 Fines de la tutela.....	48

2.7	Constitución y causas de terminación.....	49
-----	---	----

CAPÍTULO TERCERO

DE LAS CLASES Y SUJETOS DE LA TUTELA.....76

3.1	Tutela testamentaria.....	79
3.2	Tutela legítima.....	86
3.3	Tutela dativa.....	90
3.4	Tutela cautelar.....	94
3.5	Del tutor.....	94
3.5.1	De las personas inhábiles y excusas de la tutela.....	95
3.5.2	Nombramiento y destitución.....	97
3.5.3	Facultades y obligaciones.....	98
3.6	Del pupilo.....	100
3.6.1	De la situación jurídica del pupilo.....	100
3.6.2	Facultades y obligaciones.....	101
3.7	Del curador.....	101
3.7.1	Del nombramiento del curador.....	102
3.7.2	Derechos y obligaciones.....	103
3.7.3	Causas de terminación.....	104
3.8	Órganos auxiliares en el desempeño de la tutela.....	104
3.8.1	Del Consejo Local de Tutelas.....	104
3.8.2	Del Agente del Ministerio Público.....	106
3.8.3	Del Juez de lo Familiar.....	106

CAPÍTULO CUARTO

DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA TUTELA CAUTELAR.....108

4.1	Antecedentes legislativos extranjeros.....	114
4.1.1	Francia.....	123
4.1.2	España.....	126

4.1.3	Sudamérica.....	133
4.2	Antecedentes legislativos en el derecho positivo vigente mexicano.....	136
4.2.1	Código Civil del Estado de México.....	136
4.2.2	Código Civil del Estado de Nuevo León.....	137
4.2.3	Código Familiar del Estado de Hidalgo.....	138
4.2.4	Código Familiar del Estado de Morelos.....	140
4.3	Análisis jurídico de los artículos 469 Bis, 469 Ter y 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal.....	140
4.4	Propuesta de reforma.....	153
CONCLUSIONES.....		156
BIBLIOGRAFÍA.....		159

INTRODUCCIÓN

La protección de la vida de un ser humano y todo lo que ello implica, así como la recompensa a su trabajo expresada en la tenencia de un patrimonio constituyen en todos los sistemas de derecho coetáneos bienes jurídicamente tutelados por ser de gran valía y utilidad para el hombre, por consiguiente, nuestro ordenamiento jurídico reglamenta su protección ante la eventual incapacidad que pudiera sufrir su titular para proveer adecuadamente por sí mismo su subsistencia, así como la conservación de su patrimonio, es ante tal coyuntura que tiene lugar la institución jurídica de la tutela.

Para arribar a este estadio jurídico y sin soslayar el avance que pudiera tener la tutela en tiempos que precedieron al *ius romanorum*, sin lugar a dudas espacial y temporalmente Roma significó en sus diferentes periodos histórico-políticos el centro de estudio, análisis y reglamentación sistemáticos más importante del mundo antiguo, por la razón de que sus ciudadanos estaban iniciados para la práctica del derecho; era este el efecto natural de su inclinación y de su sistema de organización judicial, baste una muestra con lo mencionado por Catón el Censor que alguna vez expresó que se arrepentía de tres cosas en la vida: de haber compartido un secreto con una mujer, de haber hecho un viaje por barco pudiéndolo hacer por tierra y de haber permanecido intestado un día entero; estos factores llevaron a la institución a un alto grado de desarrollo y perfección,

así que traer a la memoria los antecedentes históricos de la tutela en el Derecho Romano, Francés, Español y Mexicano será el contenido del capítulo primero de este trabajo.

En el capítulo segundo enunciaremos el marco normativo de la tutela en el derecho positivo vigente mexicano; definiremos la tutela; comentaremos sobre su naturaleza jurídica; las diferencias entre la tutela y la patria potestad; el objeto de la misma así como sus fines; para ulteriormente hablar sobre su constitución y causas de terminación.

En el capítulo tercero abordaremos el estudio de las clases de tutela reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal limitándonos en cuanto a la tutela cautelar se refiere a enunciarla ya que el estudio de este tipo de tutela adicionada recientemente al código sustantivo se expondrá en el capítulo cuarto. Amén, se hablará de los sujetos de la tutela, de las personas inhábiles y excusas para desempeño del cargo de tutor; de su nombramiento y destitución; obligaciones y facultades; en relación con el pupilo se escribirá sobre su situación jurídica particular así como de sus derechos y eventuales obligaciones, también en el mismo sentido respecto al curador y órganos complementarios del ejercicio de la tutela a saber: Consejo Local de Tutelas, Agente del Ministerio Público y Juez de lo Familiar.

En el cuarto y último capítulo comenzaremos con el estudio de legislaciones europeas y sudamericanas que han introducido en sus códigos la figura jurídica de la tutela cautelar, posteriormente nos avocaremos en los antecedentes legislativos internos entre otros en el Código Civil del Estado de México y su correlativo del Estado de Nuevo León, también similar labor realizaremos en los Códigos Familiares de los Estados de Morelos y de Hidalgo que bajo otras denominaciones regulan la figura de la tutela cautelar, para culminar con un análisis jurídico de la figura de referencia y propuesta de reforma, que son el tema central de este trabajo de titulación.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Para un estudio integral de la tutela es menester remontarse a los sistemas jurídicos que tuvieron vigencia y que trascendieron en el tiempo por la calidad científica y desarrollo que alcanzaron, y, que además, influyeron en otros cuerpos de leyes.

Históricamente la mayoría de las figuras jurídicas que se nos presentan en el derecho positivo vigente no son producto de una inteligencia prodigiosa o de un grupo de jurisconsultos, como tampoco de una comisión de legisladores exclusivamente, sino que son el resultado del transcurso de miles de años, en donde debates apasionados en ágoras, en senados, en parlamentos, en comicios, en plazas públicas, en congresos, en cortes y estos desde diferentes perspectivas, en lugares y tiempos determinados contribuyeron en el proceso evolutivo en que actualmente se nos presenta la tutela, por tal razón, en el presente capítulo incursionaremos en el conocimiento del derecho romano, por ser de referencia obligada y de capital importancia para el análisis y comprensión de la institución jurídica en estudio, lo mismo que en el derecho francés y español, para finalmente hacer alusión al derecho mexicano concretamente en los códigos civiles de los

años de 1870 y 1884, así como en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, que precedieron al código de 1928 actualmente en vigor en el Distrito Federal.

1.1 DERECHO ROMANO

La historia del derecho romano debe ser estudiada dentro de todo el bagaje cultural en que este floreció, ya que no es correcto separarla de las diversas manifestaciones culturales, artísticas, sociales y políticas que influyeron en su formación y que moldearon su fisonomía ya que prescindir de su conocimiento imposibilitaría su cabal comprensión y careceríamos de varias explicaciones del porque de la naturaleza de determinada institución jurídica, que, a simple vista, podría parecernos injusta y que en su momento reportaba más beneficios para la parte que se hallaba en una situación desfavorable, como era el caso de la clientela, por citar un ejemplo.

En este sentido el maestro Lemus García nos proporciona una definición del derecho romano que continuación transcribimos “es el conjunto de costumbres jurídicas, instituciones, principios y reglas de naturaleza legal, elaboraciones de los jurisconsultos y magistrados, que nacieron, evolucionaron y tuvieron plena vigencia en Roma y provincias que le estuvieron sometidas desde la fundación de la ciudad romana hasta la muerte del emperador Justiniano.”¹ Su historia puede ser dividida en tres fases de evolución del derecho privado a saber: derecho preclásico que correspondería a los periodos histórico-políticos de la Monarquía y la Republica; derecho clásico al Principado y derecho posclásico al imperio absoluto.

¹ *Derecho Romano*, Compendio, Editorial Limsa, México, 1979, p. 15.

En el derecho preclásico la fuente principal es la costumbre, existían pocos pero bien definidos conceptos, se aplicaba la ley rígidamente, sin que se preocuparan demasiado por su individualización, se busca la seguridad jurídica más que la equidad por esto la forma reviste suma importancia de tal modo que la generalidad de los negocios jurídicos estaban provistos de solemnidades, con la intención de que las personas estuvieran plenamente seguras sobre la clase de negocio que querían realizar. El derecho es ritual y se asemeja inclusive a una representación dramática en que las partes recitan y actúan determinadas fórmulas y ritos, también el derecho tiene un carácter nacionalista lo que significó que sólo los ciudadanos romanos podían celebrar la mayoría de los actos jurídicos contemplados en el *ius civile*, no es sino, hasta finales de la época republicana cuando Roma se convierte en uno de los mercados mas importantes del mundo antiguo que los extranjeros fueron participando cada vez más en las relaciones jurídicas de la ciudad lo que se efectuó por medio del *ius honorarium*.

En la fase del derecho clásico es cuando el derecho romano alcanza su mayor grado de evolución y consecuentemente también la tutela, con las bases adquiridas en los últimos años de la República el derecho se desenvuelve primordialmente a través de la jurisprudencia convirtiendo al derecho en una ciencia jurídica. Ahora se aplica el principio de equidad buscando la individualización de la norma al caso concreto.

La fase posclásica del derecho romano se puede subdividir en derecho vulgar y derecho justiniano, es característica del primero la carencia de originalidad, ausencia de creación jurídica y únicamente el empeño de adaptar el derecho a las necesidades de ese tiempo, y por otro lado, se persigue la sistematización de todo el material jurídico y se realizan recopilaciones de constituciones imperiales como de jurisprudencia; en el derecho justiniano, se realiza con esmero la gran recopilación que dio origen al *Corpus iuris civilis*, regresando al derecho clásico como punto central de inspiración.

Con este panorama general sobre la historia del derecho romano iniciaremos el estudio de la institución de la tutela, no sin antes tener algunas nociones jurídicas de lo que los romanos entendían por persona.

“La palabra persona proviene del verbo *personare*, que en latín significa producir sonido; *persona* se denominaba la máscara complementada con una especie de bocina con la finalidad de aumentar la voz, usada por los actores griegos y romanos. Por extensión, el término se utilizó para designar al actor y también al personaje que representaba. En el lenguaje jurídico sirvió para nombrar al sujeto del derecho, al titular de derechos y obligaciones.”²

“Para el derecho romano no todo ser humano era considerado como persona y para que esta tuviera una personalidad completa era menester que conjuntará tres elementos o *status jurídicos*, los cuales eran los que en seguida se enumeran:

1. *Status libertatis*.
2. *Status civitatis*.
3. *Status familiae*.

El primero implica la calidad de ser hombre libre y por tanto no estar sujeto al régimen de la esclavitud y no ser tratado en calidad de cosa; el segundo otorgaba a su titular la ciudadanía romana, y con ello entrar en las relaciones jurídicas derivadas de las distintas leyes del derecho civil, y el último conlleva a contar con el título de jefe de familia, al que denominaban *paterfamilias* y no estar bajo ninguna potestad. Estos tres estados configuraban la idea de la persona, y la pérdida de alguno de estos traía como consecuencia inevitable la disminución en la personalidad, lo que los romanos denominaban *capitis deminutio*, cuestión que como más adelante se expresará repercute en la institución que nos interesa.”³

² MORINEAU IDUARTE, Marta, y otro, *Derecho Romano*, octava reimpresión de la cuarta edición, Editorial Oxford, México 2003, p. 40.

³ *Ibidem*.

En este orden de ideas hay una clasificación en lo que al *status familiae* se refiere que considera al individuo dentro de la familia como *sui iuris* y *alieni iuris*; los primeros son los que no dependen de nadie; los segundos son los que se hayan sujetos a la potestad de otra persona, generalmente a la del *paterfamilias*.

Como ya se dijo las personas *sui iuris* no están sometidas a la autoridad de nadie, pero su capacidad puede estar limitada por distintas razones siendo el prototipo de esta persona el *paterfamilias*; para ello no requería tener determinada edad, ni tampoco el hecho de ser padre ya que un recién nacido podía serlo y en ese caso tiene una capacidad de goce y no de ejercicio y deberá estar representado. Al respecto Arangio-Ruiz expresa lo siguiente: “si es verdad que las personas *sui iuris* se distinguen de las *alieno iuri subiectae* por su capacidad de derecho privado (o, en derecho justiniano, por su *plena capacidad* de derecho privado), esto quiere decir solamente que toda persona *sui iuris* es titular derechos y obligaciones propias, pero no que toda persona *sui iuris* puede disponer sin control de sí y de sus bienes con actos materiales y con negocios jurídicos. Hay, por el contrario, muchas personas *sui iuris* en las cuales, por razones de edad o de sexo, de enfermedad mental o de tendencia al derroche, esta *capacidad de obrar* falta o está limitada. A este respecto, el derecho romano clásico conoce muchas instituciones, que hacen que la voluntad de una persona sea, en las relaciones personales y patrimoniales, sustituida, integrada o controlada por la voluntad de otra, lo que sucede ora en interés del incapaz, ora en el de la familia a que pertenece, ora para todas las formas de actividad privada o para todos los actos jurídicos, ora solamente para algunas categorías, ora en forma permanente, ora ocasionalmente.”⁴

Como se manifestó la persona *sui iuris*, no estaba sometida a ninguna autoridad pero existían casos de excepción en atención de alguna incapacidad y por tal motivo estar sometida a la institución de la tutela o de la curatela. Así la incapacidad de una persona *sui iuris* puede tener su origen en cualquiera de las

⁴ *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la décima edición italiana, por José M. Caramés, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986, p. 555.

cuatro causas que adelante se enuncian; en las que las dos primeras dan lugar a la tutela y en los otros dos supuestos se da lugar a la curatela:

1. Por falta de edad.
2. Por razón del sexo.
3. Por alteración de las facultades mentales.
4. Por prodigalidad.

Es en el Digesto donde se encuentra una cita de Servio Sulpicio que define a la tutela de la siguiente manera: “*Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem, vel sexum, sua sponte se defender nequit, iure civili data ac permissa.*”⁵ Definición que traducida al español indica que la tutela es fuerza y potestad sobre persona libre, otorgadas por el derecho civil para proteger a quien, en razón de su edad, o sexo, no puede defenderse por sí mismo.

La tutela estaba considerada como una carga pública, siendo necesario para cumplirla ser libre, ciudadano y del sexo masculino, así, el hijo de una familia podía ser tutor, por que la autoridad paterna sobre los que de él dependen, sólo tenía efecto en el orden privado, es decir, dentro de la *domus*; la tutela de los impúberes, que comprende aquellas personas que siendo *sui iuris* tenían menos de doce años para el caso de las mujeres y en el caso hombres menos de catorce, daba lugar a que se les asignara un tutor, que cuidaría preponderantemente su patrimonio ya que no estaban en aptitud de ejercer por sí mismos sus derechos, en esta clase de tutela la participación del tutor, así como su grado de responsabilidad resultaba en mayor o menor medida de que el pupilo fuera un *infans*, es decir, del *sui iuris* cuya edad oscilaba entre los cero a siete años, o de ser un *maior infantia*, entre los siete y las catorce años.

En el caso del *infans*, el tutor debía realizar los actos jurídicos en los que el pupilo tenía interés, mediante la *gestio negotiorum* y en tal caso las consecuencias

⁵ HUBER OLEA, Francisco, *Diccionario de Derecho Romano. Comparado con derecho mexicano canónico*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, p. 822.

jurídicas de los actos respectivos repercutían en el patrimonio del tutor, ya que este no tenía la representación directa del pupilo, el tutor intervenía en los negocios del pupilo a nombre propio, pero por cuenta del pupilo y llegado el caso de la rendición de cuentas, el tutor hacía los traspasos correspondientes y viceversa.

Cuando la tutela se ejercía sobre un *mayor infantia* o impúber propiamente dicho, el tutor podía elegir entre la *gestio negotiorum* y la *auctoritatis interpositio*, en el segundo de los casos el acto se celebraba en presencia del tutor como del pupilo. El pupilo efectuaba personalmente el negocio y este producía efectos jurídicos directamente en su propio patrimonio. “La *auctoritatis interposito* no puede darse por carta o mensajero, ni puede otorgarse después de celebrado el negocio, por lo que el administrador debe estar presente en el momento de la celebración, por lo que no tiene término ni condición, ya que el tutor completa o no la personalidad del pupilo con su presencia o inasistencia.”⁶

La tutela de los pupilos en el derecho romano es: testamentaria, legítima y dativa.

La *tutela testamentaria* es la más importante y aventaja a las otras que sólo ante su inexistencia tenían lugar, el derecho de nombrar tutor testamentario era en su origen atributo de la potestad paterna ya que sólo podía hacer uso de tal derecho el padre de familia, este podía nombrar tutores testamentarios únicamente a los que por derecho puede elegir como herederos. El tutor era designado por su nombre y en una forma imperativa, podía suspenderse o limitarse por un término o por una condición, lo que no podía efectuarse en las demás tutelas, también le estaba permitido al *paterfamilias* designar en su testamento uno o varios tutores ya que la pluralidad de los mismos era muy frecuente entre los romanos ya que el pupilo encontraba protección y garantías más completas.

⁶ *Idem*, p. 825.

La *tutela legítima* era subsidiaria a la testamentaria, y da lugar a la tutela legítima de los agnados. La ley de las doce tablas indica como tutor al agnado más próximo, y habiendo varios en el mismo grado, todos eran tutores; Justiniano crea un nuevo sistema de sucesiones *ab intestato*, y reforma radicalmente los principios de la tutela, y desde entonces los derechos de la familia natural o cognaticia aventajan a los de la familia civil o agnaticia, y la tutela como la sucesión son otorgadas al pariente más próximo, bien sea agnado o cognado y también es llamada la madre o el abuelo del impúbero, con preferencia a los colaterales. Por lo que se refiere a la tutela legítima de los gentiles esta se inicia en el derecho romano antiguo, ya que no habiendo agnado, pasaba la sucesión a los gentiles, y, por tanto, también la tutela debía serles concedida.

Respecto a la *tutela dativa* Bonfante nos dice lo siguiente: "La tutela dativa – el predicado es justiniano: los clásicos llaman dativos a los tutores testamentarios- ha sido introducida por la *lex Atilia* y extendida a las provincias por la *lex Julia et Titia* para proveer a los casos en que no hubiese tutores, ni testamentarios ni legítimos. La tutela dativa es el nombramiento público del tutor, que en la ciudad de Roma correspondía al Pretor y a la mayor parte de los tribunos de la plebe, y en las provincias al Presidente. Bajo el principado, o sea en la primera Era imperial, varios Magistrados tuvieron este derecho de nombramiento, pero jamás los Magistrados municipales, los cuales podían dar el tutor solamente *iussu praesidis*; en la época romano-helénica y en el Derecho justiniano los Magistrados autorizados son: el Prefecto de la ciudad, el Pretor, los Presidentes, Alcaldes, los Magistrados locales y los Obispos, con varia competencia y disciplina, según la importancia de los patrimonios."⁷

Por razón del sexo, la mujer en principio, estaba siempre bajo la tutela de una persona, puesto que su capacidad estaba limitada para llevar a cabo determinados actos que pudieran comprometer su patrimonio, esta tutela perpetua de las mujeres podía pertenecer a cualquiera de los tres tipos que ya se

⁷ *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, tercera edición, Editorial Reus, Madrid, España, 1965, pp. 224-225.

mencionaron; tutela testamentaria, legítima o dativa. “La mujer debe obtener la *auctoritas* de su tutor para hacer válidamente los actos que sean de tal naturaleza que tiendan a comprometer su patrimonio en perjuicio de sus herederos *ab intestato*. Por lo tanto, la *auctoritas* la es necesaria: para enajenar las *res Mancipi*, esto es, los objetos más preciados; para hacer testamento; para aceptar una herencia; para contraer una obligación; para hacer una remisión de deuda; para sostener un proceso regulado por el Derecho civil. Pero tenía una capacidad más grande que la del pupilo: podía, obrando por su cuenta, enajenar sus *res nec Mancipi*, prestar dinero y hacer o recibir un pago.”⁸

La tutela de las mujeres *sui iuris* es poco usual en la época imperial y para los tiempos de Augusto se le concedió el *ius liberorum*, que implicaba para las mujeres *sui iuris* quedar exentas de la tutela de referencia siempre y cuando las ingenuas, tuvieran tres hijos y las libertas cuatro. Ya en el siglo cinco de nuestra era, esta institución desaparece definitivamente.

Para el *ius civilis* no toda persona podía desempeñar el cargo de tutor ya que había determinadas personas que prescindían de la capacidad requerida, como en un momento lo fueron los *filiusfamiliae* y las mujeres, pero una vez que la tutela se consideró como una institución en beneficio del pupilo se aceptó que los *filiusfamiliae* ejercieran el cargo de tutor; ya en la época posclásica también la madre y la abuela contaban con el derecho de tutela sobre sus descendientes, pero bajo ciertas condiciones, como la de realizar un juramento solemne de que no contraerían nuevo matrimonio.

Igualmente son tenidos como incapaces para el desempeño de la institución en estudio los siguientes: los sordos; los mudos; los ciegos; los locos; enfermos graves y crónicos y los enemigos del padre del pupilo. Más adelante se sumaron en tiempo de Justiniano los menores de veinticinco años; los monjes y los obispos, así como los acreedores y deudores del pupilo.

⁸ PETIT, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducción de la novena edición francesa por José Ferrández González, quinta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1989, p. 141.

En el ejercicio de la tutela el tutor testamentario tenía la posibilidad de renunciar mediante una declaración solemne realizada en presencia de testigos, en el sentido de que no quería desempeñarla, lo que se designó como *abdicatione tutelae*, al perfeccionarse esta renuncia se acudía a la legítima.

El tutor legítimo tiene la facultad de transferir a un tercero el ejercicio de la tutela por medio de la *in iure cessio*, aunque en caso de muerte o *capitis deminutio* del tercero se le reincorpora en su encargo *ipso iure* y en caso de que esto acaeciera en la persona del cedente o del tutor original por decirlo de alguna manera quien será el nuevo tutor es el agnado que le siga en grado.

Cuando los negocios del incapaz son tantos que un solo tutor no podría desempeñar adecuadamente su encargo se podían nombrar varios a la vez y también era factible designar un tutor para la realización de un negocio en concreto o para determinadas operaciones; si la pluralidad es testamentaria es suficiente con que uno solo otorgue su *auctoritas*, lo que se contrapone con la legítima y dativa, en las cuales es necesario la de todos para que el negocio sea válido. No obstante el pupilo podía celebrar negocios por sí mismo, sin la *auctoritatis interpositio*, solo sí, los actos mejoran la condición del incapaz, en el supuesto de negocios bilaterales, el *pupillus* podía reclamar sus créditos pero sus obligaciones devenían en naturales.

El tutor dativo únicamente puede librarse de la tutela aduciendo razones de peso que le imposibiliten su desempeño, señalando otra persona apta para sustituirla. El régimen de las excusas característico de la tutela dativa se extendió progresivamente en la época del derecho clásico a la tutela testamentaria y llegado el siglo cuatro después de Jesucristo a la legítima. Entre las excusas más usuales se encuentran: el ejercicio de cargos públicos o de oficios de utilidad pública, por ejemplo ser magistrado, profesor, sacerdote o consejero del *princeps*; cuestiones de índole personal, tener sesenta años, encontrarse gravemente enfermo, ser ignorante, pobreza extrema; razones de privilegio, ser veterano del

ejército o atleta coronado; cargas familiares, tener más de tres hijos, ejercer tres tutelas o curatelas entre otras.

“En cuanto a las funciones legales del tutor, los romanos admitían una sabia distinción, que debemos estar pesarosos de no tenerla en nuestras leyes. El tutor se ocupa de la fortuna del pupilo, y no de su guarda ni de su educación. Casi siempre era el pretor el llamado a designar en presencia de los parientes más próximos del impúbero, la persona destinada a educarle, fijando también las cantidades necesarias para ello. Este nombramiento podía hacerle la madre, el abuelo o cualquier otra persona cuyos méritos y afecciones fuesen garantía para asegurar la buena educación del impúbero. El tutor debe velar únicamente por los intereses pecuniarios del pupilo.”⁹

En relación a las obligaciones del tutor con antelación al ejercicio de su encargo, se encontraban entre las más importantes, las siguientes: a) formular un inventario de todos los bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del pupilo, con la finalidad de facilitar la restitución de los mismos al término de la tutela; b) otorgar la *satisfatio*, en virtud de la cual el tutor se obligaba mediante estipulación a conservar y administrar debidamente el patrimonio del pupilo, otorgando fiadores solventes que asegurasen el cumplimiento de esa obligación. Los tutores testamentarios y los dativos, nombrados previa información, no estaban vinculados a esta obligación.

Respecto a las restricciones que tenía el tutor en el ejercicio de su encargo durante la historia de la tutela destacan las siguientes: a) se prohibió al tutor realizar donaciones con los bienes de su pupilo o convalidar las efectuadas por éste mediante la *auctoritatis interpositio*; b) se prohibió al tutor intervenir en los negocios que interesaran, tanto al tutor como al pupilo; c) estaba prohibido al tutor enajenar los predios rústicos y suburbanos que eran del dominio del pupilo, salvo los casos de excepción expresamente señalados; d) Constantino prohibió

⁹ *Idem*, p. 130.

enajenar los predios urbanos del pupilo, así como las casas y los muebles preciosos; e) se prohibió al tutor hacer uso personal de las rentas o capital que administrara del pupilo, siendo facultad del magistrado la designación del lugar de su depósito y f) Justiniano prohibió recibir capitales por cuenta del pupilo, si no intervenía previamente el magistrado otorgando su autorización.

Las obligaciones sustanciales del tutor durante el ejercicio de la tutela son las que a continuación se indican: a) debía administrar el patrimonio del pupilo con toda diligencia y cuidado de un buen padre de familia; b) debía velar por los intereses del pupilo, defendiendo su patrimonio como si se tratara del propio; y c) de acuerdo a las circunstancias debía otorgar la *negotiorum gestio* o en su caso la *auctoritatis interpositio*.

Al concluir la institución de la tutela, estaba obligado el tutor en relación con el pupilo a lo siguiente: a) rendir cuentas de forma pormenorizada, respecto a la administración de la hacienda del pupilo; b) restituir todos y cada uno de los bienes del pupilo, y c) responder de los daños y perjuicios que hubiese causado en el patrimonio del pupilo debido a una inadecuada administración.

“En el desempeño de sus funciones el tutor podía desviar su proceder, u obrar incorrectamente o con mala intención, llegando frecuentemente a realizar actos que producían un detrimento en la esfera pecuniaria del pupilo, ante tales situaciones el derecho romano configuró una serie de acciones proclives a garantizar la conservación del patrimonio, entre las cuales sobresalen las siguientes: a) la *actio accusativa vel crimen suspecti tutoris*, cuando el tutor dilapidaba el patrimonio del pupilo; b) la *actio rationibus distrahendis*, por la que se indemnizaba al pupilo por los daños recibidos; c) la *integrum restitutio*, a través de ésta, el pupilo podía obtener la anulación de aquellos actos jurídicos celebrados por el tutor, que le causaran una lesión en su patrimonio; d) la *actio negotiorum gestorum*, en virtud de la cual el pupilo podía demandar la responsabilidad en que el tutor hubiese incurrido en el ejercicio de su encargo; e) la *cautio rem pupilli*

salvam fore, que obligaba al tutor a estipular que administraría correctamente la hacienda del pupilo y también, al término de la tutela restituirle todos los bienes que integraran su patrimonio; f) la *actio tutelae* directa, de que disponía el pupilo para constreñir al tutor a devolver los bienes que fueran de su dominio y a obtener una indemnización por los posibles daños y perjuicios; g) *actio tutelae* contraria, con su ejercicio el tutor podía exigir del pupilo los anticipos y gastos que hubiese efectuado en la administración del patrimonio del pupilo; h) por medio del *privilegium exigendi* el pupilo tenía derecho de cobrar con preferencia a los acreedores quirografarios del tutor y j) mediante la acción subsidiaria el tutor podía exigir de los magistrados municipales las cantidades derivadas por el incumplimiento de su deber consistente en exigir del tutor fiadores que garantizaran el desempeño del tutor.”¹⁰

En cuanto a la figura en estudio se refiere, las causas por las que concluía generalmente se clasifican en dos tipos, a saber; unas que atañen al pupilo y otras referentes al tutor.

En cuanto a las primeras se encuentran; a) por haber llegado a la pubertad; b) por cualquiera de la *capitis deminutio* y c) por muerte del pupilo, en atención a las segundas se hayan; a) por muerte del tutor; b) por *capitis deminutio*, excepto la mínima; c) por *capitis deminutio* mínima, en el caso de tutor legítimo, que recaía en el agnado, patrono o gentil del pupilo; d) por la llegada del término o condición tratándose de tutor testamentario; e) por excusa aceptada y f) por destitución del encargo.

Ahora bien en relación con la curatela, que como se dijo, es una figura jurídica al igual que la tutela propia de las personas sui iuris; los tratadistas acotan que existe una imprecisión en cuanto a la veracidad del contenido del proverbio: *tutor datur personae, curator rei*, en la que incurre Ortolan al señalar:“ De aquí procede la diferencia fundamental entre las funciones del tutor, encargado de

¹⁰ LEMUS GARCIA, Raúl, *Ob. cit.*, pp. 128-129.

completar la personalidad incompleta (*auctor fieri*), y las del curador, encargado de cuidar los negocios (*curare*), De aquí procede también la siguiente regla: el tutor se da a la persona; el curador a los bienes.”¹¹

La curatela también denominada *cura* o *curatio* tiene su inicio en la ley de las doce tablas, que preceptuaba que se debían a este régimen los locos, los pródigos, los púberos menores de veinticinco años, posteriormente se nombraron tutores para los sordomudos y enfermos mentales entre otros.

En cuanto a la curatela de los locos se distinguían dos tipos; los *furiosi* que eran aquellos que estaban mal de sus facultades mentales, pero que podían tener momentos de lucidez, en los que de realizar algún negocio jurídico este era plenamente válido; y los *mente capti*, que eran las personas cuyas facultades mentales se hallaban muy por debajo de lo normal, al grado de ser considerados como idiotas, en este sentido Juan Iglesias escribe: “El curador “cuida” de la persona del *furiosus*, a la vez que administra su patrimonio. Su función a este respecto es la de un gestor, y no ya la de interponer aquella *auctoritas* – *auctoritatem interponere*- que es característica de la tutela.”¹²

“Las XII Tablas encomiendan la curatela del *furiosus*, siempre que carezca de *paterfamilias* y de tutor –*ast ei custos nec escit*-, a los agnados y a los gentiles: *si furiosus escit adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*. A falta de curador legal, o en el caso de que este sea inepto, se prevé en la época clásica, al nombramiento por el magistrado. La curatela testamentaria no existe, pero sí a un loco le da su padre curador en el testamento, el Pretor puede confirmarlo. En el Derecho justinianeo sólo subsisten la curatela testamentaria -en el sentido antes dicho- y la dativa.”¹³

¹¹ *Compendio del Derecho Romano*, traducción directa de la última edición por Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, Argentina, 1947, p. 67.

¹² IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, sexta edición, revisada y aumentada, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1972, p. 590.

¹³ *Idem.*, p. 589.

Como ya se mencionó los pródigos también estaba sujetos a la curatela ya que al dilapidar el patrimonio de la familia heredado de sus antepasados y que le pertenecía a todo el núcleo familiar, estos podían acudir al magistrado a efecto de que se decretará el estado de interdicción y en tal caso quedaba bajo la curatela de sus agnados. La cesaba por un acto de la misma naturaleza, al respecto Alvaro D'ors señala: "La curatela del pródigo es mucho más limitada. La prohibición para disponer de los bienes (*interdicto bonis*) se daba cuando una persona había dilapidado sus bienes, y el curador debía intervenir tan sólo en los negocios de disposición o de aquellos por los que el pródigo contraía una nueva obligación, no en los que le producían un aumento patrimonial, incluso la aceptación de una herencia con deudas."¹⁴

La *cura minorum* se ejercía sobre una persona *sui iuris*, varón, púber y menor de veinticinco años, al cual se denominaba *minor*, en atención a que se pensaba que no era capaz y experimentado a su corta edad para los negocios y se ponderaba que estaba en situación de desventaja intelectual, por lo que se le obligó en un principio a nombrar un curador en cada negocio por celebrar, el cual debía otorgar el *consensus curationis*, posteriormente este *curator* perdió el carácter de provisional para convertirse en definitivo hasta el onomástico vigésimo quinto, en que finalizaba la *cura minorum*; o bien, mediante la *venia aetatis* que otorgaba al *minor*, una capacidad semejante al mayor de edad y que sólo podían obtener del emperador mediante rescripto a partir de los veinte años el varón y a los dieciocho la mujer.

Como medio de protección al púber, el derecho romano en virtud de la Ley *Plaetoria* castigaba con una cuantiosa pena económica a quien al celebrar un negocio jurídico con el menor abusara de su inexperiencia; amén, el derecho honorario por conducto del pretor otorgo al *minor*, si la contraparte lo llamaba a juicio una *exceptio legis plaetoriae* y ante el supuesto de la ejecución del acto jurídico disponía de la *integrum restitutio propter aetatem*.

¹⁴ *Derecho Privado Romano*, segunda edición revisada, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1973, p. 318.

Habían casos en los que el impúber sujeto al régimen de la tutela, podía excepcionalmente, contar con un curador, coyunturas taxativamente establecidas, a saber: a) cuando el tutor sostenía un juicio contra el pupilo; b) cuando el tutor había hecho admitir una excusa temporal, se nombraba un curador en su lugar y c) cuando el tutor se mostraba incapaz en el desempeño de sus funciones. Estas situaciones quedaban comprendidas en lo que los romanos denominaron *cura pupillorum*.

El profesor Margadant, escribe respecto a la diferencia entre la tutela y la curatela lo siguiente: “la diferencia entre curatela y tutela en el derecho romano es una cuestión que se presta a controversia. El refrán romano *tutor datur personae, curator rei*, es de dudosa interpretación. Para proteger al pupilo contra el tutor, se prohíbe a éste, precisamente, toda intervención en lo que se refiere a la salud o a la educación del pupilo...se ha pretendido que la tutela estaba ideada para situaciones normales, como la infancia, impubertad, sexo femenino, mientras que la curatela servía para remediar situaciones excepcionales como las prodigalidad, la locura, o la inexperiencia de algunos púberes menores de veinticinco años.”¹⁵

1.2 DERECHO FRANCÉS

Los antecedentes históricos de la tutela en el país galo tienen en el Código de Napoleón el documento jurídico de mayor proyección e importancia jurídica, cuyo movimiento codificador se remonta varios siglos antes de la revolución francesa y que concluye con la ley del 30 de ventoso del año XII, (21 de marzo de 1804).

El autor español Valverde y Valverde escribe lo siguiente: “los Códigos que adoptan la tutela de familia, de cuya organización es prototipo el Código de

¹⁵ *El Derecho Privado Romano*, vigesimosexta edición, Editorial Esfinge, México, 2001, p. 220.

napoleón, atribuyen el papel preponderante de la protección de los menores e incapaces a un consejo de familia; es decir, la misión protectora es confiada a la familia misma..., los códigos que admiten tal sistema de tutela, imitan al código francés, y éste lo tomo de su derecho consuetudinario.”¹⁶

Los sistemas de derecho que contemplan la tutela como institución familiar, hacen del consejo de familia la base de su regulación jurídica, al respecto Planiol y Ripert enumeran las funciones más importantes de dicho órgano tutelar:

“1° Es ante todo el que *organiza la tutela* y nombra sus agentes: el tutor cuando éste no está ya designado, el subtutor, el curador; es el que pronuncia, en caso procedente, la destitución de dichos agentes, el que fija el presupuesto de la tutela y hace al tutor, que no sea el padre o la madre, indicaciones generales relativas a la guarda y educación del menor.

2° Una vez la tutela constituida, o reconstituida, el Consejo de familia continua siendo convocado siempre que su parecer se considere útil para la dirección del la persona del menor. Este parecer se impone a todo tutor que no sean los padres. Y es el Consejo de familia, principalmente, el competente para autorizar el casamiento en defecto de ascendientes; la adopción en defecto del padre y madre; y en el mismo caso, la emancipación, o la encarcelación como medida de corrección.

3° Por último, se requiere su consentimiento para todos los actos patrimoniales que la ley considere que pueden comprometer gravemente la fortuna del menor, y puede hacer que le rinda cuentas anuales el tutor siempre que no sea el padre o la madre.”¹⁷

¹⁶ *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo IV, parte especial, Derecho de Familia, segunda edición, Editorial Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, España, 1921, pp. 520-522.

¹⁷ *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Las Personas, Tomo I, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002, p. 436.

Respecto a la organización de la tutela en Francia, Rodríguez-Arias, en consonancia con Valverde escribe: "...según ya hemos indicado, depende en primer lugar de la asamblea de parientes. Esta primera parte de su papel es tan personal que la corte de casación declara no susceptible de recurso judicial, fuera de los casos expresamente previstos por la ley (artículos 440 y 448 del Código francés), todas las decisiones por las cuales el consejo de familia organiza la tutela."¹⁸

Por su parte Escobar de la Riva escribe: "el Código Civil Francés hizo del Consejo de familia, a modo de órgano legislativo o deliberante, la piedra angular de la tutela. El Subroge Tuteur con sus funciones fiscalizadoras, y el tutor con las suyas ejecutivas, completaban el cuadro más parecido posible al de la Constitución de un Estado moderno."¹⁹ "El Código Civil Francés, que tanto ha influido en las legislaciones de Europa, admite el consejo de familia como organismo regular de la tutela. Este cuerpo tiene atribuciones muy importantes en esa legislación, como lo prueba la facultad de nombrar el subrogé tuteur, atribución que el consejo de familia en España no tiene, conforme al código civil. Se compone de seis parientes o afines del sujeto a tutela por mitad de ambas líneas paterna y materna. Se necesitan tres cuartas partes de los individuos que componen el consejo para poder tomar acuerdos, diferencia que separa al código de Napoleón del nuestro."²⁰

La organización de la institución de la tutela en Francia, se logra con la coparticipación de cuatro entes jurídicos de primer orden, a saber:

"1° La potestad tutelar reside esencialmente en el Consejo de familia, que continua, en cierto modo, la patria potestad; en nuestro derecho, la tutela es, pues, sobre todo, una magistratura familiar.

¹⁸ *La Tutela*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1954, p. 68.

¹⁹ *La Tutela*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1953, p. 12.

²⁰ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Ob. cit.*, p. 575.

2° En la administración corriente de la tutela, el tutor es el que actúa, tiene cuidado del menor y lo representa;

3° El sub-tutor vigila al tutor y algunas veces lo sustituye;

4° El tribunal, colocado por encima del Consejo de familia, interviene sus decisiones, que puede, por recurso, reformar. Su intervención es siempre necesaria en algunos actos muy graves. Por último, cuando se trata de los hijos naturales, reemplaza al Consejo de Familia.”²¹

En cuanto al tribunal en materia de tutela, éste cumple su cometido en tres sentidos distintos; a) como un órgano jurisdiccional ante el cual se puede impugnar las decisiones del Consejo de familia; b) como un órgano de aprobación de acuerdos de trascendencia del consejo de familia y c) desempeñando personalmente la función del consejo de familia de los hijos naturales.

En cuanto a las formas de designación del tutor, se presenta también la subsidiaridad, ya que en primer lugar se recurre (y que acaece la mayor de las veces) a la *tutela legal*; ante su inexistencia se busca, en la última voluntad del postrero de los padres que haya fallecido, dando lugar al *tutela testamentaria* y en defecto de las dos anteriores, la tutela es designada por el consejo de familia, lo que da origen a la *tutela dativa*.

La administración de los bienes del pupilo en el desempeño de la tutela legitima corresponde a uno de los padres en ausencia del otro, aquél se torna en *administrador legal*, por lo que debe ejecutar su encargo como un buen padre de familia, su condición natural implica que puede realizar, por sí solo, actos jurídicos para los cuales otra clase de tutor necesitaría de la autorización del Consejo de familia.

²¹ PLANIOL; Marcelo y otro, *Ob, cit.*, p. 417.

El desempeño de la administración legal de los bienes de un hijo, presenta diferencias en relación con el de la tutela ya que de los tres órganos de control de la tutela; protutor, Consejo de familia y tribunal, solo el último tiene actividad en la administración legal; el Código de Napoleón no grava con hipoteca los bienes del administrador; tampoco hay obligación de realizar inventario de los bienes del menor; en síntesis las facultades son más extensas, no obstante, se requiere de la homologación del tribunal en los supuestos en que el tutor necesita el consentimiento del consejo.

“El Código francés de 1804, por el contrario, no hace del padre un dueño soberano sobre sus hijos menores, conforme acabamos de indicar. Incluso en la legislación que ha surgido colateralmente a este Cuerpo legal, se han reducido aún más las prerrogativas que competían al mismo; así, una ley de 1910, ha precisado sus poderes de administración, a parte que actualmente los Tribunales controlan la finalidad de sus actividades, considerando que el padre ejerce sobre sus hijos más que un poder una función doméstica.

Con todo, goza el padre de una gran libertad jurídica, pues como administrador legal de los bienes de sus hijos no emancipados, nunca tiene que acudir al Consejo de familia en demanda de autorización. Por consiguiente, cuando el padre o la madre es el que ejerce la tutela, de los tres órganos de control que constituyen esta institución, sólo subsiste el Tribunal civil pudiendo el padre realizar sobre la fortuna del hijo todos los actos que, en la tutela, son de competencia del tutor y del Consejo (art. 389, párrafo 6°).

Por tanto el derecho concedido al padre para administrar los bienes del hijo, implica poderes más amplios que los de un tutor, lo que se debe a que el legislador piensa en que siempre se da entre ellos una compenetración y colaboración estrechas por lo que se refiere al gobierno de los bienes de sus hijos.”²²

²² RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Ob, cit.*, pp. 70-71.

Inmerso en la institución jurídica que nos ocupa, el subtutor (en toda tutela hay un tutor subrogado), es el encargado de ejercer una vigilancia constante de los actos del tutor, es nombrado por el consejo de familia, sus funciones entre otras consistían; en obrar por los intereses del menor; comparecer en coyunturas en donde el fraude es particularmente fácil; perfeccionar el inventario y la venta a pública subasta; hacer que se inscriba la hipoteca legal del menor; provocar la sustitución del tutor fallecido; pedir su destitución; exigir al tutor por mandato del Consejo de familia los estados anuales de cuenta.

Cuando el menor tiene su domicilio en Francia, y poseyerá bienes en las colonias, la administración especial de esos bienes se realiza a través de un protutor.

Los hermanos Mazeaud señalan que en atención a que las funciones del tutor son el cumplimiento de un *deber de solidaridad familiar*, de estas se derivan tres caracteres:

“1° En principio las funciones del tutor son *obligatorias*, No obstante, existen algunas causas de excusa.

2° Las funciones del tutor son por la misma razón, *gratuitas*: *El tutor no se beneficia del derecho de goce más que sí es el padre o la madre del pupilo*; en efecto, el derecho de goce legal es un atributo de la patria potestad.

3° Las funciones del tutor son *personales*: no pueden pasar a los herederos del tutor.”²³

El derecho francés, concedía dispensa de la tutela entre otras personas a: los presidentes y magistrados de la Corte de casación, el fiscal general y los abogados fiscales de la misma corte; los militares en servicio activo y todos los

²³ *Lecciones de Derecho Civil*, parte primera, Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 223.

ciudadanos que desempeñen algún encargo fuera de la República, aquel individuo que tenga sesenta y cinco años cumplidos; todo individuo que padezca una enfermedad grave y debidamente justificada y los que desempeñen dos tutelas.

“De otra parte la asistencia pública protege, con derechos semejantes a los de la patria potestad, a los hijos que se llamaban antes “Pupilos de la Asistencia pública”, y hoy “Pupilos del Estado”. Estos son los niños regularmente abandonados al “Bureau ouvert” de la Asistencia pública. Sobre estos pupilos, el Estado ha confiado bajo el nombre de “tutela administrativa” un conjunto de derechos similares al poder paterno, derechos de guarda, de corrección, consentir el matrimonio, adopción o emancipación, usufructo legal (arts.15, 19 y 21 de la ley de 24 de julio de 1889). La tutela del pupilo es confiada al prefecto y prácticamente ejercida por el inspector del Departamento de servicios de asistencia. El tutor es asistido de una comisión de siete miembros nombrados por cuatro años por el Prefecto, que ocupa el lugar del Consejo de familia, no habiendo protutor. Las atribuciones respectivas del tutor y de la comisión son las del tutor y las del Consejo de familia, según el Código Civil (artículo 15).”²⁴

El Código de Napoleón ha sido objeto de múltiples reformas que cronológicamente se suelen dividir entres fases:

“1) Una primera fase abarcaría desde la promulgación del *Code* hasta 1880, aproximadamente, y se caracteriza por una gran estabilidad, incluso inmovilismo.

2) La segunda fase se inicia en torno a 1880 y llega hasta finales de los años cincuenta del siglo pasado. En ella se aprecia un mayor dinamismo del legislador en su capacidad de adaptación a los cambios sociales y un impulso ideológico de carácter socializador, frente al liberalismo económico de la fase anterior. Especialmente afectado por las reformas se vio el Derecho de Familia.

²⁴ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Ob. cit.*, pp. 69-70.

3) La tercera fase se abre en 1964, y es, como hemos dicho, el período más activo en cuanto intervenciones legislativas sobre el *Code*, que reforman bloques enteros de la obra, y no solo instituciones concretas, acentuándose las tendencias apuntadas en el período anterior, y desarrollándose otros. Hay una reformulación casi completa del Libro I, sobre todo gracias a la labor llevada a cabo por Jean Carbonnier, al que le fue encargada la redacción de casi todos los *avant-projet*: reforma de la tutela y la emancipación (1964).²⁵

1.3 DERECHO ESPAÑOL

El autor español Rodríguez-Arias citando recurrentemente a Ossorio, Falcón y Sánchez Román, expone lo siguiente: “Nuestro Derecho histórico acusa la inspiración de dos tipos de normas jurídicas contrapuestas: las romanas y las germanas.

Es de notar que el sistema gótico o nacional, representado por los Fueros Juzgo, Municipales, Viejo y Real, recoge –según la opinión más sustentada por los autores,- la concepción germánica, al reconocer una tutela colectiva que corresponde a toda la familia y, posteriormente, por una transformación de ese tipo, admitieron ejerciera la tutela uno de los más próximos parientes, mas sin dejar de tener por eso la familia un cierto poder de intervención.

Así, pues, podemos, señalar como caracteres de este régimen tutelar nacional los siguientes:

1.º Se daba la reunión en una sola institución de la guarda o tutela, desconociéndose la clasificación romana en tutela y curatela. Dice a este respecto la Ley 3, Tít. 6.º, Lib. 3.º del Fuero Juzgo, que cuando falta al hijo la protección

²⁵ DOMINGO, Rafael, *Código Civil Francés*, edición bilingüe, Editorial Marcial Pons, Barcelona, España, 2005, pp. LXXV-LXXVI.

natural del padre, llama la ley goda al tutor; más se emancipa al hijo a la edad de quince años y se le coloca durante su menor edad bajo la protección de su madre, si permanece viuda, y en su defecto bajo la protección de sus hermanos, tíos o primos, buscando en las afecciones de la sangre una garantía del interés que inspira la orfandad. No admite, por consiguiente, más guardadurías que la tutela legítima. Y aún pareciéndole poco a la ley, manda a formar inventario de los bienes del huérfano, y que aquél se deposite en manos de un obispo o de un sacerdote virtuoso, para que lo conserve hasta que el huérfano llegue a la mayor edad haciendo responsable al guardador de todos los daños que por su culpa o negligencia sobrevinieren. En premio a sus desvelos le concede un décimo de la renta y producto de los bienes.

2.º Se atribuye el ejercicio activo de la tutela a los parientes más próximos.

La “Lex Visigothorum”, profundamente romanizada y, por tanto, en contradicción con el Derecho consuetudinario del país, regula la tutela como un cargo personal, admitiendo el principio romano del tutor único; si bien a pesar de ello, recoge también dicho cuerpo legal la concepción germánica, sancionando la intervención activa de los parientes, en ciertos casos, para la designación del tutor.

3.º Desconocimiento de la tutela testamentaria.

4.º Actuación de la tutela familiar colectiva, que, en general, los Fueros Municipales derivados del de Cuenca, hacen recaer sobre los “parientes más cercanos del huérfano” a quien en realidad correspondía la guarda del menor, en forma de supertutela, análoga a la “Obervomundschaft” germánica ejercida por la Sippe, de la cual es sin duda una reminiscencia, a quien correspondía la misión de exigir cuentas al tutor delegado y deponerlo si no administraba bien; o como en el Fuero Viejo, la tutela colectiva, se muestra todavía con mayor pureza al ser ejercida por el grupo de parientes más próximos, puesto que la guarda no aparece

delegada en uno de ellos, sino que corresponde y es desempeñada por “todos los parientes más próximos.”

Según el Fuero de Salamanca, aún en vida de los padres puede tener lugar la tutela, cuando estos sean negligentes o de malas costumbres, poniendo en peligro la persona o bienes de sus hijos, viniéndose entonces a ocupar los parientes de su custodia.

En el Fuero Viejo, la guarda de los huérfanos corresponde en un principio a “los parientes más propincuos a ellos”, los cuales deben recogerlos, dando en arrendamiento los bienes mediante subasta, a quien mayor renta ofrezca por ellos, y siendo preferido en igualdad de condiciones, el padre o madre supérstite, en cuyo caso también tendrá éste al huérfano, pero si los parientes ofrecieran por el arrendamiento tanto como el mejor postor extraño, pueden también quedarse con los bienes en tal concepto.

En el fuero Real, se advierte la concepción germánica primitiva de la guarda de huérfanos –transmitida probablemente a través del Fuero de Soria- y ejercida por todos los más cercanos parientes en forma conjunta. Así, la Ley 2. del Tít. 7.º, adoptando con muy ligeros accidentes las reglas dictadas sobre la materia, por las leyes del Fuero Juzgo (Ley 3., Tít. 6.º, Lib. 3.º), establece como regla general la guarda legítima, sin distinción de tutela y curaduría, haciendo intervenir al Alcalde, acompañado de dos hombres buenos, en la formación del inventario. La madre, mientras permanecía viuda (Ley 3.), era preferida a todos los parientes; y, sólo cuando ni madre, ni parientes próximos existían en condiciones para guardar a los huérfanos, se autorizaba al Alcalde para nombrarles por guardador dativo a un hombre bueno.

Todo guardador cuidaba de la persona del huérfano, percibía los frutos de sus bienes, hacía suyos el décimo de estos frutos, le representaba en el juicio,

contrataba para él, y debía a su tiempo entregar los bienes y rendir cuentas respondiendo de los daños que por malicia o negligencia hubiera causado.”²⁶

El precitado autor continua diciendo, “dicho Cuerpo Legal (Leyes de Partida) presentase las siguientes características:

1. Un tutor unipersonal, aunque excepcionalmente admitiese la pluralidad de tutores, cuando había varios parientes en el mismo grado de parentesco, igualmente próximos al huérfano, siendo entonces todos ellos llamados al ejercicio de la tutela, pues si en tales supuestos el ejercicio de la tutela, podía con autorización judicial, ser asumido por uno solo de los parientes llamado conjuntamente, esto era lo excepcional.

2. Distinción entre tutela y curaduría, según acabamos de indicar. Ambas instituciones se daban para la persona y para los bienes del pupilo menor o incapacitado en la medida que se reputaba necesario para ambos fines, personal y patrimonial, de la guarda. Los curadores eran llamados para guardar a los mayores de catorce años y menores de veinticinco, y aún los que fuesen mayores siendo locos o desmemoriados.

La curatela o curaduría presentó tres variedades: la llamada “*ad bona*”, que se otorgaba a los púberes que no habían cumplido veinticinco años; la “*ejemplar*”, para los incapaces o enfermos, y la “*ad litem*” que tenía por objeto la representación, generalmente en juicio, del menor o del incapacitado en un determinado asunto, cuando se consideraba preciso por razones de incompatibilidad legal por un representante legítimo y habitual, padre, tutor o curador.

3. Reconocimiento de tres clases de tutela: testamentaria, legítima y dativa. La primera era la ordenada por el padre, por la madre u otra persona que hubiese

²⁶ RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *Ob. cit.*, pp. 82-85.

instituido heredero al huérfano o le hubiese dejado manda de importancia (Ley 2., Tít.16, Partida VI); la segunda, la que, en defecto de la anterior, se difería por ministerio de ley a los más próximos parientes, y la tercera, la instituida por el Juez para el pupilo en defecto de las anteriores (Leyes 2. y 12, Tít. 16, Partida VI).

La regla general de capacidad para ser tutor, era la de hallarse en la plenitud de los derechos civiles, y no estar comprendida en ninguno de los casos de incapacidad, según las leyes, además de la condición del próximo parentesco, cuando se trataba de la tutela legítima. Eran incapaces para ejercer el cargo, los menores de veinticinco años, los mudos y los sordomudos, ciegos, dementes y cualesquiera otros impedidos física o moralmente, por ejemplo, las personas de malas costumbres o condenadas por delitos de corrupción de menores, violación, estupro y raptó; las mujeres, excepción hecha a la abuela, los militares en activo servicio, los prelados, religiosos profesos y aun clérigos regulares excepto estos últimos para la tutela legítima de sus parientes, si la solicitaban dentro de cierto término; el deudor o acreedor del pupilo, y el que tuviese comprometidos sus bienes por contratos con el Estado (Leyes 4. y 14, Tít. 16, Partida VI).

Tuvo siempre la tutela un carácter obligatorio, por lo que sólo, se admitieron como excusas legales, considerándose como un “beneficio o privilegio” de la Ley, los casos siguientes: el tener cinco hijos legítimos vivos, considerándose tales los que hubiesen muerto en defensa del Estado; los Embajadores y demás individuos del Cuerpo Diplomático, ausentes por razón del servicio público, mientras durara su ausencia y aun años después de su regreso. Los Jueces y los Magistrados; los profesores de gramática, retórica, filosofía, medicina y jurisprudencia, y, en general, puede decirse que todos los dedicados a la enseñanza y los casados durante los cuatro primeros años de matrimonio (Leyes 1., 2. y 3., Tít. 17. Partida vi y Ley 7., Tít. 2.º, Lib. X de la Novísima Recopilación).

En segundo lugar, se admitían excusas legales por imposibilidad del ejercicio de la tutela; así, los que tuviesen ya tres tutelas, o una sola cuya

administración fuese difícil o importante; los que no sabían leer ni escribir; los que sufrían enfermedad crónica; los que vivían de un jornal diario, y a los mayores de setenta años (Ley 2., Tít. 17, Partida VI).

Y en tercer lugar, se excluían de la tutela, por supuestos de incompatibilidad moral, los que tuvieren derechos que ejercitar contra el huérfano, o contra una parte importante de su patrimonio, y los que hubiesen tenido enemistad grave con su padre, a no ser que se hubiera reconciliado con él (Ley 2., Tít. 17, Partida VI).

Por lo que se refiere a las obligaciones del tutor, éstas hacían referencia a la persona y a los bienes del pupilo; en cuanto a la primera, las de educación física, moral e intelectual del mismo y su representación en juicio y fuera del él (Leyes 16 y sigs., Tít. 11, Partida VI), y, en cuanto a los segundos, las de su conservación, administración, defensa judicial y extrajudicial e intervención de la autoridad del tutor en todos los actos jurídicos que pueden ser causa de obligarse el pupilo (Leyes 15 y 16, Tít. 16, Partida VI).

Las obligaciones del tutor una vez terminada la tutela, se reducían a la rendición de cuentas y entrega de bienes al pupilo con el saldo de productos que resultasen de su administración.

Para hacer efectiva esta obligación, competían al menor y a sus herederos la acción directa “tutelae” o la de “restitutionibus distrahendis”, cuando presentadas las cuentas resultaran reparos fundados que oponerle y hubiera que reclamar por no hallarse comprendido lo reclamable en lo que debiera ser objeto de restitución por parte del tutor; y, a favor de este, la acción “contraria” de “tutela”, para obtener del pupilo o de sus herederos el reintegro de gastos que fuesen abonables al tutor por razón del desempeño de su encargo (Ley 21, Tít: 16, Partida VI).

La tutela se extinguía total o parcialmente. Respecto del tutor, lo primero, por la muerte del pupilo, por su adopción plena o su arrogación, o por llegar a la

edad de la pubertad (Ley 21, Tít. 16, Partida IV); lo segundo, por cumplimiento del plazo o condición señalada en la tutela, la muerte, la interdicción civil, excusa, remoción del tutor (Ley 21, Tít. 16 Partida VI).

Era obligatorio promover la remoción del tutor, para la madre, abuela, hermana o nodriza del pupilo, y cualquiera, en defecto de estas personas, podía entablar dicha acción, por su carácter de “pública” en interés de los menores (Leyes 2., 3. y 4., Tít. 18, Partida VI).

4. Intervención de la autoridad judicial para lo que se llamaba el discernimiento del cargo, constituyendo ésta con la tutela y la curatela, el sistema o régimen tutelar del Derecho inmediatamente anterior al Código Civil.”²⁷

Por su parte, Sánchez Román, en un análisis sumario del Código Civil Español de 1889, referente al derecho de familia, señala lo siguiente: “en cuanto a *la guarda de los menores é incapacitados*, es bastante considerable la novedad del Código. Suprime la curatela y unifica la institución para todos los casos, edades y circunstancias, bajo el nombre de *tutela*, prescribiendo que sea siempre *uno solo* el tutor de cada persona necesitada de él, y no varios, como antes era posible que la desempeñaran distintos simultáneamente, respecto de un mismo tutelado. Crea la institución del *protutor* que habrá de tener, además, todo el que tenga tutor, tanto para los casos de incompatibilidad de intereses entre el tutor y el menor ó incapacitado, en que antes se acudía al nombramiento del llamado curador *ad litem*, como para ejercer una especie de fiscalización que garantice el buen desempeño de la tutela. Reconoce las tres clases conocidas, de tutela testamentaria, legítima y dativa, si bien el tutor de esta última especie ha de ser nombrado por el *Consejo de familia*, nueva institución en nuestro Derecho; este Consejo, compuesto de ciertos parientes, y, en su defecto, completado hasta el número de *cinco vocales* por vecinos honrados, tiene importantísimas atribuciones que el Código enumera, y funciona bajo las reglas que el mismo consigna, con un

²⁷ *Idem.*, pp. 86-90.

marcado carácter deliberante y parlamentario, sustituyendo en muchos casos, con mayores y muy amplias atribuciones, á la intervención que, según el Derecho anterior, tenían los Jueces de primera instancia en ciertos asuntos de menores é incapacitados, y aun en otros de que aquéllos no podían conocer.

Introduce, por último, la novedad del llamado Registro de tutelas que ha de llevarse con cierta minuciosidad y gratuitamente en todos los Juzgados de primera instancia, por uno de los Secretarios judiciales del mismo.”²⁸

1.4 DERECHO MEXICANO

Como se mencionó al inicio del capítulo, en cuanto a los antecedentes históricos de la tutela en el Derecho Mexicano circunscribiríamos nuestro estudio sumario en los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, así como, en la Ley Sobre Relaciones Familiares, ya que constituyen el antecedente inmediato de la legislación vigente en la materia.

En la elaboración del Código de 1870, intervinieron las voluntades del entonces presidente de la República Don Benito Juárez García, y de el doctor Justo Sierra, a quien le encargo el Benemérito de las Ameritas la redacción del proyecto, y, que después de un proceso arduo y azaroso, se promulgó el referido código el 8 de diciembre de 1870.

Sus fuentes directas son el Proyecto Sierra, el cual tenía como base al Derecho Romano, los antiguos códigos españoles, llamado Código Albertino, los de Austria, Holanda y Portugal, el proyecto de 1851 de Florencio García Goyena y como directriz de todos estos Códigos, el Código Napoleónico de 1804.

²⁸ *La Codificación Civil en España*, Editorial Analecta, Pamplona, España, 2002, pp. 60-61.

El código de marras define a la tutela en el artículo 430, diciendo que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos.

En cuanto a los incapaces que no estén bajo la patria potestad, están sujetos a tutela; el código determina con precisión, quienes tienen incapacidad natural y legal e incapacidad legal.

En cuanto a la interdicción por prodigalidad se refiere estaba regulada por los numerales 472, 473 y 475.

El código admite siguiendo la tradición jurídica tres clases de tutela, a saber: testamentaria, legítima y dativa.

1) Tutela testamentaria.

Al respecto se preceptuaba que los que ejercían la patria potestad, aún cuando sean menores, tenían derecho de nombrar tutor testamentario, a aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del desheredado y el hijo póstumo.

2) Tutela legítima:

Trata en primer término la tutela legítima de los menores de edad; en segundo término la tutela legítima de los mayores de edad; finalmente la interdicción por prodigalidad.

3) De la tutela dativa.

En atención a lo dispuesto por el artículo 555, el tutor dativo es nombrado por el juez, si el menor no ha cumplido catorce años, más si es mayor a tal edad será el menor quien nombre al tutor y el juez confirmará la designación.

Los supuestos de la tutela dativa son los siguientes:

- 1) Presencia de un menor o mayor incapacitado;
- 2) Que no haya quien ejerza la patria potestad en el primero de los casos indicados;
- 3) Que no haya tutor testamentario;
- 4) Que no exista tutela legítima, es decir, que no haya ninguno de los parientes avocados a ejercer la tutela legítima.

El código, además, establece la general inhabilidad de la mujer para el ejercicio de la tutela.

De acuerdo con Rendón Ugalde el Código Civil de 1884: “es una reproducción casi literal del Código de 1870, es decir, la mayor parte de los artículos del Código de 1884 derivan de aquél; y a pesar del análisis tan profundo a que fue sometido el Código de 1870, sólo hubo cambios de forma pero no de fondo que quedaron plasmados en este nuevo Código.

Formulado durante el porfirismo, tuvo como su semilla primaria el Proyecto Macedo; recibiendo la influencia de los Códigos Francés, Italiano y Portugués de la época.

Entre los cambios de forma que introdujo este Código podemos mencionar los siguientes:

A) En su artículo 803 toma la definición que de la tutela se había dado en el Código de 1870, pero agrega que el objeto de la tutela también sería la reprobación interina del incapaz.

B) Suprime la figura de la incapacidad llamada *prodigalidad*, que tuvo como origen remoto la Ley de las XII Tablas, y que consistía en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastado de modo que se consuma más de lo que importen las rentas o utilidades de los bienes en cosas vanas e inútiles. El remedio para esa fórmula era el estado de interdicción y el sometimiento a curatela.

C) El Código de 1870 contenía tres capítulos subsecuentes sobre declaración de estado, interdicción de los prodigos y sobre estado de interdicción. En el Código de 1884 se excluyen dos de ellos subsistiendo solamente el relativo al estado de interdicción, que mantiene vigencia hasta nuestros días, permaneciendo en el cuerpo tradicional de la tutela, en todo nuestro sistema jurídico, las tres formulas que ya anteriormente hemos consignado: testamentaria, legítima y dativa.”²⁹

En la exposición de motivos de la Ley Sobre Relaciones familiares de 1917, citada por Zavala Pérez, se expresó por lo que a nuestra materia compete lo que a continuación se escribe:

“Que por idénticas razones se hace también necesario reformar las leyes sobre la tutela, a fin de que se imparta una protección eficaz a los sujetos a ella, remediando los innumerables abusos que constantemente se cometen.

Que, en materia de tutela, a fin de que esta llene debidamente el objeto para que fue instituida, se ha creído conveniente desde luego, extenderla no solamente a los incapacitados que menciona el Código Civil, sino también a los

²⁹ *La Tutela*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, pp. 21, 22.

ebrios habituales, cuya conducta, ya se considere el resultado de un vicio, ya la consecuencia de una enfermedad, amerita que se tomen cuidados constantes en la persona y bienes del interesado, quien no podría proporcionárselos por sí mismo, debido al estado patológico en que se encuentra; que las demás modificaciones hechas en tan importante materia, tienen por objeto hacer más eficaz la protección concedida a los incapacitados y más efectiva la vigilancia que sobre los tutores deben ejercer las autoridades.

No obstante el anuncio indicado, la mayor parte de sus disposiciones son idénticas a las contenidas en el Código de 1884; lo único que varía son los números de los capítulos y de los artículos.

La única innovación que puede ser considerada como tal incide en la hipótesis de la incapacidad, ya que el artículo respectivo adiciona una fracción: IV.- Los ebrios habituales.”³⁰

El profesor Chávez Asencio escribe al respecto: “como principales variantes se destacan las siguientes: salvo en el Código vigente, donde se señala que la tutela es un cargo público, en los demás ordenamientos legales se decía que la tutela era un cargo personal, pero todos consignan que sólo podía eximirse por causa legítima (Arts. 438, 411, 305). En el código actual los órganos de la tutela son: el tutor, el curador, el Juez de lo Familiar, el Consejo Local de Tutelas y el Ministerio Público (Art. 454), en los códigos anteriores y en la Ley sobre relaciones familiares sólo se menciona al tutor y al curador y en el último ordenamiento legal se decía que “la tutela se desempeñaba por el tutor, con intervención del curador en los términos establecidos por la ley” A diferencia del vigente, en los anteriores se hablaba del diferimiento de los cargos; el Código de 1870 señala el diferimiento del tutor, y señalaba que lo sería en testamento, por ley, por elección del mismo incapaz confirmado por el juez, y por nombramiento exclusivo del juez.”³¹

³⁰ *Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2006, pp. 364-365.

³¹ *La Familia en el Derecho*, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, quinta edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004, p. 342.

“En la sistemática comprendida en las cuatro leyes que han tenido vigencia en nuestro medio, también se han incluido capítulos sobre las *personas inhábiles para el desempeño de la tutela*, así como de los *excusas* y de las *garantías* que deben prestarse para su desempeño, de las *cuentas de su administración*, y de las formas de su *extinción*. Se ha legislado también sobre la entrega de los bienes y finalmente se han determinado las funciones del Curador. El Código vigente culmina esta institución con la creación de los Consejos Locales de Tutela y de los Jueces de lo Familiar. Como colofón se incluye al *estado de interdicción*.”³²

³² MAGALLÓN IBARRA, Jorge, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de Familia, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001, pp. 596-597.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TUTELA EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE MEXICANO

En este capítulo se abordará el estudio de la tutela en el derecho objetivo vigente, comenzando con el marco que regula a la misma, para después proporcionar algunas definiciones en torno a ella, se hablará de su naturaleza jurídica, de sus diferencias con la patria potestad, de su objeto y sus fines y por último de la constitución de la misma.

2.1 MARCO NORMATIVO

Por marco normativo entendemos el conjunto de normas jurídicas específicas, comprendidas en distintos cuerpos legales, que regulan de manera integral una institución jurídica determinada.

En cuanto a la tutela se refiere son cinco los textos jurídicos en el Distrito Federal que preceptúan sobre el tópico, a saber:

1) Código Civil para el Distrito Federal; preceptúa sobre la materia en el: Libro Primero; De las Personas; Título Noveno; De la tutela; del artículo 449 al 640, distribuidos en Quince Capítulos.

2) Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal; reglamenta en el: Título Decimoquinto, De la Jurisdicción Voluntaria; Capítulos II y III, Del nombramiento de tutores y curadores y discernimiento de estos cargos, y, De la enajenación de los bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos, respectivamente; del artículo 902 al 922.

3) Ley del Notariado del Distrito Federal; la regula en el Título Segundo, Del ejercicio de la función notarial, Capítulo II, De la actuación Notarial, Sección Tercera, De las actuaciones y documentos notariales, A. Escrituras, artículo 124 Bis.

4) Ley Órgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; regula en el: Título Sexto, De los auxiliares de la administración de justicia; Capítulo II, De los Interventores, Albaceas, Tutores, Curadores y Depositarios; artículo 100.

5) Estatuto Orgánico del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal; regula en el Capítulo I, Del ámbito de competencia, organización y patrimonio, artículo 3, fracciones X, XI.

Asimismo Chávez Hernández expresa que recientemente en Latinoamérica la defensa por el Derecho de Familia y por en ende de la Tutela se esgrime a partir de los textos constitucionales, respecto a nuestro país el marco jurídico se haya en el artículo cuarto, y escribe lo siguiente: “así pues en el artículo cuarto se ordena la protección de la ley a la organización y al desarrollo de la familia; el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; el derecho de toda familia a disfrutar de vivienda digna y decorosa; los derechos que niños y niñas tienen a la satisfacción de sus

necesidades de alimentación, salud, educación y sano espaciamiento para su desarrollo integral, teniendo los ascendientes, tutores y custodios el deber de preservar estos derechos apoyados por las acciones que provea el Estado para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.”³³

2.2 CONCEPTO JURÍDICO

El Diccionario de la Lengua Española, respecto a la tutela dice lo siguiente: “Del lat. *tutela*, Autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil.”³⁴

Por su parte el Diccionario Jurídico Mexicano define la tutela como: “(del latín *tutela*, que a su vez deriva del verbo *tueor* que significa preservar, sostener, defender o socorrer. En consecuencia da una idea de protección). En su más amplia acepción quiere decir el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria –en su beneficio- tal protección.”³⁵

Para Chávez Asencio la tutela “es una institución formada por un conjunto de reglas de Derecho de orden público, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, tienen incapacidad legal y

³³ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, *Panorama Internacional del Derecho de Familia*, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Tomo I, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp, 143-144.

³⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Tomo II, Editorial Espasa, Madrid, España, 2001, p. 2247.

³⁵ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, decimocuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, p. 3187.

natural o solamente la segunda para gobernarse así mismos, y que responde a una necesidad social en beneficio de los menores e incapaces.”³⁶

La maestra Sara Montero Duhalt afirma que: “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.”³⁷

Por su parte Gutiérrez y González la define en los siguientes términos: es una figura jurídica por la cual, a través de las formas que establece la ley, se confiere a un incapacitado, al cual se designa pupilo (A) por cualquier causa que lo sea, y que carece de quien ejerza respecto de él la patria potestad, una persona capaz, que se designa como tutor o tutriz, que va a realizar respecto de él y de sus bienes pecuniarios, todos los actos de representación para su cuidado y el ejercicio de sus derechos.”³⁸

Al respecto Rafael de Piña señala: “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 suficiente para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica.”³⁹

Para los tratadistas argentinos Bossert y Zannoni la tutela “es una institución destinada al cuidado y dirección de los menores de edad que no están sujetos a la patria potestad, sea por que ambos padres han muerto, o por que los menores son de filiación desconocida, o porque aquéllos han sido privados de la patria potestad.”⁴⁰

³⁶ CHÁVEZ ASECNCIO, Manuel, *Ob. cit.*, p. 346.

³⁷ *Derecho de Familia*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, p. 359.

³⁸ *Derecho Civil para la Familia*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004 p. 613.

³⁹ *Elementos de derecho Civil Mexicano*, Volumen I, vigesimotercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004, p. 385.

⁴⁰ *Manual de Derecho de Familia*, quinta edición actualizada y ampliada, cuarta reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 593.

Nosotros consideramos que la tutela es la institución jurídica que propende el cuidado personal; la representación jurídica y la administración del patrimonio de los que no estando bajo la patria potestad se encuadran en los supuestos de incapacidad que los imposibilita jurídicamente a actuar por sí mismos en el ejercicio de sus derechos.

2.3 NATURALEZA JURÍDICA

Antes de comenzar este tema creemos pertinente tener una noción general de los sistemas tutelares que existen en la actualidad, ya que, en atención a las diferentes funciones que se les asignan a los actores tutelares en dichos sistemas, los tratadistas pueden ceñir su postura sobre lo que consideran es la naturaleza jurídica de la tutela.

En el derecho comparado se clasifican regularmente en tres grupos los sistemas tutelares; uno de ellos adopta la tutela de autoridad; otro la tutela de familia y otro el sistema mixto.

El primero estima que la protección al pupilo es un asunto que concierne al Estado y por tanto no puede estar delegada en los organismos privados, encomendándose en unos casos a las autoridades judiciales al considerar que se trata de una cuestión jurídica y en otros a las autoridades administrativas por estar más vinculadas al trabajo social conociendo mejor la situación de los incapaces, instituyen este sistema; Alemania, Austria, Estados Unidos, Brasil, Inglaterra e Italia, por mencionar algunos.

El segundo sistema tiene influencia del Código de Napoleón, la tutela es una función propia de un consejo de familia, integrado por parientes y amistades, donde el primero se le erige como órgano fundamental, ya que sólo sus

integrantes al estar unidos en parentesco cuentan con afectos y sentimientos de solidaridad fraternal del que puede prescindir el primero. Siguen este sistema Francia, España y Portugal, entre otros.

El último de los sistemas es en el que se ubica nuestro Derecho de Familia que se distingue por la síntesis de los dos anteriores, ya que la familia cuenta con una participación activa, lo mismo que las autoridades administrativas y judiciales encarnadas en el Ministerio Público, Consejo Local de Tutelas y Juez de lo Familiar respectivamente, adoptándolo también países como Chile, Uruguay, Paraguay, Nicaragua, por mencionar algunos.

Abordando el subtema que nos ocupa, en la doctrina se presentan contrapuntos, ya que la naturaleza jurídica de la tutela es por diversos autores encuadrada en una institución jurídica; en un poder; en una función pública; en un órgano de representación; en una carga pública y en una protección, cuidado o guarda, prescindiendo por tanto de una opinión unánime.

Normalmente, es en el inicio de las definiciones que se dan de la tutela, donde los tratadistas se manifiestan respecto de la naturaleza jurídica, así también, incurren en confundir las características de la tutela, con la nota esencial de la figura en estudio.

En este sentido Galindo Garfías escribe al respecto en los siguientes términos: “la doctrina en materia de tutela, maneja los calificativos con gran variedad. Ruggiero y Clemente de Diego la definen como un *poder* conferido a una persona para cuidar a otra; Planiol afirma que es una *función* jurídica conferida a una persona capaz para cuidar a un incapaz y administrar sus bienes; Bonnacase expresa que es el *organismo* de representación de los incapaces que interviene tanto en materia de minoridad como en materia de interdicción; Laurent, la define como la *carga pública* impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social; Enneccerus la denomina como el

cuidado llevado bajo la inspección del Estado por una persona de confianza (el tutor) sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo que por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación; Mateos Alarcón la considera como el *cargo público* que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural y legal o sólo la primera.”⁴¹

Entre los autores que enmarcan a la tutela como una *institución jurídica* y de los cuales ya se proporcionó su definición, encontramos a: Chávez Asencio, Montero Duhalt, Rafael de Piña y Bossert y Zannoni, entre otros.

Manuel Chávez Asencio expresa respecto a la naturaleza jurídica de la tutela lo siguiente: “es evidente que la tutela es una institución, a semejanza de cómo puede serlo también cualquier otra figura jurídica que en Derecho encontremos, pues como institución, siguiendo a Bonnecase, se entiende un conjunto de reglas de Derecho, que se penetran unas a otras hasta el punto de constituir un todo orgánico, que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho, y derivadas todas de un hecho único fundamental de orden físico, biológico, económico, moral o meramente social, cuando no se reúnen en todos esos diversos aspectos; este hecho origen y base de la institución la domina necesariamente ordenando su estructura y desarrollo.”⁴²

En el mismo tenor el tratadista español Federico Puig Peña comenta: “entendemos que es preferible hablar de una institución jurídica; es decir, de un conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos que estructuran ese designio importantísimo de la asistencia normal a los jurídicamente incapaces. Esta institución es, desde luego *social*, porque afecta a uno de los puntos más interesantes del agregado humano que integra el cuerpo político, llenando uno de los vacíos que en el mismo se observa; es también *moral*, por tanto da solución a gravísimos problemas de conciencia; es de

⁴¹ *Derecho Civil*, decimaoctava edición, Editorial, Porrúa, S.A., México, 1999, p. 714.

⁴² CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *Ob. cit.*, p. 345-346.

matiz *económico*, porque gracias a ella se produce el cuidado de todo un patrimonio base de la económica del Estado; pero ante todo es *jurídica*; nace en el campo del Derecho, vive dentro de la ley y se matiza en el ramaje máspreciado del ordenamiento jurídico.”⁴³

Nosotros somos partidarios de ubicar la naturaleza jurídica de la tutela dentro de una institución legal, ya que es ahí donde tiene su génesis, amén, entorno a ella coexisten un conjunto de normas sustantivas, adjetivas, orgánicas, estatutarias y notariales, que forman un sistema concatenado orientado a regularla integralmente.

Como se comentó algunos tratadistas llegan a confundir la naturaleza jurídica de la tutela con sus características, por lo que es menester hacer una relación de estas:

Montero Duhalt señala las siguientes: a) Es un cargo de interés público; b) Irrenunciable; c) Temporal; d) Excusable; e) Unitario; f) Renumerado; g) Posterior a la declaración de interdicción y h) Removible.

Para Chávez Asencio la tutela presenta las siguientes características: a) Es de orden público; b) Obligatoria; c) Guarda y representación del menor o del incapaz; d) Cargo renumerado; e) General; f) Su origen esta en la ley; g) Supletoria, h) Personal; i) Unidad tutelar; j) Temporal; k) Excluyente de la patria potestad en la testamentaria.

Rendón Ugalde propone las siguientes: a) Cargo de interés público; b) Supletoria; c) Irrenunciable; d) Excusable; e) De término fatal; f) Unitaria; g) Retribuida; h) General; i) Personalísima; j) Removible; k) Legal y l) Voluntaria.

⁴³ *Tratado de Derecho Civil Español*, Derecho de Familia, Volumen II, Editorial, Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1971, pp. 403-404.

2.4 DIFERENCIAS ENTRE TUTELA Y PATRIA POTESTAD

Con antelación de señalar las diferencias entre ambas instituciones, para su mejor comprensión, creemos que habría que tener un concepto de lo que es la filiación ya que la patria potestad tiene su origen en aquella.

En este sentido, la filiación proviene “del latín *filiatio-onis*, de *filius*, hijo). La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo o hija se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo.”⁴⁴

Dicho lo anterior Galindo Garfias define a la patria potestad en los siguientes términos: “es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos.”⁴⁵

La Enciclopedia Jurídica Latinoamericana presenta como características de la patria potestad las siguientes; “es imperativa, su ejercicio es de interés público, es decir, no existe la libertad de ejercerla o no, y la persona sobre la cual recae no tiene posibilidad de renunciar a su ejercicio. Es imprescriptible, toda vez que su existencia no depende del ejercicio continuo o de la falta de ejercicio. Es inalienable e indelegable, dado que no puede transmitirse mediante convenio. Es temporal, pues se extingue por la mayoría de edad de los hijos e hijas o antes, si se actualiza alguna de las causas previstas por la ley, especialmente la emancipación por matrimonio.”⁴⁶

⁴⁴ ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004, p. 176.

⁴⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Ob. cit.*, p. 689.

⁴⁶ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Tomo VIII, Editorial U.N.A.M-Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2007, p. 214.

El autor mexicano que mejor analiza estas diferencias es Chávez Asencio quien dice al respecto: “se reconoce a la tutela como una institución supletoria de la patria potestad, en donde se dan similitudes entre ambas instituciones, pero no son idénticas. La institución que suple aún cuando haga referencia a la suplida, no puede ser igual a ésta ni por su origen ni por su naturaleza jurídica, según podemos observar a continuación:

a) *Fuente*. La patria potestad se origina del vínculo natural que surge de la consanguinidad, por la cual unos descienden de otros; puede originarse también de la adopción, y en ambos casos genera una relación paterno-filial. En cambio, la tutela se origina por el Derecho positivo, que crea y organiza la institución en las leyes, según las necesidades propias de cada país.

b) *Parentesco*. La relación jurídica que se genera con la patria potestad es de parentesco, que significa una situación o posición dentro de la familia que ocupan padres e hijos. La relación jurídica en la tutela es generada por la ley y puede no haber parentesco alguno entre tutor y pupilo.

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

d) *Afecto*. Fundamentalmente en la relación paterno-filial que se genera de la patria potestad, hay una relación de afecto y cariño que se establece entre ascendientes y descendientes. En cambio, la tutela se basa en la solidaridad humana por la cual unos responden para atender las necesidades de otros, en la medida en que es posible, para lograr la protección y cuidado de los menores.

e) *Institución*. En cuanto a la institución ambas lo son, pero la patria potestad es institución principal en cuanto que la tutela es subsidiaria, pues se da cuando no hay quien guarde a la persona y bienes de los que tienen alguna de las incapacidades, natural o legal, o solamente la segunda para gobernarse a sí mismos.⁴⁷ Al respecto se ha pronunciado la siguiente tesis aislada:

PATRIA POTESTAD Y TUTELA.

Es fundamentalmente distinta la situación jurídica de los menores que se encuentran sujetos a patria potestad y la de los que se encuentran sometidos a tutela, porque una y otra de estas instituciones de derecho civil, se rigen por disposiciones especiales, sin que puedan confundirse, dado que la patria potestad excluye a la tutela, desde el momento en que ésta únicamente se realiza para la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal, o sólo la segunda, para gobernarse por ellos mismos; regla general que sólo admite la excepción de la tutela interina o tutela específica, que es la que opera cuando, en casos especiales y determinados, los intereses del menor pueden estar en pugna con los de sus ascendientes en ejercicio de la patria potestad o de sus tutores; pero la misma está limitada al caso especial para el que fue diferida, de lo que se concluye que los artículos 248 y 399 de la Ley de Relaciones Familiares, vigente en el Estado de Michoacán, y que se refieren a la venta de los inmuebles de menores, no resultan contradictorios, puesto que los mismos rigen a casos distintos, toda vez que el primero comprende a los bienes de menores sujetos a patria potestad, y el segundo rige para cuando el menor se encuentra sujeto a tutela.

Amparo civil directo 6780/36. Arévalo León Amada. 7 de julio de 1937. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

2.5 OBJETO DE LA TUTELA

⁴⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *Ob. cit.*, p. 347-348.

Por la tutela se genera una relación jurídica, entre el tutor, por un lado y por el otro el pupilo; que comprende una serie de deberes, derechos y obligaciones cuyo objeto es la guarda de la persona, el cuidado de los bienes y la representación de quien tiene una incapacidad natural y legal o solamente la segunda. Intervienen además, el curador, el Juez de lo Familiar, el Consejo Local de Tutela y el Ministerio Público (454 C.C.). Es decir, se trata de una institución de protección al incapaz.

Al respecto Chávez Asencio señala: “la tutela tiene un triple objeto: el primero es la guarda y cuidado del incapaz, comprendiéndose dentro de este término al menor que tenga o no alguna incapacidad y a los mayores incapacitados. Nuestra legislación señala que en la tutela se cuidará preferentemente a la persona de los incapacitados (Art. 449 C.C.), dando preferencia a la persona sobre los bienes, lo que confirma el artículo 500 C.C: que previene que los menores de edad se les nombrará un tutor dativo aún cuando no tenga bienes. La guarda comprende el alimento y la educación del incapacitado en el concepto amplio de estos términos (Art. 537 fc.I).

Como segundo objeto está el cuidado de los bienes del incapaz. Habiéndose originado la tutela fundamentalmente para conservar el patrimonio familiar, se orienta actualmente a la protección y cuidado del menor, pero conserva lo relativo al cuidado y administración de los bienes, razón por la cual está en nuestro Derecho el cargo de curador, cuya obligación es vigilar al tutor y cuidar de los derechos e intereses patrimoniales económicos del incapacitado. Nuestra legislación cuidadosamente rodea de un marco protector al menor en relación a sus bienes.

Como tercer objeto está la representación del incapaz, pues al igual que la patria potestad, a la cual suple, el tutor representa al menor en todo momento,

dentro y fuera de juicio.”⁴⁸ En tal sentido se ha pronunciado la siguiente tesis aislada:

TUTELA, OBJETO DE LA.

El objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos; o bien, la representación interina del incapaz, en los casos especiales que señala la ley.

Amparo civil directo 96/42. Acosta Azpeitia Carmen. 25 de junio de 1942. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Emilio Pardo Aspe. Relator: Hilario Medina.

2.6 FINES DE LA TUTELA

Los fines de la tutela puede confundirse con el objeto de la misma, sin embargo creemos que estos tienen un contenido más amplio, ya que lo que se busca a través de la institución es la protección, cuidado, defensa, amparo, salvaguarda del incapaz, separándolo de atmósferas hostiles, creando las condiciones favorables y adecuadas para su desenvolvimiento, alejándolo de situaciones de desventaja y colocándolo en condiciones de participación jurídica, para evitar en la medida de lo posible que su incapacidad le impida participar en el cúmulo de relaciones jurídicas, sociales y afectivas.

También creemos que se busca un fin económico al preservar el patrimonio del incapaz, ya que éste representa en la economía de una Nación un factor de crecimiento y de seguridad jurídica de terceros que estén vinculados por una relación jurídica de la cual se derive un derecho real o subjetivo para las partes.

⁴⁸ *Idem*, pp. 334-335.

Al respecto escribe Lacruz Berdejo lo siguiente: “su finalidad inmediata es suplir o complementar la capacidad de obrar de quien no la posee en plenitud.”⁴⁹

En este sentido Fausto Rico escribe al respecto: “la finalidad de la tutela es la protección integral del pupilo, es decir, su protección en todas sus relaciones. Esta protección implica tanto un cuidado de tipo personal, como la representación del pupilo en todas sus relaciones jurídicas (patrimoniales o estrictamente personales) y la administración de sus bienes.”⁵⁰

“La tutela es, pues, actualmente un medio específico de ejecución de esa protección a los débiles, protección que puede afectar a la parte física, como cuando el Estado regula el trabajo de los niños; a la parte moral, cuando impone la instrucción obligatoria y toma disposiciones para la educación de los abandonados; y por último, cuando inspirándose en motivos sagrados de piedad y filantropía, establece instituciones de beneficencia, y reglamenta otras de carácter preventivo y represivo para el caso que los jóvenes infrinjan la ley y sean delincuentes.”⁵¹

2.7 CONSTITUCIÓN Y CAUSAS DE TERMINACIÓN

El autor ibérico Ruiz Serramalera entiende por constitución de la tutela “el camino que hay que recorrer hasta que la tutela queda legalmente establecida, se pueden distinguir varios momentos esenciales: el hecho causante de la misma; la iniciación del procedimiento para su constitución; las medidas previas o

⁴⁹ *Derecho de Familia*, Volumen II, tercera edición, Editorial José Maria Bosch, Barcelona, España, 1989, p. 275.

⁵⁰ *De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2006, p. 324.

⁵¹ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Ob. cit.*, pp. 516-517.

preliminares de defensa para el tutelado; el trámite de audiencia de las personas interesadas; la resolución definitiva; y la toma de posesión del tutor.”⁵²

Por su parte Asencio expresa lo siguiente: “procede, a continuación, entrar al aspecto formal de la institución, principiando por la constitución de la tutela, entendiendo por tal el conjunto de actuaciones necesarias para la guarda de la persona y bienes del menor o del incapacitado. Esta parte se dividirá en dos, una que comprende los actos previos y la segunda que comprende propiamente la constitución de la tutela.

Actos Previos:

a) *Fase provisional.* Antes de la designación del tutor, el otorgamiento de las garantías y el discernimiento del mismo, se requiere la protección y cuidado del menor o del incapacitado en su persona y bienes, para ello el juez de lo familiar cuidará provisionalmente de la persona y bienes de los incapacitados y debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses (Art. 634 C.C.). Lo que se hará como medida prejudicial (Art. 904 C.P.C.).

b) *Presupuestos.* Para que se ponga en movimiento la institución tutelar a través del juez de lo familiar, que es el primero que conoce del fallecimiento de quien ejercía la patria potestad sobre un incapacitado, o bien el fallecimiento del tutor ya designado, se requiere que se den ciertos presupuestos, que son:

1. *Competencia del juez.* Que en el lugar de la jurisdicción del juez se produzca el supuesto básico de la tutela.”⁵³ En tal sentido existe la siguiente tesis aislada:

⁵² *Derecho de Familia*, El Matrimonio, la Filiación y la Tutela, Editorial Realigraf, Madrid, España, 1988, p. 416.

⁵³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *Ob. cit.*, p. 370.

INCAPACITADOS, TUTELA DE. ES JUEZ COMPETENTE EL DEL DOMICILIO DEL TUTOR (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO DE PUEBLA).

Si ante dos Jueces de diferentes entidades federativas se promueven juicios de interdicción de un mayor de edad incapacitado, y en ambos se le designó tutor, y de las pruebas aportadas aparece precisado el lugar en el que se encuentra dicho incapacitado bajo el control del tutor que se le designó, de acuerdo con lo prescrito en los artículos 29 y 32, fracción II de los Códigos Civiles del Estado de Puebla y del Distrito y Territorios Federales, 74, fracción VIII, y 156, fracción IX, de los Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades antes mencionadas, es competente para conocer de esos juicios, el Juez del domicilio del tutor bajo cuyo control se encuentre el incapacitado.

Competencia civil 47/42. Suscitada entre los Jueces de Primera Instancia de lo Civil de Cholula, Estado de Puebla y Unico Pupilar de esta Ciudad de México. 1o. de julio de 1970. Cinco votos. Ponente: Ernesto Solís López.

Nota: En el Informe de 1970, la tesis aparece bajo el rubro "TUTELA DE INCAPACITADOS. JUEZ COMPETENTE EL DEL DOMICILIO DEL TUTOR."

"2. No exista persona que se encargue del menor. Esto se refiere a que no exista quien ejerza la patria potestad sobre quien tiene incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse a sí mismo, o bien, que no exista persona que hubiere acogido al expósito, o que el menor o incapacitado no estuviere en alguna institución de beneficencia pública o privada.

3. Informe al juez. Tienen obligación de avisar los parientes y personas con quienes hubiere vivido el menor o el incapacitado, quienes deben dar parte del fallecimiento de la persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien debe nombrársele tutor. También tienen responsabilidad los jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales.

c) Medidas provisionales. Conocido por el juez de lo familiar el presupuesto por el aviso que alguna de las personas o autoridades obligadas a darlo, debe

tomar todas las medidas necesarias de carácter provisional para que el incapacitado no sufra perjuicio en su persona o en sus intereses; el juez de lo familiar cuidará provisionalmente de la persona y bienes del incapaz, debiendo dictar las medidas necesarias para ello, hasta el discernimiento de la tutela. Para cumplir esta función, se auxiliará de las instituciones médicas, educativas y de asistencia social (Art. 468). El juez que no cumpla con lo anterior, además de las penas en que incurra conforme a las leyes, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces (Art. 469 C.C.).

En caso de declaración de incapacidad por causa de demencia deberá nombrársele un tutor interino en términos del artículo 904 C.P.C.”⁵⁴ En consonancia se ha pronunciado la siguiente tesis aislada:

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

Este Tribunal Pleno ha establecido que la garantía de audiencia prevista en el artículo 14, párrafo segundo de la Constitución, implica el seguimiento de las formalidades esenciales del procedimiento que garanticen una oportuna y adecuada defensa previa al acto de privación, consistentes en la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, el otorgamiento de la posibilidad de ofrecer pruebas y alegar en defensa, y el dictado de una resolución que dirima la cuestión debatida. Por su parte, el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula las diligencias prejudiciales del procedimiento de interdicción, estableciendo que tan pronto como se reciba la demanda, el Juez deberá ordenar las medidas correspondientes a asegurar la persona y bienes del señalado como incapacitado, poniéndolo a disposición de médicos alienistas, o bien, a través de informe fidedigno u otro medio de convicción que justifique la adopción de tales medidas. Asimismo, dispone que después de practicados los exámenes médicos y de advertirse al menos duda sobre la capacidad del presunto incapacitado, se le nombrará un tutor interino, quien tendrá la administración de sus bienes, salvo

⁵⁴ *Idem*, p. 371.

los de la sociedad conyugal, los cuales corresponde administrar al cónyuge. De lo anterior se advierte que la citada norma legal permite que se tomen determinaciones que restringen de manera absoluta la capacidad de ejercicio del señalado incapaz, con lo que se produce una afectación de tal entidad que constituye propiamente un acto de privación, sin que en ninguna parte del precepto legal se establezca la obligación de darle intervención desde el inicio del procedimiento de interdicción, para que esté en aptitud de alegar y probar su lucidez, además de que no existe un plazo perentorio para el ejercicio de la acción de interdicción, en el juicio ordinario que regula el artículo 905 del citado código adjetivo, lo que autoriza que las determinaciones tomadas en las diligencias prejudiciales puedan prolongarse indefinidamente, por lo que el citado artículo 904 resulta violatorio de la garantía de audiencia.

Amparo en revisión 579/99.-José Melgar Castillejos.-29 de noviembre de 1999.-Mayoría de siete votos.-Ausente: Juventino V. Castro y Castro.-Disidentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas.-Ponente: Mariano Azuela Güitrón.-Secretario: Humberto Suárez Camacho.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XI, marzo de 2000, página 93, Pleno, tesis P. XXXI/2000.

“Constitución.

Habiéndose dado los presupuestos consignados, la constitución definitiva de la tutela requiere otros supuestos de hecho y actuaciones judiciales para que la institución funcione en beneficio del menor o del incapacitado.

a) *Supuesto de hecho.* Se parte del supuesto de la existencia del menor o del incapacitado. Pero ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare en los términos que dispone el Código de Procedimientos Civiles, bien sea el estado de minoridad o el de incapacidad de la persona que va a ser sujeto a ella (Art. 462 C.C.). Por lo tanto, hay dos supuestos: el de los menores de edad, a los que les corresponde la tutela de menores, en relación a los cuales es necesaria la declaración de minoridad; y el de los mayores de edad, a los que le corresponde la

tutela de incapaces, en relación a los cuales es necesaria la declaración de interdicción.

b) *Menores*. Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad de la persona que va a ser sujeta a ella. Si a la petición de declaración de minoridad se acompaña la certificación del Registro Civil, se hará la declaración de plano. En caso contrario, se citará inmediatamente a una audiencia dentro del tercer día a la que concurrirá el menor si fuere posible y el Ministerio Público. En ella, con o sin asistencia de éste y por las certificaciones del Registro Civil, si hasta ese momento se presentaron, por el especto del menor, y a falta de aquéllas o de la presencia de éste, por medio de información de testigos, se hará o denegará la declaración correspondiente (Art. 903 C.P.C.).

Como menores que pueden ser sujetos a tutela, encontramos los siguientes casos:

1. *Terminación de la patria potestad*. Como primer caso esta el que no exista la patria potestad porque ésta se hubiere acabado con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga (Art. 443 fc I C.C.).

Está es la tutela por excelencia de un menor sin patria potestad y el más importante supuesto de hecho que puede presentarse.

2. *Adopción*. La muerte del adoptante que sobreviva puede generar la tutela testamentaria en términos del artículo 481 C.C. Si no hay disposición testamentaria, los ascendientes ejercerán la patria potestad.

3. *Emancipados*. La emancipación hace referencia al menor, en cuyo caso el matrimonio la produce. Aún cuando tiene libre administración de sus bienes, requerirá de tutor dativo para negocios judiciales (Art. 499 y 643 fc. II C.C.).

También el emancipado requerirá tutor legítimo cuando deba nombrársele por causa de divorcio (Art. 482 fc. II C.C.).

4. *Pérdida de la patria potestad.* Como supuesto se puede presentar también la pérdida de la patria potestad por quien la ejerza y no hubiere otra persona en quien recaiga. Este supuesto se presenta en los siguientes casos:

Por condena. Cuando hubiere sentencia que condene a quien la ejerza expresamente a la pérdida.

En caso de divorcio. En la hipótesis del divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 C.C., el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso.

Violencia familiar. En este supuesto, cuando la violencia se ejerza contra el hijo en los términos de la fracción III del numeral 444 C.C.

Por incumplimiento reiterado de la obligación alimentaría.

Por la exposición o abandono por más de seis meses del hijo.

Por delito en contra del hijo o de terceros en los términos de las fracciones VII y VIII.

5. *Suspensión* de la patria potestad. En los casos de suspensión de la patria potestad puede quedar el menor en situación de desamparo, de tal forma que requiere la designación de tutor. Como causas de suspensión la ley prevé las siguientes:

Incapacidad. Se suspende por incapacidad declarada judicialmente del padre o de la madre. En este caso se requiere de sentencia que declare el estado de interdicción al que esté ejerciendo al patria potestad y que no hubiera otro pariente en quien recayera.

Ausencia. La ausencia declarada en forma también suspende la patria potestad: si existe el otro padre éste ejercerá la patria potestad. En caso contrario y no habiendo abuelos maternos o paternos, deberá designarse tutor.

Culpabilidad. Por último, está el caso de que por sentencia condenatoria se imponga como pena la suspensión, que puede hacer referencia tanto a sentencia civil como penal.

6. *Causas imputables al tutor.* Así como corresponde la designación del tutor en caso de que no hubiere quien ejerza la patria potestad, también será necesaria la designación de un tutor cuando el designado fuere sujeto a la interdicción, hubiere fallecido, o estuviere ausente, para ser congruente con lo antes expuesto.

7. *Menores abandonados.* En el caso de los expósitos la ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya recogido, quien, sin necesidad de discernimiento, tendrá las mismas obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. Se trata de una tutela de hecho que no requiere la designación, aceptación y discernimiento del cargo. También están dentro de este rubro aquellos que sean recibidos por las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia, en cuyo caso los tutores serán los directores quienes desempeñaran la tutela con arreglo a las leyes y a lo que prevengan sus respectivos estatutos, lo cual indica que tampoco se requiere discernimiento del cargo.⁵⁵ Al respecto aparece la siguiente tesis aislada:

⁵⁵ *Idem*, pp. 372-373.

TUTELA. EXPÓSITOS SUJETOS A LA.

El artículo 440 del Código Civil del Estado de Michoacán, señala que sin necesidad de discernimiento del cargo, los derechos de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciben expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a los estatutos del establecimiento; disposición que resulta inaplicable cuando los padres depositan temporalmente al menor en una institución de esta naturaleza para su alimentación y atención escolar, con la oportunidad de visitarlo regularmente, condición que es distinta a la de un expósito, entendiéndose a éste como quien es "echado" o abandonado por sus padres en un hospital, casa particular o en algún paraje público o privado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 142/94. Rosa del Carmen Verduzco Verduzco y coagraviada. 2 de septiembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Valdés García. Secretario: Luis Ángel Hernández Hernández.

“c) *Incapacitados*. En estos casos se requiere la previa declaración de incapacidad por disponerlo tanto el Código Civil como el Código Procesal. Esta declaración de incapacidad se obtiene por sentencia en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino, ante el juez de lo familiar.”⁵⁶

En este sentido Quintanilla García define a la interdicción diciendo: “es el estado de una persona que, careciendo de las aptitudes naturales para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, ha sido declarada incapaz por sentencia judicial, y sometida, en consecuencia, a la guarda y autoridad de un tutor que la represente legalmente en los actos de su vida civil.”⁵⁷

Güitrón Fuentesvilla respecto a la interdicción escribe lo siguiente: “este concepto significa vedar, prohibir, privar de derechos por mandato de la ley o estado de una persona, declarada judicialmente incapaz para realizar actos de la

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ *Lecciones de Derecho Familiar*, Editorial Cárdenas, Editor Distribuidor, México, 2003, p. 93.

vida familiar, civil, privada, así como para la administración de su persona y sus bienes.

Genéricamente, impide a una persona, realizar alguna conducta o un acto determinado. Es la situación de alguien, a quien por medio de una instancia judicial, se le priva de determinados derechos.”⁵⁸ Al respecto aparece la siguiente tesis aislada:

INTERDICCIÓN, SENTENCIA QUE LA DECLARA. SU NATURALEZA.

La sentencia que declara la interdicción es declarativa y constitutiva, en tanto que, aparte de que proclama el estado de incapacidad, crea una relación jurídica y da nacimiento a un nuevo estado, motivo por el que, precisamente por su carácter de constitutiva, como generalmente sucede con ese tipo de fallos, sus efectos empiezan cuando ha alcanzado la autoridad de cosa juzgada.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo en revisión 214/88. Eduardo Hinojosa Aguirre. 26 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Figueroa Cacho. Secretario: Juan Manuel Rochín Guevara.

“Pueden pedir la declaración de incapacidad: el cónyuge, los presuntos herederos legítimos, el albacea y el Ministerio Público, según dispone el artículo 202 del Código Procesal. Como la enumeración es limitada, conviene cuestionar si alguna otra persona que conozca de un incapacitado está posibilitada para actuar.

Por tratarse la tutela de una institución de orden público que procura la protección del incapacitado en su persona y bienes, quien conozca de un caso, deberá actuar a través del Ministerio Público poniendo en su conocimiento los

⁵⁸ *Nuevo Derecho Familiar*, En el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000, Editorial Porrúa, S.A., México, 2003, p. 339.

hechos, y como medida de precaución informar al juez de lo familiar de la moción que está haciendo ante el representante social.

Están comprendidos los mayores de edad que tengan alguna incapacidad de las consignadas en la fracción II del artículo 450 C.C.”⁵⁹

“d) *Designación del tutor*. Lograda la sentencia que declare el estado de minoridad o incapacidad, que como requisito previo para el nombramiento de tutor exige el artículo 462 C.C. y habiendo, por lo tanto, concluido el juicio ordinario previsto en el artículo 904 C.P.C., se hará la designación de tutor.

La designación del tutor recaerá en la persona que en caso de tutela testamentaria señala el autor de la herencia; en caso de la legítima se confiere en orden al inmediato parentesco, a los colaterales hasta el cuarto grado y toca al juez la elección en caso de pluralidad de posibles tutores; decidirá el juez en caso de tutela dativa para que cierta persona desempeñe dicha función de entre los que figuran en la lista firmada por el Consejo Local de Tutelas.

1. *Inhábiles*. Para desempeñar el cargo de tutor se requiere tener la capacidad especial que esta institución requiere; deben reunirse las condiciones estrictas en orden a la moralidad y buenas costumbres. Es un cargo de orden público y debe tenerse plena capacidad civil y probada moralidad.

Como causas de impedimento están las previstas por el artículo 503 C.C. que señala a las personas inhábiles para el desempeño de la tutela, y que son las siguientes:

Incapaz. Lógicamente los menores de edad y los mayores de edad que se encuentren bajo tutela no pueden ser hábiles para el desempeño del cargo. Están excluidos por su misma incapacidad o minoridad.

⁵⁹ CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *Ob. cit.*, p. 373.

Inhabilitados por delito. El que haya sido condenado en sentencia ejecutoria por delito doloso.

Inhabilitación procedente por inmoralidad. Dentro de este apartado podemos comprender los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado; esta causa de inhabilitación es amplia y comprende cualquier actitud perjudicial a la persona y bienes del incapacitado.

Se comprende también a los que por sentencia ejecutoria hayan sido condenados a la privación del cargo, y también a los que no tuvieren oficio o modo honesto de vivir o sean notoriamente de mala conducta.

Interés opuesto. No podrán ser tutores los que al discernirse la tutela tengan pleito pendiente con el incapacitado o fueren deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que hubieren sido designados en testamento y se hubiere reconocido la deuda.

Inhabilitación por función. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia, así como los empleados públicos de hacienda que tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hubieren tenido, son inhábiles por razón de su ocupación.

Domicilio. El que no este domiciliado en lugar en que debe ejercer la tutela está inhabilitado, pues difícilmente podrá hacerse cargo de la persona y bienes del menor o incapacitado.

Salud. Es inhábil quien padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela.

Estas causas previstas de inhabilitación para el desempeño de la tutela pueden ser opuestas antes de la designación del tutor, o bien después de haber sido designado e inclusive discernido el cargo, en cuyo caso quedará vacante la tutela y habrá necesidad de designar a otro en sustitución del que se declaró inhábil. Debemos tomar en cuenta que ningún tutor o curador puede ser removido de su cargo sin que previamente hayan sido oídos y vencidos en juicio (Art. 463 C.C.).”⁶⁰

“e) *Excusa*. Pueden excusarse de ser tutores, según dispone el artículo 511 C.C., por las siguientes razones:

1. *Por incompatibilidad de funciones*. Se pueden excusar los empleados y funcionarios públicos, así como los militares en servicio activo.

2. *Por razones personales*. Se comprenden dentro de este apartado los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; los que fueran tan pobres que no puedan atender la tutela sin menoscabo de su subsistencia; los que tuvieran mal estado habitual de salud; los que tuvieran sesenta años cumplidos; y los que tuvieran a su cargo otra tutela o curaduría.

3. *Por razón de incapacidad*. Se comprenden aquí los casos de inexperiencia en los negocios o los de aquellos que no estén aptos para desempeñar convenientemente la tutela.

La excusa se tramita ante el juez de lo familiar, a quien deberán hacerse saber los impedimentos o excusas que se deberán proponer simultáneamente si fueren varias; si se propone una sola, se entenderán por renunciadas las otras (Arts. 513 y 514 C.C.).

Mientras se califica el impedimento o la excusa, el juez deberá nombrar un tutor interino. Analizando el impedimento o la excusa el juez resolverá. Si es

⁶⁰ *Idem*, pp. 374-375.

desechada, el designado tiene la obligación de desempeñar la tutela; si no lo hace, perderá el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado y será responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo (Art. 517 C.C.).

f) *Aceptación*. Recordemos que el cargo de tutor es obligatorio y de interés público, del que nadie puede eximirse sino por causa legítima.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal previene que todo tutor, cualquiera que sea su clase, debe manifestar si acepta o no el cargo y prestar la garantía exigida por el Código Civil para que se le discierna el cargo, a no ser que la ley lo exceptúe expresamente. Se dispone de cinco días contados a partir de la notificación del nombramiento para que el designado proponga algún impedimento o excusa (Art. 906 C.P.C.). Cuando transcurra el término sin ejercitar el derecho, se entiende que renuncia a la excusa que pudiese tener (Art. 513 C.C.).”⁶¹

“g) *Garantías*.

1. *Consideraciones generales*. Quien confía la administración de sus bienes a un tercero tiene derecho a que este le garantice su gestión. En la tutela encontramos una situación más delicada, pues se trata de menores o incapacitados respecto a los cuales es necesario rodear de ciertas garantías la gestión del tutor en relación con la administración de los bienes, evitando que se extralimite y cause perjuicios al pupilo. Tal es el sentido que tiene el artículo 519 C.C. que previene que el tutor, antes de que se le discierna el cargo, prestará caución para asegurar su manejo.

2. *Personas obligadas y excepciones*. Podemos señalar que en términos generales todo tutor está obligado a prestar caución para asegurar el manejo de

⁶¹ *Idem*, p. 376.

los bienes del pupilo. Como todo principio admite excepciones, las que están consignadas en el artículo 520 C.C., hacen referencia a los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador, a no ser que sobrevenga una causa ignorada por él, que a juicio del juez y con audiencia del curador, haga necesaria la garantía. No está obligado a caucionar el tutor que no administre bienes. Tampoco caucionará su manejo el padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme a la ley sean llamados a desempeñar la tutela de sus descendientes, salvo que el juez lo crea conveniente. 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. Los directores de inclusas, hospicios y demás casa de beneficencia.

La garantía debe darla el tutor dentro de los tres meses después de aceptado el nombramiento. Mientras tanto administrará los bienes un tutor interino quien los recibirá por inventario solemne. Si no pudiere dar la garantía por las cantidades que señala el Código Civil, se procederá al nombramiento de nuevo tutor (Art. 531 y 532 C.C).

3. *Clases de garantías.* La caución puede consistir en hipoteca o prenda. Cuando el tutor no tuviere bienes en que constituir la hipoteca o prenda, podrá dar fianza (Arts. 519 y 526 C.C.). Podrán combinarse las garantías cuando los bienes no alcanzaren para cubrir la cantidad necesaria, así podrá garantizarse parte con hipoteca, parte con prenda y parte con fianza, o solamente con fianza a juicio del juez (Art. 527 C.C.).

En el actual Código se abrió la posibilidad de otorgar otras garantías, al expresar que se puede garantizar en cualquier otro medio autorizado por la ley.

La garantía se constituye en el caso de hipoteca, mediante escritura pública de la cual un testimonio se inscribirá en el Registro Público de la Propiedad del lugar de ubicación de los bienes; se otorga a favor del menor o incapacitado. La

garantía prendaria se constituye depositando las cosas dadas en prenda en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos y, a falta de ella, depositando los bienes en poder de persona de notoria solvencia y honorabilidad, en cuyo caso debe documentarse en un contrato privado con la forma exigida en el Código Civil. En el caso de fianza, al no limitarse a instituciones de fianza legalmente autorizadas, ésta bien puede otorgarse por personas físicas o morales que acepten constituirse en fiadores o por compañía legalmente autorizada.

Los documentos en que se constituya la garantía deberán exhibirse ante el Juez de lo Familiar, quien los conservará en autos.

Se encuentra en el Código otra forma de garantía. Cuando el tutor sea también coheredero del incapaz y no tenga más bienes que los hereditarios, la garantía será la misma porción hereditaria, a no ser que ésta no iguale a la porción del incapaz, pues en tal caso se integrará la garantía con bienes propios del tutor o con fianza (Art. 524 C.C.).

4. *Importe de la garantía.* El importe se fija según los bienes a garantizar. Se dará por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo. También por el valor de los bienes muebles. Por el valor de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio de un quinquenio, a elección del juez. Si se trata de negociaciones mercantiles e industriales, por el 20% del importe de las mercancías y demás efectos muebles calculados por los libros, si están llevados en debida forma, o a juicio de peritos (Art. 528 C.C.).⁶²

“h) *Discernimiento.* Aceptado el cargo por el tutor y otorgada la garantía, procede el discernimiento del cargo. El discernimiento del cargo, es el acto judicial por medio del cual el juez de lo familiar, después de comprobar que los intereses

⁶² *Idem*, p. 377.

del menor o incapacitado queden debidamente asegurados con la caución otorgada por el tutor, lo inviste de los poderes de representación y gestión de la potestad para el cuidado del menor, que requiere su ejercicio de tutela. Sólo después del discernimiento del cargo, el tutor puede realizar los actos propios de la función de la tutela.

El discernimiento se otorga después de haberse agotado el procedimiento que marca el Código Procesal, bien sea para el caso de minoridad o bien sea para la declaración de incapacidad en el juicio de interdicción. Al causar ejecutoria la sentencia, el juez de lo familiar discernirá el cargo al tutor definitivo (Art. 905 fc V y 906 C.P.C).⁶³

Al respecto escribe Baqueiro Rojas: "una vez que el juez familiar ha discernido el cargo al tutor y al curador, el tutor tiene obligación de presentar copia certificada de su nombramiento ante el Registro Civil, para que se registre, levantando al efecto acta especial y anotando al margen del acta de nacimiento del incapacitado, el nombramiento del tutor.

El acta de la tutela tendrá todos los datos necesarios para identificar al incapacitado: nombre, apellido, edad; la clase de incapacidad, el nombre y demás generales de aquellos que hayan tenido al incapacitado, bajo su patria potestad, así como los datos para identificar al tutor y al curador, haciendo mención de las garantías que el tutor haya dado para caucionar su manejo, ya sea señalando los datos generales del fiador, bienes dados en prenda o hipoteca; los datos necesarios para identificar al juez y el procedimiento en que se pronuncio el auto de discernimiento de tutor, así como la fecha del mismo. Debe hacerse notar que de acuerdo con el art. 90 del *Código Civil*, la omisión del registro es causa de responsabilidad del tutor y del curador, pero no impide a éstos entrar en el ejercicio de su encargo."⁶⁴

⁶³ *Idem*, p. 378.

⁶⁴ *Derecho Civil, Introducción y Personas*, Editorial Oxford, México, 2003, p. 254.

“Como excepción está el caso de los directores de inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia, quienes para el desempeño de su responsabilidad no requieren el discernimiento del cargo (Art. 494 C.C.).

En el caso de los expósitos bajo tutela de persona que los hubiere acogido, estamos en presencia de una tutela de hecho, y quien lo hubiera acogido tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores (Art. 492 C.C.). Es decir, la ley coloca a estos menores en tutela legítima del acogedor, quien tiene todas las facultades sin necesidad de discernimiento alguno pues por ley se le están dando todas las facultades.

l) *Registro de tutelas.* En los juzgados de lo familiar, bajo el cuidado y responsabilidad del juez y a disposición del Consejo Local de Tutelas, debe haber un registro de tutelas en el que se inscribirá el testimonio simple de todos los discernimientos que se hicieran de los cargos de tutor y curador (Art. 909 C.P.C.).”⁶⁵

“Por lo que respecta a la extinción de la tutela esta se da por desaparición de los supuestos de hecho, por causas relacionadas con el tutor y por suspensión del tutor. Propiamente la única causa de extinción es la primera que produce efectos definitivos. En cambio, en las otras el pupilo sigue dentro de la tutela y lo que cambia es la persona del tutor.

a) *Desaparición del supuesto de hecho.* Los supuestos de hecho son aquellos que estudiamos como necesarios para que la tutela se dé; como consecuencia, la desaparición de estos supuestos hará que la tutela concluya, y dentro de estos supuestos están los siguientes:

1. *Mayoría de edad.* En relación con la tutela de menores, que no estén además padeciendo de alguna otra incapacidad natural y legal, la mayoría de

⁶⁵ CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *Op. cit.*, p. 378.

edad extingue para ellos la tutela. Es la más clara y definitiva causa de terminación de la tutela que no origina duda alguna.

Llegado a la mayoría, que es un hecho natural, el mayor debe solicitar la entrega inmediata de sus bienes y la correspondiente rendición de cuentas.

2. *Muerte del incapacitado.* La muerte del incapacitado está contenida en el artículo 606 fc I C.C. Si no hay menor o incapacitado, no hay razón alguna para la continuación de la tutela.

3. *Reintegración a la patria potestad.* Es cuando el incapacitado sujeto a tutela entre nuevamente en patria potestad. Esta situación se presenta cuando es rehabilitado el ascendiente que la estuviere ejerciendo y hubiera sido suspendido por sentencia.

4. *Por adopción.* Si el pupilo es adoptado, el tutor participa en la adopción al otorgar su consentimiento, rinde cuenta y entrega los bienes al adoptante, concluyendo la tutela para el adoptado (Art. 606 fc. II C.C.).

5. *Reconocimiento.* Por virtud del reconocimiento el hijo habido fuera de matrimonio queda sujeto a la patria potestad del ascendiente que lo hubiere reconocido, o de ambos si así hubiera sido, concluyéndose necesariamente la tutela para el menor reconocido.

6. *Emancipación.* El matrimonio del menor de dieciocho años produce *de iure* su emancipación. El emancipado sólo requiere el tutor para negocios judiciales, pero será para casos determinados y el tutor que hubiere tenido deja su función.

7. *Desaparición de la causa de incapacidad.* Esto se presenta cuando se trata de tutela de mayores sujetos a ella por alguna incapacidad legal y natural.

Cuando el pupilo se cura deja de tener necesidad del tutor. Por sentencia judicial se reconoce que ha dejado de estar en interdicción y recupera plenamente el ejercicio de sus facultades y derechos.”⁶⁶

“b) *Por causa relacionadas con el tutor.* En estas circunstancias la tutela no concluye, pues se trata de una sustitución del tutor y son las siguientes:

1. *Muerte del tutor.* A la muerte del tutor que esté desempeñando la tutela, sus herederos o ejecutores testamentarios están obligados a dar aviso al juez, quien proveerá inmediatamente al incapacitado del tutor que corresponda, según la ley (Art. 518 C.C.).

2. *Remoción del tutor.* El tutor separado por alguna de las incapacidades que sobrevengan o se averigüen, que hacen inhábiles a la persona para el desempeño de la tutela, dentro de las cuales están las consignadas en el artículo 503 C.C.

También será separado de la tutela: el que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley ejerza la administración de la tutela; el que se conduzca mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado; el tutor que no rinda su cuenta dentro del término fijado por el artículo 590 C.C.; el tutor que se case con la persona que ha estado o está bajo su guarda y al que se refiere el artículo 159 C.C.; el tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que deba desempeñar la tutela (Art. 504 fc. VI C.C.).

Se debe tomar en cuenta que para lograr la remoción del tutor deberá seguirse un juicio, pues el artículo 463 C.C. previene que no puede ser removido sin que previamente haya sido oído y vencido, lo que se confirma por el artículo 914 C.P.C.

⁶⁶ *Idem*, pp. 388-389.

c) *Suspensión*. Existen algunos casos en que no hay cambio de tutor; no hay separación o remoción del mismo, sino que debido a circunstancias especiales el tutor queda suspendido, como pueden ser las siguientes: El caso del tutor que sea procesado por cualquier delito (Art. 508 C.C.). Si se pronuncia sentencia irrevocable que lo condene, será nombrado tutor definitivo según el caso; pero si es absuelto, volverá al ejercicio de su cargo; si es condenado a una pena que no lleve consigo la inhabilitación para desempeñar la tutela, volverá a ésta al extinguirse su condena, siempre que la pena impuesta no exceda de un año de prisión (Art 510 C.C.).

d) *Entrega de bienes*. El tutor es administrador de bienes y derechos ajenos. El que no entrega lo que tiene en su poder puede incurrir en delito, por ello se requiere previamente rendición de cuentas.⁶⁷ En este tenor insertamos la siguiente tesis aislada:

TUTELA, RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA.

Todo el que administra bienes ajenos, está obligado a rendir cuentas a los interesados en la administración, y si alguno de éstos es mayor de edad, con capacidad jurídica completa, puede aprobarlas sin restricción alguna; pero cuando la cuenta respectiva comprende bienes pertenecientes a personas incapacitadas, menores de edad, o sujetas a tutela, las cuentas administrativas no pueden rendirse al incapacitado, en razón de la misma incapacidad que lo inhabilita para aprobarlas. Teniendo en cuenta esa situación, la ley, en auxilio de los incapacitados, ha creado instituciones jurídicas que tienen por objeto cuidar de los bienes y derechos del incapacitado, y por tal motivo, la autoridad judicial y las instituciones creadas por el legislador, intervienen en la administración de los bienes de los incapaces, en la rendición de las cuentas de sus bienes y en la aprobación de ellas, en tanto continúa en incapacidad. En el código procesal vigente, fueron creados Jueces especiales para intervenir en la administración de los bienes de los incapacitados, especialmente de los menores de edad, y éstos son los Jueces pupilares; además, la ley civil instituyó el Consejo Local de Tutelas, con el propósito de suplir con personas capaces, la ineptitud del menor; de donde se sigue

⁶⁷ *Idem*, p. 390.

que cuando la rendición de cuentas se hace al dueño de los bienes y éste es un incapacitado, esas cuentas deben rendirse a las personas que suplen su incapacidad y ante las autoridades judiciales que la completan, mediante un procedimiento peculiar, en el que intervienen personas e instituciones especiales, con el objeto de aprobar esas mismas cuentas. El artículo 912 del código procesal actual, consagra el procedimiento encaminado a la protección del incapacitado y ordena que la rendición y aprobación de las cuentas que rindan los tutores, se fijan por las disposiciones del artículo 519 del mismo ordenamiento, precepto que reglamenta la rendición de cuentas a las personas capaces; pero establece las limitaciones ahí especificadas y que se refieren especialmente a la intervención del Juez pupilar, del curador y del Consejo Local de Tutelas. La intervención del Juez, del curador, y del Consejo Local de Tutelas en la rendición de cuentas del tutor, tiene por fundamento jurídico la incapacidad del menor. Ahora bien, ¿esta incapacidad hace que en todos los casos de rendición de cuentas de tutela, sea indispensable que intervengan las personas indicadas y que funcionen los organismos mencionados en la fracción III del artículo 912? para resolver este problema jurídico, basta tener en cuenta el objeto que se propuso el legislador, al crear esas instituciones y ordenar la intervención de todas las personas que completan la incapacidad jurídica del menor o del sujeto a interdicción; porque cuando las cuentas se rinden a una persona mayor de edad, la ley no exige que intervengan personas diversas del interesado en las cuentas, porque carecería de objeto proteger a un mayor de edad; en cambio, cuando intervienen en ellas un menor o un incapacitado, el propósito de la ley es cuidar de los bienes de éstos y vigilar su administración; por tanto, cuando el menor llega a la mayor edad y ha pasado el tiempo suficiente, en concepto del legislador, para que el pupilo se independice de la voluntad del tutor, aquél, una vez salido de la tutela, tiene capacidad jurídica suficiente para contratar, y por lo mismo, recibe a prueba la cuenta de la administración de sus bienes, ya que es inconcuso que por tener íntegra personalidad jurídica, tiene capacidad para defender sus propios intereses. En conclusión, no porque el artículo 912 del código procesal enumere a las personas que deben intervenir en la rendición de cuentas del incapacitado, debe exigirse que siempre intervengan esas personas, ya que su actuación tiene por objeto sustituir la incapacidad del dueño de los bienes, hasta el momento en que pueda intervenir válidamente en sus asuntos; por tanto, si el tutor del incapacitado se convierte, por la muerte del menor, en su único heredero, y es designado albacea de la sucesión, a quien debe rendir las cuentas de la tutela es, indiscutiblemente, al dueño de esos bienes, a la persona que representa la personalidad jurídica del desaparecido o a su

albacea, el cual no tiene ya el carácter de persona incapacitada, ni requiere institución jurídica alguna que complemente su personalidad. En un caso de esta naturaleza, las cuentas de la tutela deben ser rendidas al albacea, sin que esta rendición requiera la intervención de la autoridad judicial, salvo el caso de que existiera conflicto entre el tutor y el nuevo representante del incapacitado. Mas si el tutor tuviere posteriormente la calidad de albacea de la sucesión de su tutelado, es inconcuso que ese mismo tutor estuvo perfectamente capacitado para rendir, en su calidad de tutor, las cuentas de administración, y tuvo también facultades en su calidad de albacea, para aprobarlas; sin que necesite de formalidad jurídica alguna, y sin la intervención de la autoridad judicial; sin que sea tampoco necesaria una declaración especial de que, en su calidad de tutor, rendía las cuentas, y otra acerca de que, como albacea de la sucesión, las aprobaba, pues es evidente que este formulismo resultaría superfluo, si se tiene en cuenta que las personalidades de tutor y albacea se confundieron en una sola persona.

Amparo civil en revisión 3712/33. Peláez y de Teresa Pedro. 19 de abril de 1935. Mayoría de tres votos. Disidentes: Abenamar Eboli Paniagua y Luis Bazdresch. La publicación no menciona el nombre del ponente.

“1. *A quién se entregan.* Concluida la tutela, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que hubiere presentado en la última cuenta aprobada. Deben entregarse los bienes y documentos, según los respectivos casos, que son los siguientes:

A la persona que adquiera la mayoría de edad, tratándose de tutela de menores.

A la persona que salga de la incapacidad, tratándose de tutela de mayores.

Al menor emancipado, respecto de los bienes que conforme a la ley pueda administrar.

A quines entren en el ejercicio de la patria potestad del pupilo. Se pueden presentar como posibles; la adopción y la recuperación del ejercicio de la patria potestad suspendida.

A los herederos de la persona que estuvo sujeta a tutela.

Al tutor que lo sustituya en el cargo. El nuevo tutor está obligado a exigir que se le entreguen los bienes y cuentas, pues de lo contrario responderá de los daños y perjuicios que por su omisión se sigan al incapacitado.

2. *Momento.* La obligación de entregar los bienes debe ser cumplida “durante el mes siguiente a la terminación de la tutela” sin que pueda aplazarse porque hubiere alguna rendición de cuenta pendiente. Cuando los bienes estuvieren en diversos lugares, el juez puede fijar un término prudente para la conclusión, pero en todo caso la entrega deberá siempre comenzar dentro del mes siguiente a la terminación de la tutela (Art. 608 C.C.).

3. *La forma.* La entrega de los bienes debe ser hecha en la misma forma como se hizo el inventario al recibirlos el tutor. Es decir, en forma solemne y circunstanciada, haciendo referencia a la última cuenta aprobada. La entrega de los bienes y la cuenta de la tutela se efectuará a expensas del incapacitado. En caso necesario el juez puede autorizar al tutor a fin de que se proporcionen los fondos necesarios para la entrega de los bienes, y si éste en alguna forma los paga de su peculio le deberá ser reembolsados (Art. 610 C.C.). Cuando intervenga dolo o culpa por parte del tutor serán a su cargo todos los gastos (Art. 611 C.C.).

4. *Resultado.* En la última cuenta rendida por el tutor puede haber un resultado en pro o en contra del mismo, y en ambos casos producirá el interés legal. Si resulta un saldo a favor del tutor, los intereses correrán desde que se haga el requerimiento legal para el pago, sí previamente ya hubiere hecho la

entrega de los bienes. En caso de que hubiere un saldo con cargo al tutor, éste producirá intereses desde la rendición de cuenta (Art. 612 C.C.).

En caso de que hubiere como resultado de la rendición de cuenta un cargo contra el tutor y si se le hubiere otorgado un plazo para el pago, mientras no se liquide quedarán vivas la hipoteca y las otras garantías dadas para la administración hasta que se haga el pago. Lógicamente si hay fiador, deberá hacersele saber la ampliación para que acepte, pues de lo contrario el fiador puede quedar liberado de su obligación.

e) *Acciones*. Debemos tomar en cuenta que durante la tutela no corre prescripción entre el tutor y el incapacitado (Art. 578 C.C.). Por lo tanto, concluida la tutela cualquier reclamación o acción que tuviere el que fue incapacitado contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de éste debe ejercer dentro del plazo de cuatro años contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de la tutela, o desde que haya cesado la incapacidad (Art. 616 C.C.).

Puede acontecer que hubiere habido sustitución de tutores. Si el menor tuviere una acción contra el primer tutor, rige el mismo plazo para la caducidad en contra de las acciones que tuviere contra el primero y se computará entonces desde el día en que llegue el menor a la mayor edad; tratándose de los demás incapacitados se computará el término desde que cese la incapacidad (Art. 617 C.C.).

Debemos tomar en cuenta que aún que la ley establece una caducidad de cuatro años, ésta se refiere a alguna de las acciones que se pueden ejercer en contra del tutor o los fiadores, habiendo otras que tienen un plazo de caducidad mayor. Dentro de las que se encuentran comprendidas en la caducidad de cuatro años, pueden citarse las siguientes acciones: de rendición de cuenta; la acción de responsabilidad por mala administración; la acción de restitución de frutos; la

acción de reclamar daños y perjuicios; y también la acción que compete al tutor para pedir la retribución o la indemnización que en algún caso pudiere resultar en su favor por el desempeño de la tutela; y la acción de la rectificación de cuenta por omisión de ingresos o exageración de gastos.”⁶⁸ En relación a lo anterior se ha establecido la siguiente tesis aislada:

PETICIÓN DE HERENCIA. LA ACCIÓN DE, ES IMPRESCRIPTIBLE ENTRE LOS INCAPACITADOS, COMO EN EL CASO DEL MENOR DE EDAD, QUE CARECE DE TUTOR PARA SU REPRESENTACIÓN LEGAL Y DEFENSA DE SUS DERECHOS.

Si en un juicio de petición de herencia, promovido en favor de un menor de edad, el albacea de la sucesión demandada, opone la excepción de prescripción negativa de la acción entablada, bajo el argumento de que a la fecha de instauración del juicio, ya habían transcurrido los diez años a que se refiere el artículo 1652 del Código Civil para la prescripción de la acción, debe desestimarse la misma, por ser el aspirante a la herencia preterida, una menor de edad, ya que el alegato de que el término de prescripción de diez años transcurrió desde que el albacea de la sucesión demandada tomó posesión de su cargo y de los bienes de la herencia, a la fecha de la instauración del juicio de petición de herencia, sucumbe ante la consideración legal de que al morir el autor de la sucesión y a la fecha del discernimiento del cargo a la albacea, el heredero reclamante era menor de edad y no tenía tutor legítimo o dativo designado por haber fallecido sus padres, porque el término para la prescripción negativa no corre entre incapacitados como lo consigna el artículo 1166 del Código Civil, sino hasta el momento en que se le haya designado tutor a su favor, lo que no se probó en autos, por lo que debe entenderse, que a raíz del auto declaratorio de herederos o de la toma de posesión del cargo, de la albacea demandada, para la menor aspirante no corrió el término de prescripción, sino hasta el momento en que la heredera legítima preterida adquirió la mayoría de edad.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 6553/94. Pedro Gloria Navarro, su Sucesión. 12

⁶⁸ *Idem*, pp. 391-392.

de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis García Vasco. Secretario: Miguel Ángel Castañeda Niebla.

En cambio, no están comprendidas dentro de esta prescripción la acción reivindicatoria que puede surgir entre tutor y pupilo para reclamación de los bienes que se consideran propios; las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones que hubieren sido determinadas en sentencia ejecutoria, en las que el plazo de prescripción corresponde a un transcurso del tiempo mayor.

CAPÍTULO TERCERO

DE LAS CLASES Y SUJETOS DE LA TUTELA

Antes de comenzar el desarrollo de este capítulo pensamos que es necesario mencionar quienes son los sujetos de la tutela y así comprender, como ya se dijo en el capítulo anterior, que la tutela es una institución que se instaura en protección de una persona llamada pupilo y que está puede encontrarse en las circunstancias que a continuación se mencionan:

a) Ser menor de edad y no tener quien ejerza la patria potestad sobre su persona, ya sea por que los llamados por la ley hayan fallecido o porque no están en aptitudes para desempeñarla;

b) Ser mayor de edad y no estar en condiciones de entender o manifestar su voluntad por sí mismo; y;

c) Ser un menor emancipado en algunos casos.

El tutor o la tutriz son las personas que tiene a su cargo el ejercicio directo de la tutela. Se encuentran obligados a su desempeño, ya que es un cargo de

orden público e interés social. Por tanto, la ley impone a determinados sujetos el deber de ejercer la tutela y de dicho deber no pueden excusarse sino bajo los requisitos y condiciones, que la misma ley preceptúa y de los cuales se hizo referencia en el capítulo segundo.

Además del tutor y del pupilo, se encuentra el curador que permanentemente se encuentra encargado de vigilar el desempeño del tutor y de representar al pupilo excepcionalmente, en los casos en que el pupilo se encuentra en conflicto de interés con el tutor.

Al lado del pupilo y del curador coexisten otros entes jurídicos a los que se les ha denominado ordinariamente órganos auxiliares en el desempeño de la tutela, que están representados por; el Consejo Local de Tutelas; Agente del Ministerio Público y Juez Familiar, que desarrollan funciones específicas, de las cuales al término de este capítulo haremos alusión.

Con estos elementos iniciaremos el estudio de las clases de tutela, no sin antes manifestar que mientras más fuentes bibliográficas se estudian más son las clasificaciones que la doctrina realiza de la misma.

Una de estas es la que clasifica a la tutela a tendiendo ha diversos criterios, ya sea *por su carácter*, o *por el número de personas* que la desempeñan o *por su origen*.

Por su carácter la tutela puede analizarse, a su vez, por su tipo de *facultades* y también por su *temporalidad*. Por el tipo de facultades puede ser *general* o *especial*. En cuanto a la primera se da cuando el tutor tiene a su cargo el cuidado de la persona del pupilo, así como la administración de sus bienes; en lo que se refiere a la especial se presenta este carácter cuando el tutor tiene facultades limitadas y específicas.

Los casos de tutela especial son los siguientes: a) cuando los que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al del menor; b) cuando los intereses de dos o más pupilos sujetos a la misma tutela fuesen divergentes y c) cuando se pide el aseguramiento de alimentos se nombra un tutor especial.

Por su temporalidad la tutela se subdivide, a su vez, en *tutor definitivo* y *tutor provisional o interino*. En cuanto al primero de los nombrados es el que desempeña el cargo de tutor general hasta que legalmente se extinga la tutela; el *provisional o interino* es el que desempeña transitoriamente la tutela por falta de tutor definitivo.

El tutor provisional o interino interviene en los siguientes casos: a) por falta de tutor testamentario o el nombramiento de tutor está sujeto a condición; b) falta temporal del tutor legítimo; c) el tutor definitivo está sujeto a proceso penal; d) el juez va a resolver alguna excusa o impedimento de un tutor; e) durante los tres meses que tiene el tutor definitivo para caucionar su gestión; f) en caso de que el tutor se case con el pupilo y g) cuando se pretenda presentar querrela, denuncia o demanda al cónyuge tutor entre otros.

Atendiendo al segundo de los criterios, es decir, por el número de personas que la desempeñan puede ser: *Unitaria*; cuando el tutor se encarga del cuidado del pupilo y de la administración de sus bienes y *Dual*; cuando hay un tutor encargado del cuidado de la persona del pupilo y otro de la administración de sus bienes.

Por su origen la tutela es *testamentaria*, *legítima*, *dativa* y recientemente *cautelar*. Esta clasificación clásica es acogida por nuestro código sustantivo la cual abordaremos adelante con más detenimiento.

El desarrollo de las tres primeras clases de tutelas, es decir, testamentaria, legal y dativa lo realizaremos siguiendo el orden tradicional, reservándose para el

capítulo cuarto, el relativo a la tutela cautelar, que es objeto de análisis en el presente trabajo de tesis, limitándonos por tanto, en cuanto a esta se refiere a hacer una mención al final de este capítulo

Por último podría clasificarse también en nacional o internacional, esto bajo un criterio de territorialidad o bien en atención a la naturaleza de las leyes o tratados que regulan la institución. Al respecto escribe Calvo Caravaca: "el convenio de La Haya de 5 octubre 1961 no impide la aplicación de lo dispuesto por otros convenios que en el momento de su entrada en vigor de dicho convenio de La Haya vinculen a los Estados partes. Con ello se mantiene la vigencia de ciertos tratados bilaterales que contemplan la *tutela consular*."

El art. 27 del Reglamento de la Carrera Consular de 27 de abril 1900 y el art.5.h del Convenio de Viena de 24 abril 1963 sobre relaciones consulares permiten a las autoridades consulares constituir una tutela consular sobre sus nacionales, siempre que no se oponga a ello la Ley del Estado donde el cónsul desarrolla sus funciones."⁶⁹

3.1 TUTELA TESTAMENTARIA

Es menester precisar que con motivo de las reformas recientes al código sustantivo, la tutela en comento de ser preferente a las demás se ve desplazada por la tutela cautelar, ya que aunque el Código Civil no lo dice expresamente es evidente que al permitir a una persona autodesignarse tutor para el caso de hallarse ente una eventual incapacidad está concebida para tener vigencia en vida de la persona y no como en el caso de la testamentaria que surte sus efectos a la muerte del testador y en la persona de otros sujetos de derecho.

⁶⁹ *Derecho de Familia Internacional*, Editorial Colex, Madrid, España, 2003, p. 328.

Respecto de la tutela testamentaria Don Mateos Alarcón señala lo siguiente: “se llama tutela testamentaria aquella para cuyo desempeño es nombrado el tutor en testamento.

Si hay algún consuelo para el padre moribundo que deja á sus hijos en tierna y peligrosa edad, es sin duda el poder que tiene de elegir entre sus parientes ó amigos, la persona que por su inteligencia y probidad le inspire mayor confianza, para encomendarle la guarda de las personas y de los bienes de esos hijos.

Y si la voluntad del que muere merece respeto, esta última manifestación de la ternura paternal la reclama mayor, por que tiene por objeto el bien de seres débiles que quedan en la orfandad, y por que el ejercicio de ese derecho de elección no es más que la consecuencia justa del de la patria potestad.”⁷⁰ Al respecto se cita la siguiente tesis de jurisprudencia:

TUTELA TESTAMENTARIA.

Las facultades del tutor testamentario, por lo que hace a la persona y a los bienes y derechos del menor, son limitativas, y entre ellas, no está la de desistirse de un recurso que afecte directamente a los derechos patrimoniales del menor; y los tribunales para poder admitir el desistimiento, deben cerciorarse de que existe autorización judicial, concedida con todas las formalidades legales, para que el autor pueda hacerlo; asimismo, tampoco puede celebrar transacciones respecto de los bienes del menor, sin la ya dicha autorización judicial.

Amparo civil en revisión. Meneses Huerta Blanca. 28 de noviembre de 1929. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

⁷⁰ *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, edición facsimilar, Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, pp. 328-329.

El Código Civil del Distrito Federal en su artículo 470 señala lo siguiente: 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 esta clase de tutela los sujetos que tienen derecho a nombrar tutor en su testamento son:

a) El ascendiente que sobreviva en cada grado que esté ejerciendo la patria potestad.

Ya que esta tutela se confiere por testamento, no es óbice que los dos padres que estén ejerciendo la patria potestad, nombren cada uno por su cuenta tutor testamentario, por que si alguno de ellos fallece antes que el otro la disposición testamentaria del de cujus, no surtirá efecto por estar en vida el cónyuge supérstite, que de fallecer, el nombramiento de tutor de este último será el que tendrá eficacia. En este sentido se ha pronunciado la siguiente tesis de jurisprudencia:

TUTELA TESTAMENTARIA. NO ES VÁLIDA LA DESIGNACIÓN HECHA POR UNO DE LOS PROGENITORES SOBRE SU MENOR HIJO CUANDO A LA MUERTE DEL TESTADOR SOBREVIVE EL OTRO PROGENITOR QUE LEGALMENTE EJERCE LA PATRIA POTESTAD.

Si bien es cierto que por virtud de la libre testamentación establecida en el artículo 3090 del Código Civil para el Estado de Puebla, el testador está facultado para disponer de sus bienes, también es cierto que esa facultad está sujeta a las limitaciones que marca la ley, dado que de conformidad con el artículo 3092 del mismo ordenamiento, las condiciones que el testador establezca deben ser legalmente posibles, pues de lo contrario ese tipo de condiciones, sean de hacer o no hacer, se tendrán por no puestas. Acorde a lo anterior, no resulta correcto declarar la validez de la designación de un tutor testamentario sobre un

menor de edad, a quien el padre en su carácter de testador también instituye como único y universal heredero en el testamento, cuando al denunciarse la sucesión sobrevive la madre del menor que legalmente ejerce la patria potestad sobre él, dado que esa condición resultaría legalmente imposible de cumplir en razón a que, de lo dispuesto en los artículos 397 y 358 del referido Código Civil, se deduce que la tutela sólo procede cuando se trata de un menor de edad que no esté sujeto a la patria potestad de uno de sus ascendientes; además, tratándose de la tutela proveniente de disposición testamentaria, su procedencia está sujeta a ciertas prohibiciones y modalidades previstas en los artículos 422, 423, 425 y demás relativos del citado código, pues en el primer precepto se prohíbe a un ascendiente designar en su testamento un tutor sobre el menor que tiene bajo la patria potestad cuando sobreviva el otro ascendiente en el mismo grado; el segundo de esos preceptos prohíbe designar tutor aun cuando sea para administrar los bienes que deja el testador, en los casos en que el incapaz esté bajo la patria potestad de alguien y, finalmente, en términos del artículo 425, sólo puede designar tutor testamentario el progenitor que sobreviva al otro, pero con el único fin de excluir a los ascendientes en quienes deberá recaer el ejercicio de la patria potestad sobre el menor a la muerte del testador.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 372/83. Guillermina Virnies Colorado. 23 de junio de 1983. Unanimidad de votos. Ponente: Mario Gómez Mercado. Secretario: José Guerrero Lázcars.

Los tratadistas se plantean el supuesto de que es lo que sucede si ambos ascendientes fallecen al mismo tiempo, o no se puede determinar con precisión cuál falleció antes o después, presentándose el caso de la conmoriencia, y que además en sendos testamentos el nombramiento de los ascendientes respecto de la persona designada como tutor haya recaído en persona distinta. Ante esto que consideran una laguna de la ley señalan que le correspondería al juez de lo familiar elegir al que tenga las mejores aptitudes y capacidades para el ejercicio de la tutela.

b) La madre o el padre que tiene la tutela sobre un hijo incapacitado.

En el supuesto de que hubiera fallecido alguno de los progenitores puede nombrar también tutor testamentario el que sobreviva sobre su hijo mayor incapacitado. Igualmente que en el caso de los padres que ejercen la patria potestad los dos pueden designar tutor sujetándose a lo anteriormente expuesto.

En este orden de ideas sólo los padres tienen el derecho de acuerdo a la ley de nombrar tutor a su hijo mayor de edad incapacitado, ya que en ningún otro supuesto habrá lugar a tutela por esta vía sobre las personas de referencia.

c) El adoptante.

El adoptante que esté en ejercicio de la patria potestad tiene el mismo derecho de designar tutor mediante testamento para el hijo dado en adopción sujetándose a las reglas anteriormente expuestas referentes a la tutela testamentaria. La ley no señala si el padre adoptivo tiene derecho a designar tutor a su hijo mayor de edad incapacitado, a lo que consideramos que por igualdad el adoptante debe tener los mismos derechos así como obligaciones, por lo que es apegado a lo justo que se les concediera tal prerrogativa.

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

Si un sujeto de derecho pariente o desconocido transmite la propiedad de algún bien por herencia o legado a un incapaz que no este sujeto a patria potestad del de cujus, ni bajo la de otra, puede nombrarle tutor testamentario pero únicamente con el objetivo de administrar los bienes que le trasmite en propiedad.

Para la doctrina está designación esta fuera de lo que implica la tutela, por lo que ya se expuso, toda vez que la persona designada no desempeña la función específica de tutor, porque únicamente su función consiste en la administración de los bienes que se le dejaron por legado o por herencia a un incapaz, sugieren llamarle administrador testamentario. Este nombramiento procederá en el

supuesto que no hubiere persona que ejerza la patria potestad del menor designado como legatario o heredero, ya que de existir padres o abuelos, no podrá designársele tutor ya que la administración de los bienes la realizará quien ejerza la patria potestad.

El maestro Chávez Asencio encuentra como notas características de la tutela testamentaria las siguientes:

“a) Sujeto pasivo. Sólo se pueden nombrar tutores en relación con los hijos o nietos sujetos a la patria potestad y sobre hijos mayores incapacitados.”⁷¹ En relación con la capacidad del sujeto activo se ha emitido la siguiente tesis aislada:

TESTAMENTO OTORGADO POR UN DEMENTE EN UN INTERVALO DE LUCIDEZ, NULIDAD DEL, SI NO SE SIGUE EL PROCEDIMIENTO LEGAL.

Los artículos 1307 a 1311 del Código Civil para el Distrito Federal, regulan el procedimiento según el cual el testamento otorgado por un demente en un intervalo de lucidez es jurídicamente válido, a condición de que el tutor respectivo o los familiares del testador soliciten por escrito autorización judicial a fin de que el Juez que corresponda designe a dos médicos para que examinen al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental, a cuyo examen tiene el Juez el ineludible deber de asistir a fin de constatar mediante las preguntas que formule en torno a la capacidad del testador, haciéndose constar en acta formal que al respecto se redacte el resultado de dicho reconocimiento médico. Además, dicho acto debe ser firmado por el notario público respectivo, por el juez ante quien se haya solicitado la autorización correspondiente y por los médicos designados, asentándose al pie del testamento razón expresa de que durante todo el acto en el que se dictó la correspondiente disposición testamentaria, el paciente conservó perfecta lucidez de juicio. Si no se cumple estrictamente el procedimiento que en forma categórica ordenan seguir los artículos invocados en la eventualidad a que se ha hecho referencia, el propio artículo 1311 del citado código, establece la sanción de nulidad del testamento.

⁷¹ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *Ob. cit.*, pág. 354.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL
PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5567/90. Consuelo Flores Diez de Martínez. 4 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Jesús Casarrubias Ortega.

“b) Preferente. El nombramiento de tutor por los padres es siempre preferente, por lo cual, si hubiere un tutor en ejercicio y apareciere el designado, por alguno de los descendientes, se le transferirá la tutela.

c) Es absoluto. Esto es que no está limitado por ninguna circunstancia, aun cuando el tutor puede excusarse en los casos previstos en la ley.

d) Permanente. Esta designación tiene una validez permanente, pues sólo el testador, al cambiar su testamento, puede revocar el nombramiento de tutor hecho.

e) Pluralidad de tutores. Puede haber pluralidad de tutores pues el ascendiente, el extraño o el adoptante pueden, por precaución, designar varios tutores, en cuyo caso desempeñará la tutela el primero de los nombrados a quien sustituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción.

f) Objeto. Este consiste en que se excluye de la patria potestad a los ascendientes del siguiente grado. Es decir, el padre que sobreviva podrá excluir a los abuelos paternos y maternos. Si estuvieren ejercitando la patria potestad algunos de los abuelos, estos podrán excluir a los otros.”⁷²

En este sentido Montero Duhalt en consonancia con Mateos Alarcón escribe lo siguiente: “el objeto verdadero del derecho de los que ejercen la patria

⁷² *Ibidem.*

potestad, no es simplemente eliminar a otras personas del cuidado de los menores, sino nombrar a quien se considere más apto para esa función; responde a la preocupación naturales que tienen padres o abuelos cuando se interrogan acerca de qué será de sus hijos o nietos sujetos a su patria potestad, cuando ellos ya no existan.”⁷³

3.2 TUTELA LEGÍTIMA

Son dos los artículos en el Código Civil del Distrito Federal que establecen cuando ha lugar a la tutela legítima, el primero de ellos es el artículo 482 que preceptúa:

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

El segundo de los artículos es el de mayor interés por ser el más reciente, así, el numeral 485-Bis señala lo siguiente:

- 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.”

Don Manuel Mateos Alarcón en sus Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, escribe en el tenor siguiente:”la tutela legítima se funda en la presunción de cariño que admite en los parientes para el incapaz, y en el principio tomado del derecho romano, en que dice: Ubi sucessionis est emolumentum ibi et tutelae onus esse debet. Es decir, que la ley impuso la obligación á los parientes

⁷³ MONTERO DUHALT, Sara, *Ob. cit.*, p. 371.

del incapaz, de desempeñar su tutela en recompensa del derecho que tienen de heredarlo.”⁷⁴

Esta clase de tutela se encuentra regulada en tres formas de acuerdo con el sujeto pasivo sobre el cual recaiga la misma, así existen tres supuestos que son los que se desarrollarán a continuación:

En el primero de estos tenemos; *la tutela legítima de menores que tienen familiares*, cuando los menores de edad no tienen persona quien ejerza sobre ellos la patria potestad y tampoco se les designó tutor por los sujetos activos que tenían tal derecho las personas que llama la ley al desempeño del cargo son:

a) A los hermanos, tienen preferencia los que lo sean por el mismo padre y madre.

b) Ya sea que falten o sean incapaces son llamados los colaterales que se encuentren dentro del cuarto grado. En el supuesto que hubieren varios parientes en aptitud de desempeñar la tutela y que se encontraran en el mismo grado corresponde al juez elegir al que le parezca más apto para el cargo, por otro lado si el menor tiene dieciséis años cumplidos y hubiere varios parientes que puedan desempeñar el cargo el menor podrá hacer la elección.

En esta clase de tutela al igual que en la testamentaria en el supuesto de la falta temporal del tutor el juez tiene la obligación de designar un tutor interino.

En otro supuesto esta; *la tutela legítima de los mayores incapacitados*, que seguirán el orden establecido en la ley el cual comienza con:

⁷⁴ MATEOS ALARCON, Manuel, *Ob. cit.*, p. 335.

a) En el supuesto de incapacidad de una persona casada, el tutor legítimo será su marido o cónyuge. Al respecto se ha pronunciado la siguiente tesis de jurisprudencia:

TUTELA LEGÍTIMA.

La tutela legítima del marido incapacitado, corresponde a su consorte y, de acuerdo con la antigua legislación sobre el divorcio, la separación de cuerpos, consecuencia de aquél, no hacía desaparecer la obligación del cónyuge capaz, de ejercer la tutela del que había caído en incapacidad.

Amparo civil en revisión. Raigosa de Bermejillo María. 22 de junio de 1920. Mayoría de seis votos. Ausentes: Alberto M. González, Antonio Alcocer y Adolfo Arias. Disidentes: Benito Flores y José María Mena. La publicación no menciona el nombre del ponente.

b) Si los que sufren una incapacidad son la madre y el padre le corresponde al hijo mayor de edad. Cuando existan varios hermanos que estén en posibilidad de desempeñar el cargo tendrá preferencia sobre la designación del juez de lo familiar el que viva con su ascendiente. En tal sentido sea dictado la siguiente tesis de jurisprudencia:

TUTELA LEGÍTIMA. ARBITRIO JUDICIAL PARA DETERMINAR EN FAVOR DE QUIEN PROCEDE (LEGISLACION DEL ESTADO DE MORELOS).

El artículo 590 del Código Civil vigente en el Estado de Morelos establece que cuando haya dos o más hijos (mayores de edad, como lo previene el artículo 589 del mismo ordenamiento legal), será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre, y aún más, siendo varios los que estén en el mismo caso, el Juez elegirá al que le parezca más apto, lo cual implica un amplio arbitrio para el juzgador, para determinar cuál de los que tienen ese derecho-obligación es el que podrá cumplir mejor con los objetivos de la tutela. De esta manera, puede concluirse que la determinación de un Juez, de otorgar la tutela a la persona con quien vivía el sujeto a interdicción, no es violatoria del artículo 590 citado, independientemente de la circunstancia que en cada caso podría o no acreditarse, de que lo haya llevado a vivir con ella por

la fuerza y sin su consentimiento.

Amparo directo 7805/86. Tomás Jiménez Contreras. 22 de abril de 1987. Cinco votos. Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra. Secretario: Raúl Melgoza Figueroa.

c) Ahora bien si el incapacitado es soltero o viudo sin hijos o estos no pueden desempeñar el cargo de tutor, lo serán su padre o su madre debiendo estos ponerse de acuerdo respecto de quien de los dos desempeñará el cargo. Si sólo existe un progenitor ese será tutor.

d) Si el que sufre de alguna incapacidad no tiene cónyuge, hijos mayores y tampoco progenitores, son llamados a desempeñar el cargo sucesivamente: los abuelos, hermanos y demás colaterales, escogiéndose dentro del mismo grado al más apto.

Cuando el incapacitado tenga hijos menores de edad sobre los que ejercía la patria potestad con antelación a ser declarado incapaz, el tutor que se le nombrará lo será también de sus hijos menores siempre que no haya otro ascendiente a quien la ley llame para el desempeño de la patria potestad.

En el último supuesto se encuentra *la tutela de los menores de edad abandonados*, tratándose de estos cuando hayan sido acogidos por alguna persona, esta será considerada tutor legítimo del menor.

En la hipótesis que los menores abandonados hayan sido acogidos por una institución de beneficencia, el director del mismo desempeñará la tutela con arreglo a las leyes y a los estatutos de la institución filantrópica.

Güitrón Fuentevilla al analizar las reformas al Código Civil de 17 de enero de 2002 escribe lo siguiente: “en estas reformas, por primera vez, surge la posibilidad de que personas morales, puedan ejercer la función de tutor o curador,

según sea el caso. Esto es importante, porque en el pasado, como esta hipótesis no se contemplaba en la ley, siempre habría que acudir a personas físicas; hoy, pueden ser tutores o curadores las instituciones públicas o privadas, con personalidad jurídica, que no persigan fines lucrativos y que su objeto sea, proteger a personas incapaces.”⁷⁵

3.3 TUTELA DATIVA

Mateos Alarcón expresa: “se llama tutela dativa la que se difiere en nombre de la ley, por el juez, á aquellas personas incapaces que no tienen tutor testamentario ni legítimo.”⁷⁶

Habría que agregar también que carezcan de tutor cautelar ya que el artículo 495 del Código Civil del Distrito Federal preceptúa que 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.”

Se dan diversos supuestos en esta tutela, según sea la edad del sujeto pasivo y también son diversos los posibles nombramientos de tutores:

a) Tratándose de mayores de dieciséis años de edad, estos pueden designar tutor dativo, que el juez de lo familiar confirmará si no tiene justa causa

⁷⁵ GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, *Ob. cit.*, p. 326.

⁷⁶ MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Ob. cit.*, p. 340.

para reprobársela, en el caso de no ser aprobada el menor tiene derecho de realizar otras designaciones y en este supuesto el juez para no otorgar su consentimiento debe oír el parecer del Consejo Local de Tutelas.

b) Cuando se está en presencia de un menor de dieciséis años de edad el juez de los familiar deberá nombrar tutor dentro de las personas que figuren en la lista que anualmente publica el Consejo Local de Tutelas de las personas que pueden desempeñar el cargo de tutor en los supuestos de la tutela dativa, tomando también el parecer del Agente del Ministerio Público que deberá velar por la probada honorabilidad de la persona elegida como tutor.

c) En el caso de los emancipados, en todos los asuntos relacionados con la judicatura en donde esté en conflicto alguna pretensión litigiosa que afecte a sus intereses deberá designársele tutor dativo, para lo cual se seguirán las reglas previstas en el sentido de que en estos casos el menor podrá designar el tutor dativo que el juez familiar deberá confirmar si no existe causa suficiente para denegarlo. Con relación a lo manifestado sea pronunciado las siguientes tesis aisladas:

EL MENOR ALCANZA LA MAYORÍA DE EDAD DURANTE EL LITIGIO EN EL QUE ES REPRESENTADO POR SU TUTOR.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 556 del Código Civil del Estado de San Luis Potosí, la tutela se extingue cuando desaparezca la incapacidad del pupilo, entre otros casos, cuando alcance la mayoría de edad. Pero tal disposición no tiene el alcance de que el tribunal que conozca de un juicio en que intervenga un menor de edad, representado por tutor dativo, desconozca personalidad a éste, por el sólo hecho de que aquél alcanzó la mayoría de edad durante el procedimiento; pues lo correcto es que al conocer de esta circunstancia, el tribunal requiera al pupilo para que comparezca en el juicio por sí mismo, o bien por conducto de diversa persona que lo represente legítimamente; y sólo después de ese requerimiento, en el supuesto de que no compareciera a juicio por sí o por representante legal, podrá negarse la subsiguiente intervención del tutor dentro del procedimiento en que había venido

compareciendo como tutor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 32/94. Sucesión intestamentaria a bienes de Baltazar Herrera García. 10 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

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.

d) Tutores, en el caso de estos el tutor será designado como ya se mencionó entre las personas que figuren en la lista que anualmente propone el Consejo Local de Tutelas. Por otro lado en el caso de los menores que no tengan bienes, también se les nombrará tutor dativo, que en este supuesto solo tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor y tienen la obligación desempeñar la

tutela: el Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal; de los titulares de los órganos públicos, políticos, administrativos de las Demarcaciones territoriales del Distrito Federal; los profesores de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde vive el menor; los integrantes de las juntas de Asistencia Privada del Distrito Federal que disfruten de sueldo; y los titulares de establecimientos públicos de asistencia. Con relación a lo anteriormente manifestado se ha pronunciado la siguiente tesis aislada:

MENORES DE EDAD. SU DEPÓSITO BAJO TUTELA PROVISIONAL DE UN ALBERGUE NO CONSTITUYE DETENCIÓN NI PRIVACIÓN ILEGAL DE LA LIBERTAD, SINO QUE LA MEDIDA ES PARA OTORGARLES PROTECCIÓN Y LOGRAR SU DESARROLLO INTEGRAL EN CASO DE ABANDONO, CONFLICTO, DAÑO O PELIGRO.

El hecho de que un menor sea puesto bajo la tutela provisional de un albergue por ordenamiento escrito de autoridad competente, fundando y motivando la causa legal para ello, no significa que esté en calidad de detenido o bajo privación ilegal de la libertad conculcándose algún precepto de orden público y como consecuencia el artículo 16 constitucional, toda vez que la finalidad de la medida es de otorgar protección a los menores de edad que por alguna razón se encuentren en abandono, conflicto, daño o peligro, para lograr en ellos su desarrollo integral; lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 40 y 41 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, hasta en tanto quien tenga la guarda y custodia provisional, pueda ejercitar su facultad; en la inteligencia de que sólo se utilizará como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 4366/98. Juan Silvestre García Acevedo y otro. 2 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretaria: María Teresa Covarrubias Ramos.

3.4 TUTELA CAUTELAR

Antes de la reforma al Código Civil del Distrito Federal del 17 de mayo de 2007, dicho cuerpo legal regulaba tres clases de tutela, a saber; testamentaria, legítima y dativa, sin embargo en la aludida reforma se adicionó el Capítulo I Bis, relativo a la novedad jurídica de la Tutela Cautelar, lo que trajo como consecuencia la reforma de ciertos artículos en el Código Civil, siendo el artículo 461 el que nos interesa, el cual transcribimos a continuación:

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

Como se mencionó al inicio de este capítulo por tratarse de la materia de tesis de este trabajo, este tipo de tutela que recientemente fue adicionada a las tres ya existentes, será objeto de análisis en el último capítulo de la presente tesis, que tratará de un análisis jurídico y propuesta de reforma de los artículos 469 Bis, 469 Ter, y 469 Quater del Código Civil del Distrito Federal que regulan el nombramiento de tutor cautelar ante Notario Público.

3.5 DEL TUTOR

“El tutor es el cargo más importante de la institución, el que más trascendencia tiene por tener bajo su responsabilidad la guarda de la persona y bienes del menor y de los incapacitados. Se puede decir que es el tutor aquella persona física, o moral excepcionalmente, a quien legalmente le compete la gestión tutelar de un menor o de un incapacitado.”⁷⁷

Según Fausto Rico el tutor debe reunir tres características, a saber:

⁷⁷ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *Ob. cit.*, p. 362.

“a) En primer lugar, por regla general, es una sola persona. Excepcionalmente se permite que el cargo sea desempeñado por dos personas distintas, cuando así lo determine el juez, en términos del artículo 455 del Código Civil.

b) En segundo lugar, por regla general, el tutor es una persona física. Este principio también encuentra su excepción cuando se trata de la tutela únicamente de la persona del incapaz y se reúnen los requisitos que establece el artículo 456 Bis del Código Civil.

c) En tercer lugar, el tutor debe estar legitimado. Esto significa que debe tratarse de una persona a la que la Ley no impida ser tutor en el caso concreto. La regla general consiste en que toda persona que cumpla con los requisitos anteriores, puede ser tutor.”⁷⁸

3.5.1 DE LAS PERSONAS INHÁBILES Y EXCUSAS DE LA TUTELA

Las personas que de acuerdo con el Código Civil del Distrito Federal en su artículo 503 son inhábiles para el desempeño del cargo de tutor son las siguientes: a) los menores de edad; b) los mayores de edad que se encuentra bajo tutela; c) los que hayan sido removidos de otro tutela por haberse conducido mal; d) los que, por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo; e) el que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso; f) los que no tengan un modo honesto de vivir; g) los que al diferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado; h) los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento; i) los jueces,

⁷⁸ RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *Ob. cit.*, pp. 328-329.

magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas; j) el que no esté domiciliado en el lugar en que debe ejercer la tutela; k) los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto; l) el que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela y ll) los demás que prohíba la ley. En este orden de ideas se ha distado la siguiente tesis aislada:

TUTOR Y CURADOR. PARIENTES QUE NO PUEDEN DESEMPEÑAR TALES CARGOS.

Es errónea la consideración del tribunal de alzada consistente en que el artículo 458 del Código Civil para el Distrito Federal sólo es aplicable a los parientes consanguíneos y, por ende, deba excluirse a los parientes por afinidad; ya que dicho precepto no hace señalamiento alguno respecto a que se limite a los parientes consanguíneos, la prohibición para que dos personas ligadas entre sí por parentesco en cualquier grado en línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral, desempeñen al propio tiempo los cargos de tutor y curador; por lo tanto, es claro que la hipótesis normativa en cuestión abarca a las tres clases de parentesco reconocidas por la ley, toda vez que donde el legislador no distingue, el intérprete de la ley tampoco lo puede hacer; además, el artículo 11 del ordenamiento citado, dispone, que las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 5137/90. Beatriz Haro Gavilán de Olavarrieta. 11 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

En cuanto a las excusas para el desempeño del encargo el artículo 511 del ordenamiento legal precitado enumera las siguientes: a) los servidores públicos; b) los militares en servicio activo; c) los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; d) los que por su situación socioeconómica no pueden atender a la

tutela sin menoscabo de su subsistencia; e) los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela; f) los que tengan sesenta años cumplidos; g) los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría y h) los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

3.5.2 NOMBRAMIENTO Y DESTITUCIÓN

En relación con el nombramiento del tutor este difiere tratándose de la clase de tutela en cuestión, así en la tutela cautelar es la propia persona que eventualmente será el sujeto pasivo de la misma el que en función de su capacidad de ejercicio nombra tutor o tutores.

En la testamentaria es de un rango especial y el testador puede nombrar tutores testamentarios a los hijos habidos de matrimonio y también a los habidos fuera de matrimonio.

En la tutela legítima el nombramiento de tutor corresponde aquellas personas que por su próximo parentesco deben responder al nombramiento y por tanto el nombramiento tiene como base los lazos de parentela que implican un vínculo cognático, de amistad, de afecto y cariño que los hace preferentes a cualquier extraño.

El nombramiento en la tutela dativa se da en los supuestos que señala la ley, al no existir nombramiento de tutor cautelar, por testamento, como tampoco personas que la ley llama para ejercer el cargo, es entonces, que el nombramiento lo realiza en algunas casos el mayor de dieciséis años y en otros el juez de lo familiar con el parecer del Consejo Local de Tutelas.

Los tutores al igual que los curadores no pueden ser removidos del ejercicio de su encargo sin que previamente hayan sido oídos y vencidos en juicio, es decir, respetándose su derecho de audiencia.

3.5.3 FACULTADES Y OBLIGACIONES

"Los deberes del tutor son de dos clases: 1. Respecto a la persona del pupilo, y 2. Respecto a sus bienes.

1. Conductas con relación a la persona del pupilo.

Las más importantes están señaladas en el artículo 537 del CC y son las siguientes: a) alimentar y educar al incapacitado, b) Destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su recuperación si es alcohólico o drogadicto.

a) Respecto al deber de alimentar y educar se seguirán las reglas similares, a las de la patria potestad. Como el tutor no es forzosamente el deudor alimentario del pupilo, proveerá a que los deudores del mismo cumplan debidamente su obligación.

b) Cuando la tutela recae sobre un mayor incapacitado, el tutor debe procurar la rehabilitación del mismo destinando de preferencia los recursos del incapacitado al fin de su curación.

2. Conductas del tutor respecto al patrimonio del incapacitado.

El tutor es el administrador del mismo. Como tal, debe realizar todas las conductas tendientes a que el patrimonio no solo no disminuya, sino que se acreciente a través del buen manejo de los bienes que lo compongan.

Innumerables son las obligaciones que la ley impone al tutor, destacándose entre ellas las de carácter prohibitivo, en el manejo de los bienes. Trasciende a través de todas ellas la desconfianza que parece fue la tónica que inspiró al legislador respecto a la conducta del tutor en el desempeño del cargo.

Como administrador que es, tiene vedados todos los actos de dominio, algunos de los cuales los podrá realizar solamente cuando sean indispensables para el interés del incapacitado y con rigurosa autorización judicial y, en otros casos, con intervención del curador.

La conducta que debe seguir el tutor, de acuerdo con la ley, podemos clasificarla en tres maneras: a) actos obligatorios, b) actos prohibidos, c) actos permitidos con autorización judicial.”⁷⁹

“El cargo de tutor es remunerado. En vista de ello, el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado. Esta retribución puede ser fijada por el ascendiente o extraño que haya nombrado al tutor por testamento. En los casos de la tutela legítima o dativa, la retribución será fijada por el juez (art. 583 CC). En ningún caso la retribución podrá ser menor del cinco ni exceder del diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del incapacitado (art. 586). Solamente podrá haber aumento a la retribución que reciba el tutor en el caso de que los bienes hubieren tenido un aumento en sus productos debido exclusivamente a la diligencia o industria del tutor. La remuneración podrá aumentar hasta en un veinte por ciento de los productos líquidos.”⁸⁰

⁷⁹ MONTERO DUHALT, Sara, *Ob. cit.*, pp. 380-382.

⁸⁰ *Idem*, p. 384.

3.6 DEL PUPILO

“El pupilo es la persona física incapaz.”⁸¹ “Pupilo es la designación que se le da al incapacitado sujeto a tutela.”⁸²

Si la incapacidad deriva de su minoría de edad, es preciso que no exista quien ejerza la patria potestad o de existir debe de haber una imposibilidad o prohibición en el caso concreto para el ejercicio de la misma. En este caso la tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad. Si la incapacidad es generada por una enfermedad o discapacidad durante su mayor edad, siempre deberá haber tutor. En este caso la tutela no es subsidiaria sino directa y principal.

3.6.1 DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL PUPILO

El artículo 450 del Código Civil abre la puerta para el desarrollo de la tutela al preceptuar las clases de incapacidad y por tanto el origen de la tutela, el cual señala lo siguiente:

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

⁸¹ RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *Ob. cit.*, p. 326.

⁸² MONTERO DUHALT, Sara, *Ob. cit.*, p. 380.

3.6.2 FACULTADES Y OBLIGACIONES

En relación con las facultades o derechos que tiene el pupilo estos implican todas aquellas obligaciones que tiene el tutor en el desempeño del cargo conferido, de las que ya se habló líneas atrás.

Por lo que respecta a las obligaciones al tratarse de un incapaz, habría que diferenciar entre un menor de edad, que no padece de alguna enfermedad mencionada en el artículo 450 fracción II, y los que se encuadran en la fracción de marras, ya que los primeros tendrán como obligaciones las que les indiquen sus tutores para su desarrollo integral, en tanto que los segundos dadas sus condiciones legales sus deberes son por decir inexistentes, tal sería la obligación que tienen de retribuir al tutor los gastos que hubiere realizado en el desempeño de su cargo para cumplir con las necesidades del incapaz y preservación de su patrimonio, así también los emolumentos que se le deban pagar por el ejercicio mismo de la tutoría.

3.7 DEL CURADOR

Mata Pizaña define al curador de la siguiente manera: “es aquella persona física o moral sin fines de lucro, nombrada por el testador, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años, que tiene a su cargo la vigilancia del tutor y la defensa de los intereses del pupilo.”⁸³

“El curador puede ser definitivo o interino, testamentario o dativo.

⁸³ *Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004, p. 309.

Es definitivo el nombrado al mismo tiempo que al tutor de esa clase. Todos los individuos sujetos a la tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de tutor tendrán un curador, excepto los menores expósitos o abandonados acogidos por particulares o por instituciones de beneficencia.

Es interino: a) Cuando el tutor tenga esa misma calidad; b) cuando estando varios menores sujetos a un mismo tutor, existan intereses opuestos entre ellos; c) en los casos de impedimento, separación o excusa del curador titular.

El curador testamentario es el nombrado por quienes tienen derecho a nombrar tutor en su testamento.

En todos los demás casos, el curador será dativo, nombrado por el juez, por el menor emancipado o por el menor no emancipado si ya cumplió dieciséis años.”⁸⁴

3.7.1 DEL NOMBRAMIENTO DEL CURADOR

En relación con el nombramiento del curador este difiere tratándose de cada clase de tutela, así en la testamentaria es de un rango especial y el testador puede nombrar como curadores testamentarios a los hijos habidos de matrimonio y también a los habidos fuera de matrimonio.

En la tutela legítima el nombramiento de curador esta ligado con las personas por el grado de parentesco que guarden con el pupilo; hasta el cuarto grado en línea colateral, deben participar del nombramiento y por consiguiente éste tiene como sustrato el vínculo de parentesco entre los nombrados a desempeñar el encargo y el pupilo.

⁸⁴ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *Ob. cit.*, p. 56.

El nombramiento en la tutela dativa se da en los supuestos que señala la ley, al no existir nombramiento de curador por testamento, como tampoco personas llamadas a ejercer el cargo, es entonces que el nombramiento lo realiza en algunas casos el mayor de dieciséis años y en otros el juez de lo familiar con el parecer del Consejo Local de Tutelas.

3.7.2 DERECHOS Y OBLIGACIONES

Comenzaremos primero con las obligaciones, sobre las cuales la maestra Montero Duhalt señala las siguientes:

“1. A defender los derechos del incapacitado, en juicio y fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor.

2. A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que pueden ser dañoso al incapacitado;

3. A dar aviso al juez para que haga el nombramiento del tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela;

4. A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale.

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

El tutor tiene derecho a ser relevado de la curaduría, pasando diez años desde que se encargo de ella.

Tiene derecho a cobrar honorarios señalados en el arancel a los procuradores, cuando intervenga de acuerdo con los casos señalados por la ley. En ningún otro caso podrá pretender mayor remuneración.

Si tuviere que erogar gastos, los mismos se le devolverán.”⁸⁵

3.7.3 CAUSAS DE TERMINACIÓN

Las funciones del curador cesan cuando el incapacitado sale de la tutela. Si cambian las personas que desempeñan la tutela, el curador continuará desempeñando su cargo hasta por un máximo de diez años.

3.8 ÓRGANOS AUXILIARES EN EL DESEMPEÑO DE LA TUTELA

Al respecto escribe Chávez Asencio: “la estructura de la tutela descansa en cuatro órganos de los cuales tres son individuales: el tutor (aún cuando este puede ser persona moral en los términos del artículo 475 para casos especiales), el curador y el juez de lo Familiar y uno colegiado (Consejo Local de Tutelas), los que están investidos de atribuciones concretas. El artículo 454 C.C. previene que la tutela se desempeñará por el tutor que es el órgano fundamental; pero se añade que el desempeño se hará con intervención del curador, del juez de lo familiar, del Consejo Local de Tutelas, y del Ministerio Público.”⁸⁶

3.8.1 DEL CONSEJO LOCAL DE TUTELAS

⁸⁵ MONTERO DUHALT, Sara, *Ob. cit.*, pp. 386-387.

⁸⁶ CHÁVEZ ASENSIO, Manuel, *Ob. cit.*, p. 362.

El Diccionario Jurídico Mexicano lo define de la siguiente manera: “órgano de vigilancia e información para cumplir con lo dispuesto en el CC, en relación a la guarda de las personas físicas y bienes de las personas físicas que no estando sujetas a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal o solamente la segunda, para gobernarse a sí mismas.”⁸⁷

“En cuanto a su organización en cada delegación del Distrito Federal deberá existir un consejo compuesto de un presidente y dos vocales que serán nombrados en el mes de enero de cada año, procurando que dichos cargos recaigan en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés de proteger a la infancia desvalida.

Estos consejos actúan como instrumentos auxiliares y de control del régimen legal de tutelas, y además de otras funciones específicas que el CC expresamente les asigna, tienen las obligaciones siguientes: a) elaborar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas que por su aptitud legal y moral estén capacitadas para desempeñar el cargo de tutores y curadores a efecto de que el juez elija quienes deben fungir como tales; b) velar por que la tutela se lleve de forma adecuada, alimentándose y educándose adecuadamente a los pupilos, que cuando existan bienes se administren debidamente, que las garantías proporcionadas por el tutor sean suficientes, que se rindan cuentas en forma y tiempo oportuno, en general se cumplimenten las disposiciones legales respectivas, cuidándose preferentemente la persona de los incapacitados con las limitaciones en cuanto a su guarda y educación; c) investigar y denunciar al juez de lo familiar cuales incapacitados carecen de tutor con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos; d) cuidar que los tutores destinen de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes; e) vigilar que se efectúe y actualice la inscripción de las tutelas en los libros que al efecto deben llevar los jueces familiares para que se desarrollen

⁸⁷ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Ob. cit.*, p. 698.

regularmente y este en posibilidad de observarse el desempeño ordinario de los cargos de tutor y curador haciendo saber a las autoridades competentes las omisiones en que incurran, entre otras obligaciones más.”⁸⁸

3.8 2 DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

En los términos del artículo 454 C.C. el Ministerio Público interviene en la institución tutelar.

“El Ministerio Público participa en nombre y representando a la sociedad. Es frecuente su participación en los asuntos relativos del Derecho de Familia, por lo que también se observa su presencia en la tutela. Esta presente para deducir la acción correspondiente para que se reembolsen al gobierno los gastos que hubiere hecho en relación con los incapacitados indigentes que hubieren sido mantenidos a costa de las rentas públicas (Art. 545 C.C.). Tiene facultad para promover la separación de los tutores que se encuentran en alguno de los casos previstos por los artículos 504 y 507 C.C. Puede actuar ante el juez familiar para que este dicte las providencias que estime útiles para la conservación de los bienes del pupilo (Art 522 C.C.) Tiene acción para solicitar que la garantía consistente en hipoteca, prenda o fianza se aumente o disminuya proporcionalmente en los casos en que sí proceda en los términos del artículo 529 C.C.”⁸⁹

3.8.3 DEL JUEZ DE LO FAMILIAR

⁸⁸ *Idem*, p. 699.

⁸⁹ CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *Ob. cit.*, p. 369.

“Como funciones e intervenciones que el juez de lo familiar debe tener en la sobrevigilancia de tutor, la ley consigna las siguientes:

a) Avisos. Se debe avisar al juez de lo familiar cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien debe nombrársele tutor. Tienen obligación de dar aviso, dentro de los ocho días que sigan al fallecimiento, quien conozca el hecho, los jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales (Art.460 C.C.).

b) Medidas provisionales. El juez de lo familiar del domicilio del incapacitado o del menor, cuidará provisionalmente de la persona y bienes hasta que sea nombrado tutor, para esto se auxiliara en las instituciones médicas, educativas y de asistencia social (468 C.C.), y dictara las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o sus intereses (Art. 634 C.C. y 904 fc. C.P.C). Si el juez no cumple, además de las penas en que incurra conforme a las leyes, será responsables de daños y perjuicios que sufran los incapaces (Art. 469 C.C). Ordenará que el presunto interdicto sea puesto a disposición de dos médicos analista alienistas para su examen.

c) Nombramiento. Debe hacer las declaraciones de minoría e incapacidad los términos del artículo 903 y 904 C.C y 462 C.C. El juez de lo familiar es el responsable del nombramiento del tutor. Nombrará tutor especial en caso de conflicto de intereses entre tutor y pupilo (Art.457 C.C.). El juez que no haga oportunamente el nombramiento de tutor dativo será responsable de los daños y perjuicios, y en caso de que el menor no tuviere bienes, el juez de lo familiar deberá nombrar al tutor de entre las personas consignadas por el artículo 501. En caso de muerte del tutor, avisado el juez de lo familiar del hecho, deberá proveer inmediatamente de tutor al incapacitado (Art. 518 C.C): Nombrará los tutores interinos en el proceso de interdicción (Art. 904 C.P.C.).”⁹⁰

⁹⁰ *Idem*, p. 367.

CAPÍTULO CUARTO

DE LA FIGURA JURÍDICA DE LA TUTELA CAUTELAR

Al inicio de este capítulo creemos pertinente para tener una noción de la figura en estudio proporcionar una definición, en este sentido el autor mexicano Rendón Ugalde citando a Sánchez Fernández define a la *tutela cautelar*, igualmente conocida como; *auto designada*, *tutela voluntaria*, *autotutela*, *tutela preventiva*, *delación automática de la tutela*, como: “el acto jurídico unilateral revocable, por medio del cual una persona capaz, nombra tutor y su correspondiente sustituto, o excluye de manera expresa a una determinada persona del ejercicio de la tutela que pudiera corresponderle, en previsión de algún accidente, enfermedad o vejez, que traiga como consecuencia la incapacidad.”⁹¹

En nuestro derecho positivo vigente mexicano sólo cuatro entidades federativas en sus respectivos códigos civiles y de familia regulan esta clase de tutela.

Sin embargo, esto no acontece en otras naciones ya que la tutela de referencia ha sido junto con otras novedosas figuras objeto de numerosos

⁹¹ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *Ob. cit.*, p. 158.

estudios, congresos y debates, que han originado que en distintos países y bajo de diferentes denominaciones o institutos jurídicos se encuentren plasmadas en la doctrina y en sus respectivos ordenamientos legales, en el que el espíritu de tales leyes, ha sido colocar a la autonomía de la voluntad; a la dignidad de las personas y a los avances de la ciencia en materia de psiquiatría, como el arjé de su marco normativo, sin que ello implique prescindir de la judicatura, pero si reducir al mínimo posible la intervención del Estado en las decisiones a cerca del nombramiento de tutor que realice una persona en previsión de una eventual incapacidad y ser esta y no otra designada de forma heterónoma, quien se haga cargo de su persona y en su caso de su patrimonio en el momento en que tenga verificativo la condición suspensiva que de lugar al desencadenamiento de los efectos jurídicos del nombramiento de mérito, a saber la incapacidad.

En este orden de ideas, es menester entender por autonomía de la voluntad; “el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los individuos para regular sus propios intereses; es la expresión de la voluntad en el campo del derecho privado, que es inherente a la persona humana para alcanzar sus propios fines.”⁹²

En cuanto a la dignidad de las personas esta puede entenderse en tres sentidos, como apunta García Villegas, citando ha Megías Quirós:

“El primero, hallado en los escritos griegos y romanos, perduro durante la edad media. Se relaciona con el cargo o posición determinada que ocupa una persona.

El segundo de los significados lo referimos a las acciones de las personas; cuando el hombre actúa en rectitud podemos decir que son acciones dignas y que quien las realiza es un hombre con dignidad; del mismo modo, podemos hablar de una persona indigna cuando esta no obra con rectitud.

⁹² *La Tutela de la Propia Incapacidad*, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 2007, p. 31.

En tercer lugar, el término dignidad indica una cualidad exclusiva, indefinida y simple del hombre, que muestra su superioridad con independencia del modo de comportarse; es decir, hace referencia al valor en sí que tiene la persona humana.”⁹³

En este sentido escribe García Villegas: “la dignidad es igual para todos los seres humanos; toda persona, por el hecho de ser persona, posee igual dignidad, sin que puedan influir las circunstancias externas para hablar de una mayor o menor dignidad en sentido estricto. La dignidad es un valor inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación conciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.”⁹⁴

Ha estos conceptos que impregnan la institución en estudio y que paulatinamente han ganado más terreno en la esfera del Derecho de Familia, se suma otro factor que ha incidido y consolidado esta nueva reforma en el concierto internacional en materia de guarda y custodia, que es; el reconocimiento generalizado de los conceptos anteriormente citados, en las constituciones políticas de la mayor parte de los Estados, sólo por citar un ejemplo, la constitución política de Alemania dispone: “la obligación de todos los poderes del Estado de respetar y proteger la dignidad de la persona. El deber del Estado de respetar la dignidad de la persona humana parece indiscutible, e implica la omisión de todas aquellas medidas estatales que se dirijan en contra de la persona humana. Por lo que se refiere al deber del Estado de proteger la dignidad de la persona, podemos vincularlo con el compromiso de impedir los ataques a la dignidad originados por terceras personas. Ahora bien, estos deberes se extienden a todos los poderes del Estado, esto es, en los ámbitos ejecutivo, legislativo y judicial, y en todos los ordenes de gobierno.”⁹⁵

⁹³ *Idem*, pp. 34-35.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Idem*, p. 42.

En el ámbito multinacional se ve consolida, a través, del Tratado para la Constitución Europea, que respectivamente, en sus Artículos II-85 y II-86, preceptúan lo siguiente:

“La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural.

La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.”⁹⁶

Un factor más lo representa el envejecimiento que “es el resultado de una serie de dinámicas que se presentan de manera desigual en cada país. Mientras en Uruguay, el país más envejecido de América Latina, hay más de cincuenta personas mayores de sesenta y cinco años por cada cien menores de quince años, en México hay actualmente sólo quince, de acuerdo con las proyecciones de población del Consejo Nacional de Población (Conapo). No obstante, durante los próximos cincuenta años el proceso de envejecimiento se acelerará, de tal forma que mientras en Cuba habrá 170 mayores de sesenta y cinco años por cada cien menores de quince, en México dicho proceso será tan rápido que a mediados del siglo XXI habrá 121. Mientras a Francia le tomo 250 años alcanzar un porcentaje de 16% de población adulta mayor, a México le tomará sólo cuarenta años, de modo que nuestro porcentaje de población envejecida se asemeja en la actualidad al de Francia a mediados del siglo XVIII, en tanto que hacia 2050 el porcentaje será similar en ambos países.”⁹⁷

Aunado a estos factores se encuentra la circunstancia actual del sistema tradicional de tutela que se encuentra en la mayoría de los casos desfasado y que adolece de una inoperatividad y deficiencia manifiesta. Al respecto la profesora Amunátegui Rodríguez, en su artículo titulado *¿Crisis de la incapacitación?*. La

⁹⁶ REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, España, Enero-Febrero, 2006, p. 19.

⁹⁷ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *Ob. cit.*, p. 124.

autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores, señala los principales inconvenientes de la incapacitación:

“1. *Motivos personales y familiares.* Rechazo a tener que demandar al familiar a quien se deba incapacitar. Deseo de no someterlo a todo un procedimiento judicial del que puede ser consiente en alguna medida, así como querer evitar toda la tramitación del proceso en cuanto a exámenes por parte del juez, Ministerio Fiscal, forenses, médicos, dictámenes, y demás. Como sea puesto de manifiesto desde nuestra doctrina, con una expresión perfectamente descriptiva de la situación, la incapacitación por tener algo de familiarmente doloroso e indeseable, no suele pedirse más que cuando yo no queda otro remedio.

En otros casos puede constatarse un deseo por parte de los familiares de mantener en secreto o de forma reservada los problemas que afectan a alguno de sus miembros, no queriendo exponerlos públicamente, en ocasiones motivados por el deseo de preservar la intimidad de la persona carente de capacidad y en otras porque no siempre el entorno social responde adecuadamente a las necesidades de respeto y delicadeza que exige el tratamiento de estos temas.

Puede apuntarse también la reticencia a no asumir la privación de derechos para el sujeto incapacitado, así como la percepción, totalmente injustificada, por el entorno social cercano de la existencia de un cierto interés de carácter patrimonial en promover la incapacitación de la persona.

Son también inconvenientes a añadir, aunque pudieran no ser determinantes por sí solos, el coste del procedimiento judicial de incapacitación, su larga tramitación, las complicaciones prácticas que presenta, etc., circunstancias todas ellas que, si bien no revisten especial trascendencia, se unen cumulativamente a las anteriores con lo que el equilibrio final se decanta contra la incapacitación del sujeto.

2. *Descoordinación entre diversas instituciones que en su funcionamiento puedan conocer la falta de capacidad del sujeto.* Se trata de un inconveniente que se destaca desde una observación de la realidad social que evidencia la falta de coordinación, y, lo que es más importante, de colaboración entre instituciones dirigidas a la protección de los intereses de las personas que pudieran llegar a ser incapacitadas, como asistentes sociales, médicos, administración de justicia, organismos de seguridad social, etc.

3. *Inconvenientes derivados del funcionamiento de la administración de justicia.* Las dificultades que derivan de la propia naturaleza del objeto del proceso exigen una especialización que no siempre es posible. Los juzgados necesitan de una serie de medios y personal con el que no simple pueden contar en cuanto a diagnóstico de enfermedades, posible evolución de las mismas, conveniencia de proceder de una o de otra forma, posibilidades de rehabilitación o reinserción en la sociedad. Personal que, por otra parte y como hemos dicho, no agota su misión en la fase del procedimiento concluida por una sentencia, sino que debería continuar en cuanto al seguimiento del incapacitado observando su evolución, sus posibilidades de reinserción, su internamiento, su tratamiento, etc., labores todas ellas que exceden normalmente de los conocimientos de los jueces y fiscales.

4. *Falta de unidad de criterio por parte de los tribunales en cuanto a la observancia de las reglas que disciplinan el procedimiento de incapacitación.* Este punto se refiere que en materia de incapacitación no se sigue invariablemente una misma línea de actuación, ni respecto de lo que el Código claramente establece, ni en cuanto a la tramitación del procedimiento en sí, lo que no es inconveniente porque en muchos casos se transforma en una suerte de desconfianza por parte de los cuidados que repito, en ocasiones se aventuran a plantear incapacitaciones desconociendo totalmente el posible resultado final del procedimiento. Es algo, por otra parte, perfectamente conocido y asumido desde la práctica y que lleva a determinados profesionales (especialmente notarios y abogados) a desaconsejar

la institución de la incapacitación dejándola reducida a los casos estrictamente imprescindibles.”⁹⁸

La síntesis mas acabada de esta tendencia se haya ejemplificada en la reforma del año 1992, que dio origen a la *Betreuung* como nuevo sistema de tutela en Alemania que en resumen persigue los siguientes fines: ”subsana las deficiencias del antiguo Derecho; llegar a una mayor concordancia con los conocimientos actuales de la psiquiatría; tomar más en serio a la persona del enfermo; fortalecer sus derechos sustantivos y procesales frente a la intromisión del Estado que se manifiesta en el nombramiento y actuación de un curador; respetar las capacidades de autodeterminación que le quedan al afectado, a pesar de su enfermedad, por lo que se deben tomar en cuenta sus instancias y deseos en lo que sea posible; limitar los efectos agraviantes que pueda tener la asistencia sobre el afectado a lo absolutamente indispensable; dar preferencia a formas alternativas de asistencia, organizadas por el afectado mismo o por su entorno; crear un instrumentario que permita reacciones flexibles en atención a la gran variedad de manifestaciones de enfermedades mentales y de sus repercusiones sobre las capacidades del enfermo. En suma, con la nueva institución se quiere evitar asistencias superfluas y toda intromisión excesiva del Estado en la esfera personalísima de los afectados.”⁹⁹

4.1 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EXTRANJEROS

Los autores argentinos Taiana de Brandi y Rogelio Llorens escriben al respecto en los siguientes términos:

⁹⁸ REVISTA DE DERECHO PRIVADO, *Ob. cit.*, pp. 17-24.

⁹⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 288.

“Antes de abordar las regulaciones específicas de cada país, es menester hacer una clasificación de acuerdo a la profundidad de las previsiones de cada nación. De esta manera, encontramos tres grupos:

a) Países con previsiones imnicomprensivas. Se trata de Estados con regulaciones específicas, más abarcativas y sistemáticas. Entre ellos se encuentran Canadá, Estados Unidos de América, Alemania, Japón e Inglaterra.

b) Países con previsiones incipientes. Son aquellas que contemplan algunas disposiciones legales o adoptan usos judiciales o notariales que significan un esfuerzo por acceder al reconocimiento de la existencia de la problemática y que desatan en la comunidad jurídica investigaciones que generan, a su vez, una corriente de opinión orientativa para los legisladores al momento de plantear futuras reformas. Este comportamiento es observable en España, Francia, Suiza y Bélgica.

c) Países con previsiones insuficientes. Por último, existen en otros Estados una ausencia total de legislación y tratamiento jurisdiccional, alcanzando, en algunos casos, a sus doctrinarios. El común denominador es la previsión legal de la caducidad del mandato por la incapacidad del mandante. Entre ellos se enrolan Italia; Paraguay; Brasil; Chile; Colombia, así como también Mónaco, Grecia y Escocia.”¹⁰⁰

En seguida y antes de iniciar el desarrollo de los antecedentes de la tutela cautelar en los países a los que tradicionalmente se remite la doctrina nacional en sus investigaciones jurídicas y que no es del todo injustificada, debido a la gran influencia que históricamente hemos recibido del derecho galo e ibérico en nuestro derecho objetivo; expondremos sucintamente los precedentes del tópico tutelar en otras latitudes, concretamente en el derecho anglosajón.

¹⁰⁰ *Disposiciones y Estipulaciones para la Propia Incapacidad*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1996, pp. 43-44.

“A continuación enumeraremos algunos de los rasgos más importantes del sistema canadiense:

1) Según el grado de incapacidad y las necesidades de cada presunto incapaz, el Estado puede ordenar:

a) La curatela como régimen extremo de representación.

b) La tutela, como vía que permite conservar al incapaz cierta autonomía y que se puede dictar para proveer a la representación de la persona y sus bienes.

c) EL consejero del mayor, que no ejerce representación sino sólo asistencia y asesoramiento por el debilitamiento de las aptitudes psíquicas o prodigalidad, y que, a su vez, puede limitarse en el tiempo o a ciertos actos.

2) Para solicitar la apertura de cualquiera de los tres regímenes señalados están legitimados: el propio incapaz, sus familiares, cualquier interesado, el curador público y el mandatario, si su mandato resultase insuficiente para atender en todas sus necesidades al incapaz.

3) Durante toda la sustanciación del proceso, siempre judicial, se dispone que subsistan los mandatos otorgados en previsión de su incapacidad por el presunto incapaz cuando era capaz. Precisamente este es el cuarto régimen de protección previsto por la ley.

4) *El Mandat donné en previsión de l' inaptitude du mandant* es regulado como contrato; es formal y deber ser otorgado por escritura pública (minuta notarial) o en presencia de testigos, quienes deben dar testimonio de la finalidad del acto, aunque no de su contenido.

5) En cuanto al mandante debe quedar claro que el mandato ha sido conferido para ser ejercido en una época en que no podrá vigilar la ejecución.

6) La aceptación del mandato puede ser simultánea o posterior a su otorgamiento.

7) Para su validez plena es necesaria la homologación judicial, pero dicho trámite no comprende necesariamente la apertura de alguno de los otros tres regímenes de protección, aunque no los excluye si el mandato es insuficiente.

8) El objeto del *Mandat donné en prévision de l' inaptitude du mandant* puede ser la protección de la persona del otorgante o su patrimonio, o puede abarcar ambos aspectos y aún negocios, actos o diligencias determinados.

9) En caso de insuficiencia del mandato, puede ser completado por un régimen de protección establecido judicialmente, supuesto en el que se da la coexistencia de dos regímenes. Esta coexistencia es factible pero no obligatoria.

10) En el mandato el mandante puede prever sustitución de mandatario, y es inválida toda convención por la que el mandatario se reserve o quede facultado a renunciar. En consecuencia, en ejecución del mandato, el mandatario no podrá renunciar sin la delegación previa del sustituto o, en su defecto, sin solicitar la apertura de un régimen judicial de protección.

11) Los actos ejecutados antes de la aprobación del mandato pueden ser anulados, o el resultado de las obligaciones reducidas, como prueba de que la incapacidad del mandante era notoria o sabida por otra parte.

12) En todo momento, el mandante, durante la capacidad o recuperada ésta, puede revocar el mandato.

13) Si el director general de la Salud y Servicios Sociales que brindan cuidados y servicios al mandante comprueba que este se ha vuelto capaz nuevamente, debe atestiguar dicha capacidad en un reporte que debe llenar en las oficinas del tribunal. Dicho reporte debe incluir las evaluaciones médicas y psicológicas.

14) Se dispone que la ejecución del mandato está subordinada a que sobrevenga la incapacidad y a la homologación del tribunal a solicitud del mandatario designado.

15) El mandatario no puede, a pesar de disposición en contrario, renunciar al mandato.”¹⁰¹

Por lo que concierne a los Estados Unidos de Norteamérica en su sistema de protección de los incapaces lo que nos interesa son las *advance directives*.

“El espíritu de estas recomendaciones concernientes a las disposiciones anticipadas estriba en que todos los días de la vida hay que tomar decisiones; a) decisiones monetarias y financieras (hacer depósitos y retiros bancarios, comprar o vender una casa u otras propiedades, pagar las cuentas y manejar las deudas, administrar testamentos, seguros de vida y otros documentos, manejar asuntos del Seguro Social –*Social Security, Medicare, Medicaid, SSI*- , y otros beneficios); b) decisiones personales (elegir un lugar para vivir, socializar con grupos y personas de su agrado, organizar actividades de recreación, viajes y la manera de transportarse, cumplir con sus necesidades espirituales y/o sus tradiciones religiosas, planificar o hacer arreglos funerarios y de sepelio); y c) decisiones de salud (elegir un servicio médico o un programa de salud a largo plazo –*long-term care facility*-, emplear asistencia médica en el hogar, aceptar o rechazar tratamiento médico, obtener o ceder registros médicos, y, en caso de

¹⁰¹ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *Ob. cit.*, pp. 46-49.

enfermedades terminales, establecer la manera que debe tomar el tratamiento médico.

Entre las figuras jurídicas que se ofrecen a los estadounidenses están las siguientes:

a) El poder durable de abogado (*Durable Power of Attorney*). Es un documento por el cual una persona (*the principal*) da autoridad legal a otra persona (*agent or attorney-in-fact*) para que actúe en su nombre. El término “durable” se refiere a que el agente puede actuar cuando el principal se vuelve incapaz. El poder durable de abogado ofrece una manera simple de nombrar un agente que administrará todo o parte de un patrimonio, ya sea en el ámbito monetario o financiero, o en el ámbito personal, o en ambos. Uno puede incluir instrucciones, órdenes, o limitaciones de acuerdo a sus propios intereses.

Generalmente el poder tiene que ser firmado y protocolizado ante notario. Algunos Estados prevén requisitos adicionales. Es muy importante tener en cuenta que en la mayoría de los Estados de la Unión Americana, este Poder es durable sólo si el documento declara que sus provisiones continuarán teniendo efecto aún después de que la incapacidad ocurra.

Asimismo, se debe tomar en cuenta el procedimiento necesario para determinar el momento en el que el principal se ha vuelto incapaz, y a pesar de que el agente debe atenerse a ciertas disposiciones legales, no existe una manera formal de supervisar sus acciones.

b) Fideicomiso (*Trust*). Un *trust* es un arreglo por el cual una persona o institución denominada fideicomisario (*trustee*), tiene el título de una propiedad para el beneficio de otras personas denominadas beneficiarios (*beneficiaries*). Es utilizado para el mantenimiento de la propiedad durante de la vida, y es especialmente útil cuando la masa de la propiedad es grande y se necesita un

manejo profesional de ella. El fideicomiso puede efectuarse para que sus cláusulas sigan teniendo efecto aún después de su muerte. Tiene una amplia aceptación entre la comunidad de negocios y de finanzas (*business and finance community*).

Un fideicomiso que surte efectos para la administración del patrimonio durante la vida, se denomina fideicomiso *inter vivos* o *Living Trust*. Se debe tomar en cuenta que un fideicomiso manejado profesionalmente puede resultar muy costoso en su instauración y en su administración.

c) Poder para el cuidado de la salud (*Health Care Power of Attorney*). Se trata de un documento similar al *Durable Power of Attorney* para la administración de la propiedad, pero en este caso está destinado exclusivamente a los asuntos sobre el cuidado de la salud. Se le reconoce también como Poder de Salud o Poder para Cuidado Médico (*Health Care Proxy*).

d) Testamento vital (*Living Will*). Es un documento con instrucciones escritas que permite que una persona señale su voluntad concerniente a los tratamientos médicos que se desean recibir (sobre todo cuando la única manera de mantener la vida artificialmente es con la utilización de instrumentos) en caso que no sea posible expresar dicha voluntad por sí mismo.

El testamento vital precisa las preferencias en torno a los cuidados médicos que, en su caso, uno desea recibir. Es diferente al *Health Care Power of Attorney* por que el testamento vital no precisa de la designación de un agente, y en algunos estados únicamente se aplica en casos de enfermedades terminales, o bien, cuando el enfermo se encuentra en estado vegetativo.”¹⁰²

En ausencia de disposiciones anticipadas, en materia de salud y monetaria o financieras, es posible que se necesite la autoridad de un tribunal para poder

¹⁰² *Idem*, pp. 76-81.

efectuar las decisiones necesarias. Este trámite generalmente se llama procedimiento de custodia (Conservatorship), o de tutela (Guardiansship), y que puede resultar ser oneroso en tiempo, dinero, y limita las opciones para todos los interesados.

Finalmente en el Reino Unido, “la figura del testamento vital es escasamente utilizada, mientras que por el contrario, se otorga el poder general a un representante, en previsión de la futura incapacidad del otorgante, según disponen las reglas de 2001 sobre *Enduring Powers of Attorney*. Entre otros aspectos, la *Enduring Powers of Attorney Act* de 1985 se caracteriza por permitir a una persona (*donnor*) nombrar a otra (*attorney*) confiriéndole poder para que tome sus decisiones acerca de su propiedad y negocios.

No obstante, como en dicha ley no se hace referencia expresa a la posibilidad de que se decida acerca del cuidado personal o la salud del otorgante, para suplir esa carencia, la *Law Comisión* realizó un informe sobre incapacidad mental recomendando la introducción de una nueva forma de poder, el llamado *Continuing Power of Attorney* que, como novedad, extendía el poder a materias relativas al cuidado personal y al cuidado de la salud; por ejemplo en torno a la aceptación o al rechazo de un tratamiento médico.

Otro avance de gran importancia es la entrada en vigor, en abril de 2005, de la *Mental Capacity Act –MCA-*, que insta una “Corte de Protección” (*Court of Protection*) (artículo 45), que garantizará jurisdiccionalmente la atención a las directivas anticipadas, así como el “Guardián Público”, *Public Guardian* (artículo 57), que mantendrá un registro de las voluntades anticipadas. Los principales aspectos previstos por esta ley son los siguientes:

- 1) Una persona carece de capacidad si es incapaz de tomar una decisión para sí mismo debido a un deterioro en el funcionamiento de sus facultades.

2) El poder permanente del abogado es aquel bajo el cual el mandante confiere al mandatario (o mandatarios) la autoridad de tomar decisiones en aquellas circunstancias en las que el mandante ya no tenga capacidad.

3) Se denomina “decisión anticipada” a aquella hecha por una persona después de haber cumplido los dieciocho años y cuando tenga la capacidad para hacerlo, siempre que: a) posteriormente y en circunstancias tales que él pueda especificar, la persona encargada de proporcionarle cuidados médicos le proponga llevar a cabo o continuar un tratamiento específico, y b) al momento de perder la capacidad para consentir llevar a cabo o continuar el tratamiento, dicho tratamiento específico no se lleve a cabo ni se continúe.

4) Nada en la M.C.A., permite que se tome una decisión en representación de una persona, sobre cualquiera de los siguientes asuntos: a) consentir el matrimonio o la sociedad civil, b) consentir tener relaciones sexuales, c) consentir una sentencia de divorcio que fuese otorgada sobre la base de dos años de separación, d) consentir una sentencia de disolución que fuese realizada con relación a una sociedad civil sobre la base de dos años de separación, e) consentir que se de en adopción un niño por medio de la agencia de adopción, f) consentir la realización de una orden de adopción, g) eximir de responsabilidades de patria potestad en asuntos que no estén relacionados con el patrimonio de los hijos, h) dar un consentimiento bajo la Ley de Fertilización y Embriología Humana de 1990, i) dar tratamiento médico a un paciente por trastornos mentales, y j) consentir que se le proporcione tratamiento médico a un paciente por trastornos mentales, si al momento en que se propone tratar al mismo, su tratamiento se regula por el capítulo cuarto de la Ley de Salud Mental.

5) Nada en la M.C.A. permite que se tome una decisión en nombre de la persona sobre la votación en una elección para cualquier función pública o en un referéndum.

6) Se prevé la existencia de un tribunal superior de registros denominado Corte de Protección, que puede sesionar en cualquier lugar de Inglaterra y Gales, todos los días y en todo momento. Dicha Corte tiene una oficina central y registro en el lugar designado por el *lord chancellor*, quien podrá designar como oficinas del registro adicionales de la Corte a cualquier oficina de registro distrital del Tribunal Superior y cualquier oficina de tribunal de condado.

7) Se prevé la existencia del Guardián Público, encargado de establecer y mantener un registro de los poderes permanentes de abogado.”¹⁰³

4.1.1 FRANCIA

“Recientemente en el Código de Napoleón se introdujo la figura jurídica en estudio, el antecedente inmediato a la inserción de este instituto jurídico se dio con la celebración del Congreso de Notarios de Francia, llevado a cabo en Estrasburgo, en el mes de mayo de 2006, que se consagró a las personas vulnerables y al estudio de su protección jurídica.

Las conclusiones del Congreso ponían de manifiesto que los cambios demográficos y sociológicos de la sociedad francesa en las últimas décadas generaban problemas en la aplicación del régimen jurídico vigente, a la vez que su antigüedad dejaba al Code rezagado respecto a los países de su entorno que, en los últimos tiempos, habían incorporado a sus normas de protección de incapaces, grandes dosis del principio de autonomía de la voluntad.

En esta línea, las conclusiones del Congreso llevaron a cabo importantes y elaboradas propuestas para poner al día el marco normativo de protección de las personas vulnerables. Tales propuestas fueron, en parte, asumidas por el

¹⁰³ *Idem*, pp. 83-86.

Proyecto de Ley de reforma de la protección jurídica de mayores, presentado en la asamblea nacional en noviembre de 2006 y que ha sido finalmente aprobado por la Ley de 5 marzo de 2007, sobre reforma de la protección jurídica de los mayores.”¹⁰⁴

En este orden de ideas, es desde el artículo 477 al numeral 494 del Código Civil de Francia, donde se regula la figura que nos ocupa, haciendo la acotación que la finalidad última trascendió el ámbito de la figura en estudio, para ubicarse en la del mandato.

“El mandato de protección futura se ubica en el Libro Primero, Título Undécimo; Capítulo segundo, Sección Quinta; Del Mandato de Protección Futura, Subsección Primera; Disposiciones Generales.

Los principales aspectos de esta figura jurídica son los siguientes

1) Toda persona emancipada o mayor de edad que no este bajo una medida de tutela puede encargar por medio de un mandato de protección futura a una o varias personas, que lo representan para el caso donde devenga en incapaz y no pueda proveer por sí mismo a sus intereses.

2) El mandato entra en vigor cuando el mandante no puede proveer solo a sus intereses.

3) El mandato fija las modalidades de control de su ejecución.

4) El mandatario puede ser toda persona física escogida por el mandante o la persona moral inscrita en la lista de los mandatarios judiciales para la protección de los mayores.

¹⁰⁴ Autotutela. Derecho francés, <http://vlex.com/vid/448727>

5) Cuando el mandato se extiende para la protección de la persona, los derechos y obligaciones del mandatario son los que tendría un tutor. Toda estipulación en contrario es tenida por no puesta.

6) El mandato puede prever que el mandatario desempeñe las funciones que el Código de Sanidad Pública y el Código Acción Social y de las Familias le confían al representante de la persona en tutela o a la persona de confianza.

7) El mandatario puede durante la ejecución del mandato ser liberado de sus funciones, sólo sí, cuenta con la autorización del juez de las tutelas.

8) El mandatario ejecuta personalmente el mandato. No obstante, puede sustituir una tercera parte de la de gestión del patrimonio.

9) El mandato puesto en ejecución se acaba por:

a) El restablecimiento de las facultades personales del mandante.

b) La defunción de la persona protegida o su colocación en curaduría o tutela.

c) La defunción del mandatario, o su colocación bajo una medida de protección.

d) La revocación pronunciada por el juez de las tutelas a petición de todo interesado, procede cuando las condiciones previstas para declarar a un incapaz no se reúnen.

10) El mandato puede formalizarse ante notario público en escritura pública, la aceptación del mandatario se manifiesta con la misma formalidad.

11) Mientras el mandato no entre en vigor el mandante puede modificarlo en la misma forma o revocarlo, notificándole su revocación al mandatario y al notario, a su vez el mandatario puede renunciar, notificando su renuncia al mandante y al notario.¹⁰⁵

12) El mandato establecido en forma privada es fechado y firmado por el mandante, debiendo ser refrendado por un abogado.”

4.1.2 ESPAÑA

En la península ibérica, la primera disposición en esta materia de autoprotección, fue la Ley Catalana del 29 de julio de 1996, que modifica los artículos 4 y 5 de la Ley del 30 de diciembre de 1991.

“En la exposición de motivos o preámbulo nos muestra cuál es la oportunidad, el sentido y las necesidades de cubrir. Esclarece el preámbulo que la presente iniciativa legislativa responde al aumento de la esperanza de vida de la población, lo cual da lugar a un sobreenviejamiento de las personas que conduce a un incremento de patologías crónicas que pueden impedir el propio gobierno.

El preámbulo indica que las reformas introducidas se encuentran fundamentadas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas las situaciones futuras las cuales impidan que está se gobierne por sí misma.

Dentro de este marco de libertad, la Ley Catalana de 1996, respeta y protege al ser humano en todas aquellas situaciones que afectando íntimamente a

¹⁰⁵ Francia: Ley de 5 de marzo sobre reforma de la protección jurídica de los mayores, <http://codigo-civil.net/blog/?m=200704>

su ser, puede encontrarse previsiblemente en un futuro más o menos próximo, en circunstancias que le impidan gobernarse por sí mismo.

El artículo 5 de la Ley de mérito en su primer párrafo reza de la siguiente manera:

Cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley. El nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por la ley a ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior.”

Dentro de las reformas a la Ley catalana yace la Disposición Adicional Tercera que preceptúa de la siguiente manera:

1. Se establece el Registro de Tutelas y Autotutelas, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el artículo 5.

2 A fin de poder inscribir las delaciones y a los efectos de designación de tutor, los notarios que autoricen escrituras en las que se procede a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, establecida en el artículo 5, habrán de dirigir un oficio al Registro de Tutelas y Autotutelas indicando el nombre, apellidos, domicilio y documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma sea procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados. El juez competente ha

de solicitar una certificación de las inscripciones que puedan constar en el Registro de Tutelas y Autotutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protector y ha de dar cuenta de la misma al Ministerio Fiscal y a las otras partes que hayan comparecido.

3. Reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas.”¹⁰⁶

En este sentido existen importantes pronunciamientos de los tribunales, uno de los cuales es el siguiente:

“Dentro de los mismos ocupa un lugar destacado la ATSJ de Cataluña de 12 de mayo de 2003 (RJ2003/6318) en la que, tras un complicado procedimiento, se cumple con la voluntad manifestada por la persona en un loable proceder del Tribunal Superior, frente al inadecuado criterio de las instancias inferiores, al que nos referiremos en cuanto describamos brevemente los hechos. Se trata de una enferma de Alzheimer, que va agravando su situación a lo largo de todo el tiempo que dura la tramitación judicial comenzada en 1998 (prácticamente cinco años ante los tribunales). Uno de sus hijos insta la incapacitación de su madre (en 1998), con la que tiene unas pésimas relaciones, que es desestimada por el Juzgado (año 1999), debido al leve deterioro mental que en ese momento presenta su madre. Durante la tramitación de ese primer procedimiento la madre, en escritura pública, manifiesta ser su voluntad que su otro hijo sea el tutor de sus bienes y de su persona. Al año siguiente el primer hijo vuelve a solicitar la incapacitación, alegando la madre que su deseo es no seguir padeciendo los trámites del procedimiento, mostrándose conforme con su incapacitación, pues ya ha manifestado que desea como tutor a uno de sus hijos. Se dicta sentencia procediendo a la incapacitación, ordenando que en pieza separada se proceda al nombramiento de tutor, y, de manera incomprensible, se nombra tutor de los

¹⁰⁶ Ley 11/1996, <http://www.discapnet.org/Discapnet/Castellano/Guias/Interno/Derecho>.

bienes al hijo designado en la escritura, y tutor de la persona al hijo demandante de ambos procesos y con el que la incapacitada ha manifestado tener una deplorable relación, hasta el punto de haber acudido repetidamente a la comisaría de policía denunciando sus amenazas, obedeciendo tal decisión del magistrado, parece, al hecho de que el primer hijo vive apartado de la madre (aunque la madre a manifestado que prefiere estar en una residencia en la misma localidad de su hijo), mientras que el segundo comparte la misma vivienda si bien en pisos separados, lo que no dificultaría la convivencia, pudiendo la madre permanecer en su domicilio. Ambos hijos recurren y la Audiencia, en actitud todavía más anómala, atribuye únicamente la tutela al hijo que comparte inmueble con la madre, excluyendo totalmente al nombrado por la madre en la escritura. Vuelve a recurrirse en este caso ante el Tribunal Superior de Justicia que, con un proceder plausible, revoca las resoluciones anteriores reconociendo plena efectividad a la escritura de autotutela, procediendo a nombrar al hijo designado como único tutor, y permitiendo además el ingreso de la madre en una residencia adecuada respetando su voluntad de permanecer en la misma localidad que el hijo que no puede atender personalmente a su cuidado.

La sentencia afirma que *el respeto a la autonomía de la voluntad y a la libertad individual ha sido consustancial al derecho civil catalán y, citando la Exposición de Motivos del Código de Familia, considera que en este mismo marco del respeto de la autonomía de la voluntad puede incardinarse la institución de la autotutela, según la que cualquier persona con plena capacidad de obrar puede designar y establecer las condiciones de su organismo tutelar, en previsión de una futura declaración de incapacidad.*¹⁰⁷

En la Ley 2/2006, de 14 de junio, Derecho Civil de Galicia tuvo una injerencia decisiva el tercer Congreso de Derecho Gallego, a través de los miembros de la ponencia de la Sección segunda: “así, la idea central que se toma como punto de referencia por los miembros de la citada Sección para proceder a

¹⁰⁷ REVISTA DE DERECHO PRIVADO, *Ob. cit.*, pp. 54-55.

configurar la institución que ahora nos ocupa se concreta en el respeto a la voluntad del individuo, fehacientemente expresada, que se considera necesario reforzar, relegando- frente al que se califica como excesivo intervencionismo judicial, patrocinado en el Código civil tras la reforma del año 1983- el posible papel del Juez a un plano secundario.

En este sentido, por ejemplo, se indica que debe permitirse no sólo la posibilidad de que cualquier persona plenamente capaz sea la que por sí misma designe a las que entienda como más idóneas para tutelarle, y determine la regulación de algunos aspectos relativos a la figura, que serían señalados orientativamente por la Ley y únicamente establecidos de forma legal en caso de previsión por parte del disponente: retribución o gratuidad del cargo, facultades de administración o de disposición, modo de ejercicio del encargo, mecanismos de control del mismo, etc., además de atribuirle también la posibilidad de encomendar a su cónyuge dicha designación entre las personas por el propuestas, permitiéndole de esta forma tomar en consideración las circunstancias acaecidas durante el tiempo que transcurriese entre el momento de la designación y aquel en que ésta debiese de hacerse efectiva.”¹⁰⁸

Esta Ley regula la autotutela en el Título III, en los siguientes términos:

“Artículo 42. En previsión de una eventual incapacidad, cualquier persona mayor de edad podrá designar en escritura pública la persona o personas, físicas o jurídicas, para que ejerzan el cargo de tutor. Del mismo modo, podrá designar sustitutos de los designados para ejercer la tutela y excluir a determinadas personas para el cargo.

Artículo 43. La persona interesada también podrá delegar en su cónyuge u otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas, previamente identificadas o relacionadas en la escritura pública.

¹⁰⁸ RAMÓN LÓPEZ, Rosa y otro, *El Derecho de la Familia de Roma al Derecho actual*, Editorial Universidad de Huelva, Madrid, España, 2004, p. 667.

Artículo 44. Asimismo el interesado podrá:

1. Fijar la retribución del futuro tutor y señalar las reglas generales de funcionamiento y contenido de la tutela prevista, en especial en lo que se refiere al cuidado de su persona.

2. Proponer medidas de vigilancia y control de la actuación tutelar, así como reglas para la administración de sus bienes.

Artículo 45. Las disposiciones a que se refieren los artículos anteriores vincularán al juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.”¹⁰⁹

“Por su parte la Ley 13/2006 de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona de Aragón, preceptúa del siguiente modo:

Artículo 95. Delación hecha por uno mismo.

1. Conforme al principio standum est chartae, cualquier persona mayor de edad y con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación. Podrá también establecer órganos de fiscalización, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, sin perjuicio de la vigilancia y control por el Juez y el Ministerio Fiscal.

2. La entidad pública competente en materia de protección de menores o incapacitados no podrá ser objeto de designación o exclusión voluntaria.

¹⁰⁹ Ley 2/2006, http://www.avogacia.org/w3/IMG/pdf/Ley2-2006_Idegues.pdf.

Artículo 97. Publicidad de la delación voluntaria.

Los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

Artículo 98. Pluralidad de designados.

En la delación voluntaria se puede designar titular del cargo tutelar o sustituto del mismo a una o dos personas para que actúen conjunta o solidariamente. Además, se puede encomendar la administración de bienes a otras personas.”¹¹⁰

La Ley Estatal 41/2003 modifica al Código Civil español en materia de autotutela, así, el contenido del artículo 223 es el siguiente:

“Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, a sí como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a que se refiere el presente artículo se comunicaran de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

¹¹⁰ Ley 13/2006, <http://www.gabilos.com/leyes/ar-113-2006.t3.html>.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efecto de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

Por otra parte el primer párrafo del artículo 234 del Código Civil pasa a tener la siguiente redacción:

Artículo 234. Para el nombramiento de tutor se preferirá:

1. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.”¹¹¹

4.1.3 SUDAMERICA

En esta parte del continente americano son muy contados por decir nulos los países que en su doctrina o en sus respectivas leyes se contenga esta figura normativa, o el espíritu de la misma bajo otro instituto legal.

En la Argentina aún no se establece en su legislación una figura análoga, lo que sí se ha elaborado es un proyecto de Ley como consecuencia de los estudios realizados por los notarios públicos Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, el cual citamos parcialmente:

“Artículo 1. Incorporase como art. 475 bis del Cód. Civil el siguiente:

Artículo. 475 bis. En previsión de su propia incapacidad, los mayores de edad pueden designar su curador y sus sustitutos o un procedimiento judicial de elección.

¹¹¹ Ley 41/2003, http://www.mtas.es/sgas/LPPPD/ley_412003.htm.

Salvo que se dispusiere lo contrario, la misma persona se desempeñara en cualquiera de los cargos a los que se refieren los artículos 147 y 471 de este Código.

La designación del propio curador hecha durante la capacidad es imperativa para el juez, salvo que concurra alguna de las causales previstas para su posterior remoción.

Sólo serán llamados para desempeñar el cargo de curador las personas previstas en los artículos siguientes, cuando no quisiese o no pudiese aceptar la persona designada por el propio incapaz, durante su capacidad, o cuando no esté previsto por el otorgante un procedimiento de elección eficaz.

Quien conociese su designación en los términos del presente artículo y tuviese conocimiento de la falta de aptitud del otorgante para administrar sus bienes o gobernar su persona queda obligado a iniciar el procedimiento de incapacidad dentro de los treinta días de tal conocimiento.

Los mayores de edad pueden, también, dictar directivas y disposiciones sobre su vida y la atención de su salud para el momento de su incapacidad y ellas serán obligatorias para quienes deban aplicarlas, mientras que circunstancias posteriores no varíen las condiciones en que deban hacerlo.

En todos los casos, los actos deberán otorgarse por escritura pública como forma *ad solemnitatem*.

Artículo 2. Incorpórese como art. 1963 bis del Cód. Civil el siguiente:

Art. 1963 bis. No se producirá la extinción del mandato por la incapacidad del mandante cuando este ha sido otorgado para continuar luego de la propia incapacidad o en previsión de ella. En último caso el mandatario sólo podrá actuar

luego de que quede firme la sentencia que declare la incapacidad, salvo que el mandante hubiese previsto su comienzo por la sola comprobación de su ineptitud por dos médicos o la concurrencia de otros recaudos. El mandatario así designado que tuviese conocimiento de tal designación y la hubiese aceptado queda obligado a iniciar el proceso judicial de protección en el plazo máximo de un mes, desde que tuviese conocimiento de la ineptitud del mandante.

Los mandatos de este artículo no podrán prever la realización de los actos prohibidos al tutor en el artículo 450 de este Código, salvo previsión expresa de negocios singulares, a favor de persona determinada, incluso del mandatario, o determinable.

El mandatario deberá rendir cuenta de su gestión al curador con la periodicidad que indique la sentencia judicial que, a su vez, tendrá en cuenta las previsiones del mandante. En todos los casos deberá dar cuenta inmediata de la realización de alguno de los actos previstos por el art. 443 de este Código, en el supuesto de que este expresamente facultado para ejecutarlos.

Además de ejercer el control de la gestión del mandatario, el curador se desempeñara en todas las funciones que haga el incapaz con exclusión de las previstas en el mandato.

El curador sólo podrá revocar el mandato por causa justificada, con autorización judicial, previa intervención del ministerio pupilar.

Estos mandatos sólo podrán ser otorgados mediante escritura pública como forma *ad solemnitatem*.¹¹²

¹¹² TAIANA DE BRANDI, Nelly A, y otro, *Ob. cit.*, pp. 73-75.

4.2 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE MEXICANO

Como ya se mencionó páginas atrás el estudio realizado por la doctrina en nuestro país, es escaso, no obstante en años recientes, los estudios realizados por académicos y Notarios Públicos han generado doctrina la cual ha influido en elaboración de los preceptos legales que son objeto de estudio.

El notario N° 15 del Distrito Federal, Eduardo García Villegas, entrevistado en el año de 2004 dijo al respecto lo siguiente: “la auto tutela legal del individuo, en pleno uso de sus facultades mentales, con prudente previsión para su retiro de la vida activa genera mayor seguridad jurídica y protección para las personas de edad avanzada que comprenden que sus capacidades físicas -la vista, oído, memoria, inteligencia, así como la comprensión y las capacidades mentales- puedan llegar a disminuir notablemente, por lo que decide dictar sus disposiciones respecto a su persona, conforme sus deseos e intereses, confiando en el Derecho como supremo refugio en la vejez o incapacidad.”¹¹³

En el ámbito nacional son cuatro los Estados de la República en donde se contempla la tutela cautelar, bajo distintas denominaciones pero la sustancia normativa es muy similar, las entidades federativas a las que nos estamos refiriendo son: el Estado de México, Nuevo León, Hidalgo y Morelos.

4.2.1 CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MEXICO

El Código Civil del Estado de México, en vigor desde el 22 de julio de 2002, regula a la tutela voluntaria como sigue:

¹¹³ EL MUNDO DEL ABOGADO, Año 6, Núm. 57, México, Enero 2004, pp. 43-44.

Artículo 4.240. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o voluntaria.

Artículo 4.269. Las personas capaces pueden designar tutor y curador, así como sus sustitutos, para el caso de que llegare a caer en estado de interdicción.

Artículo 4.270. Las designaciones anteriores deben constar en escritura pública, con los requisitos del testamento público abierto.

Artículo 4.271 Al hacer la designación podrá instruir sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.

Artículo 4.272 Si al hacerse la designación de tutor o curador voluntarios, estos no reúnen los requisitos para desempeñar el cargo será válida la designación si los satisfacen al momento de desempeñarse.

Artículo 4.273 A falta o incapacidad de los tutores o curadores designados, se estará a las reglas de la tutela legítima.

4.2.2 CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Por su parte del Código Civil del Estado del Estado de Nuevo León, en vigor desde el primero de octubre de 1999, regula la tutela autodesignada en los siguientes términos:

Artículo 558. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada.

Artículo 616. El mayor de edad capaz tiene derecho a designar su tutor para el caso de que sea declarado incapaz. Este nombramiento excluye del ejercicio de

la tutela a las personas a las que pudiera corresponderles de acuerdo con este código.

La persona designada no está obligada aceptar el cargo, aunque no tenga excusa para ello, pero si lo acepta deberá permanecer en él un año cuando menos, pasado el cual podrá solicitar al juez se le releve del mismo.

Si se nombran varios tutores, desempeñara la tutela el primero de los nombrados, a quien sustituirán los demás en el orden de su designación, en los casos de muerte, capacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo; excepto que se haya establecido el orden en que los tutores deban sucederse en el desempeño de la tutela.

La designación de tutor debe hacerse ante notario y es revocable en cualquier tiempo mediante la misma formalidad.

En lo que no se opongan son aplicables al tutor autodesignado las disposiciones de la tutela en general, salvo lo dispuesto expresamente por quien lo nombre.

4.2.3 CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE HIDALGO

El Código Familiar del Estado de Hidalgo, que en estricto sentido, no es un antecedente. ya que la aparición de la tutela voluntaria es ulterior a la reforma del Código Civil del Distrito Federal de 17 de mayo del año pasado; en vigor desde el 9 de junio de 2007, recoge en su título noveno la tutela en los siguientes términos:

Artículo 253. Existen cuatro clases de tutela:

I. Testamentaria;

- II. Legítima;
- III. Dativa y
- IV. Voluntaria.

Artículo 279. Toda persona capaz puede designar tutor para el caso de que cayere es estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación.

Artículo 280. El tutor que haya aceptado el cargo deberá permanecer en él todo el tiempo que dure el estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación del pupilo, a no ser que el tutor caiga en un estado de incapacidad, o sea removido, o se excuse con justificación debidamente probada, o por muerte.

Artículo 281. La designación de tutor será válida si se hace ante Notario Publico o Juez Familiar. En el primer supuesto debe constar en escritura pública y con las formalidades del testamento público abierto. Y en el segundo supuesto se iniciara el procedimiento no contencioso debiendo el juez notificar de manera personal al tutor propuesto para la aceptación del cargo y discernimiento del mismo, resolviendo lo conducente. En igual forma el tutor deberá promover en procedimiento no contencioso cualquier solicitud no relativa a la autorización para no enajenar o gravar el patrimonio a su encargo.

Artículo 282. Si al hacerse la designación del tutor voluntario, este no reúne los requisitos para desempeñar el cargo, será válida la designación si los satisface al momento de desempeñarse.

Artículo 283. A falta o incapacidad del tutor designado se estará a las reglas de la tutela legítima.

Artículo 284. Al hacerse la designación de tutor voluntario podrá instruirse sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, en su caso el

monto de los honorarios del tutor y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.

4.2.4 CÓDIGO FAMILIAR DEL ESTADO DE MORELOS

El Código Familiar del Estado de Morelos, en vigor el primero de enero de 1994, norma la tutela preventiva en los siguientes artículos:

Artículo 294. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o preventiva.

Artículo 319. Toda persona en pleno ejercicio de sus derechos podrá designar a una persona capaz para que si cayere en estado de interdicción o inhabilitación, desempeñe la tutela respecto de ella.

Artículo 320. También, en la misma forma que señala el precepto anterior, podrá designar a otras personas para que por su orden sustituyan al designado en el desempeño del cargo, en casos de no aceptación, impedimento, excusa o remoción. Estas designaciones sólo serán válidas si se hacen ante notario o juez de lo familiar.

Artículo 321. Serán aplicables a la tutela preventiva todas las disposiciones de la tutela testamentaria en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el artículo anterior.

4.3 ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS ARTÍCULOS 469 BIS, 469 TER Y 469 QUATER DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Antes de iniciar el análisis de los artículos de 469-Bis, 469-Ter y 469-Quáter del Código Civil del Distrito Federal, transcribiremos a continuación su contenido:

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 estos, los sustitutos nombrados por el juez tomando en cuenta la opinión del Consejo Local 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 de que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.

En esta clase de tutela al igual que la tutela testamentaria, legítima y dativa, habrá de regirse con base en las Disposiciones generales de la Tutela; De las personas inhábiles para el desempeño de la tutela y de las que deban ser separados de ella; De las excusas para el desempeño de la tutela; De las garantías que deben prestar los tutores para asegurar su manejo; Del desempeño de la tutela; De las cuentas de la tutela; De la extinción de la tutela; De la entrega de los bienes y Del curador, de lo cual se colige que el tutor cautelar tendrán las obligaciones y facultades que en su caso tiene el tutor testamentario, legitimo o dativo, salvo disposición en contrario que modifique tales disposiciones y que deberán constar en la escritura pública que de origen a la tutela cautelar.

El artículo 469-Bis, inicia diciendo: “toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores y a sus sustitutos”; de aquí se desprenden a nuestro juicio dos cuestiones que a continuación enumeramos:

1. Sólo las personas físicas son las que están facultadas para nombrar tutor, ya que estas son las únicas que pueden otorgar testamento.

2. Se establece como requisito la edad de dieciséis años para nombrar tutor cautelar, ya que la capacidad para testar la determinan los artículos 1305 y 1306 del Código Civil del Distrito Federal, cuyo contenido continuación se transcribe:

Artículo 1305. Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de este derecho.

Artículo 1306. Están incapacitados para testar:

I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.

Aquí nos detendremos un poco ya que consideramos que la edad fijada por en el precepto no es la idónea, por los siguientes motivos:

El primero se debe a la situación jurídica, en que puede hallarse el menor de edad.

Puede ser un emancipado por razón del matrimonio, y por tanto no estar sujeto a la patria potestad.

Puede encontrarse bajo la patria potestad y por tanto existir persona o personas de inmejorables condiciones y cualidades a los que les asiste la obligación y el derecho de cuidar y proteger de la persona y del patrimonio de su hijo o nieto, hasta que cumple la mayoría de edad, para lo cual sólo faltan dos años; por lo cual nosotros creemos que la edad debiera fijarse a los dieciocho años, que es la que se le requiere al sujeto de derecho para la celebración de la mayoría de los actos jurídicos contemplados en los ordenamientos jurídicos, por ser una persona plenamente capaz en el ejercicio de sus derechos, y así, podrá nombrar en mejores condiciones al tutor cautelar de su preferencia.

Otra situación es la de encontrarse sujeto a una de las tres tutelas clásicas, en este punto valga un reflexión, sí un menor de dieciséis años está sujeto a la tutela testamentaria, podrá a los dieciséis años, designar tutor cautelar y solicitar previo juicio de interdicción, se le nombre al tutor cautelar designado en escritura pública y revocar al nombrado por sus padres o abuelos. Pensamos que de ser

posible lo antes descrito, la reforma trastocaría los derechos de las personas que pudieran ejercer la patria potestad, así como la última voluntad de los ascendientes que en testamento designaron tutor para su hijo o nieto.

En segundo lugar por que se evitaría remitirnos al ámbito del derecho sucesorio, para determinar la edad para testar, que por cierto, es distinta para el caso del testamento ológrafo ya que de conformidad con el artículo 1551 del Código Civil del Distrito Federal, este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad.

Creemos también y es algo que no se debe olvidar; a los dieciséis años el menor de edad puede designar tutor de su elección, tanto en la tutela legítima como en la dativa, de conformidad con los artículos 484 y 496, respectivamente del código sustantivo en cita. De lo que se desprende que si el legislador quería beneficiar con tal derecho al menor de edad de dieciséis años, tal sujeto ya esta facultado para realizar una designación de esta naturaleza.

Por último, que sentido tendría agregar la fracción segunda del artículo 1306 de requerir que ni habitual ni accidentalmente prescinda de su cabal juicio, pues incluso el artículo 1307 del código sustantivo de referencia, preceptúa que es válido el testamento hecho por un demente, reunidos los requisitos de que habla el artículo 1308.

Por esta razón consideramos que para evitar problemas de esta naturaleza, la edad para designar tutor cautelar se establezca la los dieciocho años, por ser la edad en que termina la patria potestad o la tutela de un menor de edad que se ubique en el supuesto de la fracción primera del artículo 450, así como, únicamente se reserve a los mayores de edad en previsión de sufrir alguna incapacidad a que se refiere la segunda fracción del artículo 450 del código en cita.

Continua diciendo el artículo de marras “pueden nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos”, es de comentarse que de conformidad con el artículo 454 del código en cita, se permite la pluralidad de tutores, y así podrá nombrarse como tutor a uno o varios tutores definitivos, los cuales no podrán ser más de dos, y, asimismo, faculta el nombramiento de tutores sustitutos en un número indeterminado.

Cabe mencionar que el artículo no determina expresamente si el nombramiento de tutor podrá recaer en una persona moral o jurídica, lo cual sería válido, ya que no existe disposición en contrario, ya que están facultadas para desempeñar el cargo de tutores de conformidad con el numeral 456-Bis, siempre que cuente con el beneplácito de los ascendientes del pupilo y así lo determine el juicio de interdicción y que la persona sujeta a tutela carezca de bienes, ya que si está, cuenta con un patrimonio no será válida la designación de tutor cautelar que recaiga en una persona moral.

En este sentido no estamos de acuerdo que en el supuesto que se designe a una persona moral como tutor para que sea válido se necesite el “beneplácito” de los ascendientes, sobre todo porque es una decisión que adoptó el pupilo siendo plenamente capaz y que sus motivos tendrá, amén que el cumplimiento de la autonomía de la voluntad no debe supeditarse a la de sus ascendientes, ya que está representa el origen y sustancia de esta clase de tutela.

También creemos que por el hecho de contar el pupilo con un patrimonio no se le debería privar o no tener por válido el nombramiento de tutor cautelar que recayera en una persona moral, ya que bien puede de conformidad con el artículo 455 separar como cargos distintos el de tutor de la persona y tutor de los bienes, y, así, si es su voluntad, designar a una persona moral que se haga cargo de su persona y a una persona física encomendarle la administración de sus bienes.

Por otro lado, estimamos correcto que las personas jurídicas no sólo en la tutela de que se trata estén impedidas de ejercer el cargo de tutor en relación con

los bienes del pupilo, pensamos que en un futuro como sucede en otras legislaciones extranjeras que han avanzado y perfeccionado sus instituciones jurídicas en la materia, será posible encomendar la administración del patrimonio del pupilo a una persona jurídica.

Por otro lado el artículo en análisis es omiso en relación con el nombramiento de curador. En este sentido de acuerdo con el artículo 623 que preceptúa que los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también para nombrar curador, implica que si se realiza el nombramiento de curador definitivo y sustitutos, habría el juez de lo familiar de ratificar tal nombramiento, y que también podría recaer dicho cargo en una persona moral o jurídica y que en uno u otro caso solo habrá un curador definitivo, en términos del artículo 618 del Código Civil del Distrito Federal.

Una segunda parte del artículo es la relativa al objeto de la tutela cautelar el cual dice lo siguiente “que deberán encargarse de la persona y en su caso de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. A continuación se transcribe el artículo de alusión.

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 varios de ellas a la vez, no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por si mismos o por algún medio que la supla.

De lo anterior se colige que el tutor cautelar podrá hacerse cargo de la persona y del patrimonio de un menor de edad de dieciséis años, o bien, de la

misma manera de un mayor de edad que padece alguna enfermedad a que se refiere el artículo 450 en su fracción segunda.

Nosotros consideramos que la redacción de esta parte del artículo es incorrecta y redundante al decir: que deberán encargarse de la persona y en “su caso” de su patrimonio en previsión “del caso” de encontrarse en los supuestos del artículo 450, y que debería de reformarse y circunscribir esta clase de tutela al supuesto de la fracción II del artículo 450, como lo realizan las legislaciones de las entidades federativas y ordenamientos extranjeros.

Del análisis de esta parte del artículo nos percatamos que esta clase de tutela esta sujeta a una condición suspensiva, no en cuanto se refiere a la fracción primera del artículo 450, ya que es evidente que sí un menor de dieciséis años nombra tutor cautelar para que se haga cargo de su persona y en su caso de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en el supuesto de la fracción primera del artículo 450, apriorísticamente se da el supuesto de alusión, no sucede así, en el caso de la fracción segunda del artículo de alusión, ya que tratándose del nombramiento de tutor cautelar realizado por un mayor de edad, aquí, efectivamente, implícitamente se origina una condición suspensiva, es decir, de un acontecimiento futuro de realización incierta del cual depende que surtan efectos la manifestaciones vertidas en la escritura pública, en el caso concreto que se verifique el supuesto que preceptúa el artículo 450, en su fracción segunda.

La parte final del artículo de marras señala: “dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela de acuerdo con lo establecido en este código.

De aquí se desprende que la ley no preceptúa al designante que las personas que por ley les correspondería el desempeño del cargo de tutor quedan excluidas *ipso iure* para ser designadas como tutores cautelares; sino que es la autonomía de la voluntad del designante y la validez que le otorga la ley a dichos

nombramientos los que excluyen ha estos sujetos, cuando dicho cargo recaen en personas distintas a las que legalmente les correspondería ejercer dicha función.

En cuanto se refiere al artículo 469-Ter, establece respecto a la forma que habrá de tener tal nombramiento. Al señalar en un principio: "los nombramientos señalados en el artículo anterior sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura publica."

Con lo anterior se determina que esta clase de tutela únicamente se podrá constituir acudiendo al fedatario, en decir al notario publico, ante quien se realizará la designación de tutor cautelar en escritura publica y bajo las formalidades del caso.

Pensamos que también podría realizarse tal designación mediante un procedimiento no contencioso ante un Juez de lo Familiar, ya que esté se encuentra especializado e involucrado en la materia familiar, amén, de que indefectiblemente cuando ocurra las incapacidades de que habla el artículo 450, será ante quien se instaure el procedimiento de jurisdicción voluntaria y el que, en su caso, declarara el estado de minoridad o de interdicción y así mismo discernirá el cargo de tutor.

Otra parte de interés y de análisis es lo que continúa diciendo el artículo 469-Ter: "debiendo el notario agregar un certificado médico espedido 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," Esto a nuestro juicio representa una contraposición con lo que preceptua el articulo 102, fracción XX. inciso a, de la Ley del Notariado del Distrito Federal, que hace alusión a que como regla, el notario hará constar bajo su fe su conocimiento, en caso de no tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes y que a su juicio tienen capacidad.

Además por que de nada servirá uno o más certificados de esa naturaleza, si al momento de su comparecencia ante el notario esté se percata que no goza de sus facultades mentales y que prescinde de capacidad para autogobernarse, negándose por tanto a tirar la escritura correspondiente.

La última parte del artículo de referencia nos indica el carácter revocable del nombramiento el cual tendría que formalizarse del mismo modo ante notario público, derecho de que gozará en todo momento. El artículo no preceptúa sobre la modificación de alguna parte del contenido de la escritura, sin embargo creemos que si podrá realizarse tales modificaciones, como podrían ser el cambio en el orden de ejercicio de los tutores sustitutos, o el designar un segundo tutor definitivo o viceversa, el monto de la retribución, entre otros lo que no implica propiamente una revocación, amén, del principio del que puede lo más puede lo menos.

Una pregunta es que sucedería sí el designante en otro lugar y tiempo y sin hacer revocación expresa del nombramiento anterior; nombre otro tutor, y fije otras reglas en cuanto al cuidado de su persona y administración de su patrimonio, lo que traería como consecuencia la existencia de dos escrituras públicas, supuesto que resulta inverosímil pero que puede llegar a presentarse, para lo cual el régimen de la tutela cautelar no preceptúa al respecto.

El segundo párrafo del artículo en comento nos habla de las causas que dan origen a que el tutor o tutores sustitutos desempeñen el cargo de tutor definitivo, el cual dice lo siguiente: “en caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.” Lo que a nuestra consideración falta la relativa a la inhabilidad, que es distinta a la incapacidad, como podría ser entre otros: los que por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo; el que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso o los servidores públicos

que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y ni la hubieren cubierto.

El artículo 469-Quater es el último precepto en análisis y establece respecto al contenido de la escritura pública, en la cual se designe al tutor cautelar, de la lectura del precitado artículo se desprende una falta de técnica legislativa ya que dice: “en la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrá contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes.”

En un principio se establece: se “podrán”, contener “expresamente” las facultades u obligaciones del tutor, de lo cual dos cosas llaman la atención:

La primera es que según la redacción; en un principio no es obligatorio contener “expresamente” las facultades y obligaciones del tutor, ya que el artículo establece “podrán” lo que no vincula al designante, para ulteriormente señalar “de las cuales serán mínimo las siguientes, entonces siempre sí es obligatorio designar ciertas facultades y obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor mismas que establecen las fracciones I, II, del artículo en análisis.

Por otro lado el vocablo “expresamente” es redundante, ya que la escritura pública, no se perfecciona sino a través de la forma escrita.

Las dos fracciones que contiene el precitado artículo, señalan el contenido mínimo de la escritura pública en relación a la administración del tutor

La primera se refiere a que el tutor tome dediciones convenientes, sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado. Llama la atención el que se diga “decisiones convenientes,” por que el termino es muy subjetivo y por tanto discrecional, el cual el legislador debiera de acotar, obligando en una mayor

medida a que el designante establezca disposiciones o normas más específicas que habrán de seguirse en los tratamientos médicos y el cuidado de la persona, como podría ser el que un facultativo o una institución hospitalaria determinada sea la única que estaría a cargo de su salud o donde tendría que ser hospitalizado.

La segunda fracción del artículo 469-Quater, dice “establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código, lo cual a nuestro juicio no tiene la importancia para ser requerida como elemento mínimo, ya que en caso de omitirlo la misma fracción nos remite a la forma y al monto que habrá de percibir el tutor, ahora si se tratará de otra forma o monto de percepciones del tutor, si que tendría que estipularse con la mayor claridad y precisión.

Lo que nosotros creemos que debería pedirse como “elemento mínimo”, son los motivos, razones, las circunstancias del porque se le nombra tutor cautelar y más aún cuando se trata de un extraño ya que esto resultará importante para que en su caso, se le pueda remover del encargo por ya no reunir en su persona la cualidades originalmente tomadas en cuenta por el ahora pupilo en la persona del tutor cautelar.

En este orden de ideas, reflexionamos hasta que punto se puede organizar el régimen de la tutela cautelar, modificando las reglas de su constitución, desempeño, cuidado de su persona y administración de sus bienes.

La última parte del artículo de marras da pauta a varias observaciones y al respecto preceptua: “el juez de lo familiar a petición del tutor o del curador, en caso de no existir estos, los sustitutos nombrados por el juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias y condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.

En principio establece las personas que podrán pedir al juez que modifique las reglas establecidas por el designante en la escritura pública, señalando los siguientes: tutor; curador; y los sustitutos nombrados por el mismo juez.

Una primera observación es la siguiente; en el supuesto que las condiciones y aptitudes del tutor hayan cambiado y traigan consigo el deterioro o perjudiquen la persona o patrimonio, el propio tutor será quien pida se le remueva de su cargo y más aún cuando pudiera estar recibiendo emolumentos con los que sufrague sus necesidades.

Aquí se presenta un problema para determinar cuales fueron las circunstancias tomadas en consideración por el designante para nombrar a una persona como tutor cautelar, porque podría ser el caso, que tales aptitudes, características, cualidades sean desconocidas por el juez, por los parientes, que incluso podrían no tener conocimiento de tal nombramiento, y encontrarse en una incertidumbre total respecto de la personalidad del futuro tutor y prescindir de elementos objetivos o reales que de llegar a cambiar esas circunstancias puedan, solicitar al juez la modificación de las reglas establecidas en la administración, reglas que a nuestro juicio no pueden ser modificadas ya que en todo caso se suplirían por las disposiciones comunes a las demás clases de tutelas.

En cuanto al curador creemos innecesario hacer referencia ya que parece que el legislador olvida que una de las funciones fundamentales del curador es la consignada en la fracción II, del artículo 626, a saber; vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que pueda ser dañoso al incapacitado.

Concerniente a los sustitutos nombrados por el juez, todo indica que estos tutores tendrán el carácter de dativos ya que la opinión del Consejo de Tutelar se toma en cuenta tratándose de esta clase de tutela, lo que implicaría que las

personas que por ley les corresponde subsidiariamente el desempeño del cargo no fuesen considerados.

Otro aspecto a considerar es el hecho que este artículo ni los dos anteriores hacen alusión al derecho que tienen los familiares no sólo a impugnar la designación de tutor cautelar, sino al derecho de pedir se remueva al tutor del desempeño del cargo, en el supuesto de que habla la última parte del artículo 469 Quáter, que pudiera extenderse a cualquier persona interesada.

4.4 PROPUESTA DE REFORMA

Del análisis realizado anteriormente se desprenden las propuestas de reforma a los citados artículos que a nuestro juicio resultarían benéficas para una mayor eficacia y seguridad de la tutela cautelar, ya que a través de estas se pretende entre otros beneficios:

1) Crear otra alternativa para el nombramiento del referido tutor y no sea exclusivamente el Notario Público el que monopolice tal función, ya que al facultar al Juez Familiar para que ente su presencia se nombre al tutor de referencia, implicaría un bajo costo económico, facilitando su acceso a las personas de escasos recursos económicos.

2) Al proponer que se eleve la edad de 16 a 18 años que es la que se le requiere al sujeto de derecho para la celebración de la mayoría de los actos jurídicos contemplados en los ordenamientos jurídicos, se busca que la persona plenamente capaz en el ejercicio de sus derechos esté en mejores condiciones de nombrar al tutor cautelar de su preferencia.

3) Se propone circunscribir el nombramiento del tutor cautelar únicamente en los casos de sobrevenir una o varias incapacidades de las que establece la fracción II del artículo 450.

4) Asegurar el derecho de terceros, como el de los parientes, acreedores, para impugnar el nombramiento de tutor cautelar, así como para pedir la remoción del tutor.

5) Prescindir de elementos innecesarios o redundantes, en la redacción de los artículos en análisis.

6) Evitar contradicciones entre los artículos de marras y otros ordenamientos legales.

7) Ajustar en la medida de lo posible y sin limitar la libertad de designante las obligaciones y derechos del tutor cautelar, así como las circunstancias o condiciones tomadas en cuenta en la persona capaz en su designación.

En este sentido la redacción que proponemos con la reforma de los artículos 469 Bis , 469 Ter y 469 Quáter, es la siguiente:

Artículo 469 Bis. Toda persona mayor de edad puede nombrar tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en el supuesto de la fracción II 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 podrán otorgarse ante el Juez de lo Familiar o Notario Público, siendo revocable éste acto en cualquier tiempo con la misma formalidad.

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

Artículo 469-Quáter. En su caso, la escritura pública donde se haga constar la designación, habrá de contener 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 adecuadas sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado.

II. Establecer si el tutor tendrá derecho a una retribución en términos distintos a los de este código.

III. Las circunstancias, motivos, condiciones tomadas en cuenta en la persona del tutor para su nombramiento.

El juez de lo Familiar a petición de cualquier interesado, 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.

CONCLUSIONES

PRIMERA. El origen de la tutela es antiquísimo, el cual no se ha logrado precisar, sin embargo, en el periodo relativo al Derecho Romano es cuando alcanza un alto grado de desarrollo y es donde se moldeo su fisonomía actual.

SEGUNDA. La tutela en sus cuatro modalidades; cautelar, testamentaria, legítima y dativa tienen un fin común y subsidiario, a saber, el cuidado de la persona y de su patrimonio, cuando por cuestiones de orden natural o legal o de ambas está se encuentra imposibilitada para ejercer por si misma sus derechos.

TERCERA. El transcurso de los siglos no ha impedido que en la gran mayoría de los países receptores de la tradición jurídica romana, las disposiciones relativas a la tutela persistan en su Derecho de Familia.

CUARTA. Como todo ente jurídico la tutela experimenta un estadio evolutivo, consecuencia de los nuevos fenómenos ideológicos, políticos, jurídicos, sociales, así como del avance de la ciencia.

QUINTA. En el ámbito conceptual la autonomía de la voluntad y la dignidad de las personas toma ascendiente respecto a las normas establecidas en la materia, con preferencia a las que emanan de una voluntad heterónoma.

SEXTA. Tal reconocimiento no sólo ha trascendido en los códigos civiles de distintos países del orbe, sino también en las constituciones políticas de los Estados y también al ámbito de los tratados internacionales.

SÉPTIMA. Existe una crisis del sistema de incapacitación actual, debido a la falta de adecuación de las leyes a los nuevos fenómenos sociales, así como la deficiencia de los procesos de incapacitación, lo que hace que se busquen e introduzcan nuevas instituciones jurídicas para la protección y cuidado de los que padecen una incapacidad.

OCTAVA. Se percibe una tendencia generalizada en reducir al mínimo posible la intervención del Estado por conducto de la judicatura en las decisiones que atañen a la persona y a su dignidad.

NOVENA. El mundo experimenta un proceso global de envejecimiento, en el que los accidentes, enfermedades y procesos degenerativos son más constantes, lo que impulsa a los seres humanos anticiparse y tomar decisiones conducentes en previsión de su propia incapacidad, con la finalidad de disponer en conciencia de su persona y de sus bienes.

DÉCIMA. Debe respetarse al máximo la voluntad expresada por el sujeto, cuando esta en pleno uso de sus facultades mentales de las que previsiblemente prescindirá, a través de los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición.

DÉCIMO PRIMERA. Las denominaciones de la tutela cautelar son variadas; tutela voluntaria, autotutela, auto designada, preventiva, delación automática, pero todas parten de un mismo principio; la búsqueda del respecto de una persona capaz para designar a su propio tutor para el supuesto de una incapacidad.

DÉCIMO SEGUNDA. Nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con un sistema integral para la elaboración de disposiciones frente a la propia incapacidad, en general no satisface la necesidad de una persona para realizar disposiciones sobre sus bienes y sobre su salud cuando devenga en incapaz.

DÉCIMO TERCERA. Esta clase de tutela se encuentra en ciernes, por lo que es menester fortalecerla, mediante el estudio del derecho comparado, de la doctrina, así como de la interpretación que de sus preceptos realicen nuestros máximos tribunales.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, *Panorama Internacional del Derecho de Familia*, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Tomo I, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la décima edición italiana, por José M. Caramés, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar y otro, *Derecho Civil, Introducción y Personas*, Editorial Oxford, México, 2003.

BONFANTE, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de la octava edición italiana por Luis Bacci y Andrés Larrosa, tercera edición, Madrid, España, Editorial Reus, 1965.

BOSSERT, Gustavo y otro, *Manual de Derecho de Familia*, quinta edición actualizada y ampliada, cuarta reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2003.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, *Derecho de Familia Internacional*, Editorial Colex, Madrid, España, 2003.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel, *La Familia en el Derecho*, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, quinta edición actualizada, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y otros, *Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

DOMINGO, Rafael, *Código Civil Francés*, edición bilingüe, Editorial Marcial Pons, Barcelona, España, 2005.

D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, segunda edición revisada, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, España, 1973.

ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy, *La Tutela*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1953.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil*, decimaoctava edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999.

GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La Tutela de la Propia Incapacidad*, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México, 2007.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián, *Nuevo Derecho Familiar*, En el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000, Editorial Porrúa, S.A., México, 2003.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho Civil para la Familia*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, sexta edición, revisada y aumentada, Editorial Ariel, Barcelona, España, 1972.

MARGALLÓN IBARRA, Jorge, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de Familia, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.

MARGADANT, Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, vigesimosexta edición, Editorial Esfinge, México, 2001.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal*, edición facsimilar, Editorial Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

MAZEAUD, Henri y otro, *Lecciones de Derecho Civil*, parte primera, Volumen IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1976.

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, cuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*, Tomo II, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2000.

LACRUZ BERDEJO, José, y otros, *Derecho de Familia*, Volumen II, tercera edición, Editorial José Maria Bosch, Barcelona, España, 1989.

LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho Romano*. Compendio. Editorial Limsa, México, 1979.

MORINEAU IDUARTE, Marta, y otro, *Derecho Romano*, octava reimpresión de la cuarta edición, Editorial Oxford, México, 2003.

ORTOLÁN, M, *Compendio del Derecho Romano*, traducción directa de la última edición por Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas, Editorial Atalaya, Buenos Aires, Argentina, 1947.

PETIT, Eugéne, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, traducción de la novena edición francesa por José Ferrández González, quinta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1989.

PIÑA VARA, Rafael, *Elementos de derecho Civil Mexicano*, Volumen I, vigesimotercera edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

PLANIOL; Marcelo y otro, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Las Personas, Tomo I, Editorial Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2002.

PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*, Derecho de Familia, Volumen II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1971.

QUINTANILLA GARCÍA, Miguel Ángel, *Lecciones de Derecho Familiar*, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor, México, 2003.

RAMÓN LÓPEZ, Rosa y otro, *El Derecho de la Familia de Roma al Derecho actual*, Editorial Universidad de Huelva, Madrid, España, 2004.

RENDÓN UGALDE, Carlos, *La Tutela*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2001.

RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2006.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino, *La Tutela*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1954.

RUIZ SERRAMALERA, Ricardo, *Derecho de Familia*, El Matrimonio, la Filiación y la Tutela, Editorial Realigraf, Madrid, España, 1988.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación Civil en España*, Editorial Analecta, Pamplona, España, 2002.

TAIANA DE BRANDI, Nelly A, y otro, *Disposiciones y Estipulaciones para la Propia Incapacidad*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1996.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo IV, parte especial, Derecho de Familia, segunda edición, Editorial Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, España, 1921.

ZAVALA PÉREZ, Diego, *Derecho Familiar*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2006.

Hemerografía

REVISTA DE DERECHO PRIVADO, Madrid, España, Enero-Febrero, 2006.

EL MUNDO DEL ABOGADO, Año 6, Núm. 57, México, Enero 2004.

Diccionarios y enciclopedias.

ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, *Diccionario de Derecho Civil y de Familia*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

HUBER OLEA, Francisco, *Diccionario de Derecho Romano. Comparado con derecho mexicano canónico*, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, decimocuarta edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000.

-*Enciclopedia Jurídica Latinoamericana*, Tomo VIII, Editorial U.N.A.M-Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2007.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Tomo II, Editorial Espasa, Madrid, España, 2001.

Códigos y leyes

Código Civil del Distrito Federal, Editorial Sista, 2008.

Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Editorial Sista, 2008

Código Civil del Estado de México, Editorial Sista, 2007

Código Familiar del Estado de Morelos, Editorial Sista, 2007

Código de Familia del Estado de Hidalgo, Editorial Sista, 2007

Código Civil del Estado del Estado de Nuevo León, Editorial Sista, 2007

Ley del Notariado del Distrito Federal, Editorial Sista, 2007

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Editorial Sista, 2008.

Estatuto Orgánico del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia en el Distrito Federal.

Fuentes informáticas e internet

Autotutela. Derecho francés, <http://vlex.com/vid/448727>,

Francia: Ley de 5 de marzo sobre reforma de la protección jurídica de los mayores, <http://codigo-civil.net/blog/?m=200704>.

Ley 11/1996, <http://www.discapnet.org/Discapnet/Castellano/Guias/Interno/Derecho>

Ley 41/2003, http://www.mtas.es/sgas/LPPPD/ley_412003.htm,

Ley 2/2006, http://www.avogacia.org/w3/IMG/pdf/Ley2-2006_Idegues.pdf

Ley 13/2006, <http://www.gabilos.com/leyes/ar-113-2006.t3.html>

Ley 2/2006, http://www.avogacia.org/w3/IMG/pdf/Ley2-2006_Idegues.pdf