

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**“PROPUESTA DE REFORMAS Y ADICIÓN A DIVERSOS
PRECEPTOS LEGALES DEL CAPÍTULO I BIS, DEL TÍTULO
NOVENO DE LA TUTELA, DEL LIBRO PRIMERO DE LAS
PERSONAS, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

JORGE FLORES CASTILLO

ASESOR: LIC. JORGE ANTONIO IBARRA RAMÍREZ.

MÉXICO, CIUDAD UNIVERSITARIA

FEBRERO 2012.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

PROPUESTA DE REFORMAS Y ADICIÓN A DIVERSOS PRECEPTOS LEGALES DEL CAPÍTULO I BIS, DEL TÍTULO NOVENO DE LA TUTELA, DEL LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Página

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPITULO PRIMERO

“ORIGEN HISTÓRICO DE LA TUTELA EN EL DERECHO COMPARADO”

| | |
|--|----|
| 1.1. El origen de la tutela en Grecia..... | 4 |
| 1.1.1. Antecedente..... | 4 |
| 1.1.2. El nombramiento del tutor por el <i>Arconte Epónimo</i> | 5 |
| 1.1.3. Las funciones del tutor..... | 7 |
| 1.1.4. La madre tutriz..... | 8 |
| 1.1.5. La rendición de cuentas..... | 8 |
| 1.2. El tutor en el Derecho Romano..... | 9 |
| 1.2.1. De las personas..... | 9 |
| 1.2.2. Definición de tutor..... | 10 |
| 1.2.3. Características de la tutela en el Derecho Romano..... | 11 |
| 1.2.4. Requisitos para ejercer la tutela..... | 13 |

| | |
|---|----|
| 1.2.5. Finalidad de la tutela..... | 14 |
| 1.2.6. Clases de tutela..... | 14 |
| 1.2.7. Formalidades para desempeñar el cargo de tutor..... | 17 |
| 1.2.8. Garantías del pupilo contra su tutor..... | 18 |
| 1.2.9. Limitantes del tutor..... | 20 |
| 1.2.10. Las facultades del tutor..... | 20 |
| 1.2.11. Extinción de la tutela..... | 21 |
| 1.2.12. La curatela como figura alterna de la tutela en el Derecho Romano.... | 22 |
| 1.3. La tutela en el Derecho Francés..... | 23 |
| 1.4. La tutela en el Derecho Alemán..... | 24 |
| 1.4.1. Antecedente..... | 24 |
| 1.4.2. La sippe..... | 25 |
| 1.4.3. El munt..... | 26 |
| 1.4.4. La capacidad jurídica..... | 27 |
| 1.4.5. Limitantes en la capacidad jurídica..... | 27 |
| 1.4.6. El ejercicio de la tutela..... | 28 |
| 1.4.7 Formas de designar al tutor..... | 29 |
| 1.5. La tutela en el Derecho Español..... | 30 |
| 1.5.1. Antecedente..... | 30 |
| 1.5.2. Las Siete Partidas..... | 32 |

| | |
|--|----|
| 1.5.3. Sujeto del Derecho..... | 32 |
| 1.5.4. Clases de tutela..... | 33 |
| 1.5.5. Finalidad de la tutela en el Derecho Español..... | 34 |
| 1.6. La tutela en el Derecho Canónico..... | 35 |
| 1.6.1. Antecedente..... | 35 |

CAPITULO SEGUNDO

“ANTECEDENTE DE LA TUTELA EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL”

| | |
|--|----|
| 2.1. Ley sustantiva civil..... | 37 |
| 2.1.1. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870..... | 37 |
| 2.1.2. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884..... | 40 |
| 2.1.3 Ley sobre Relaciones Familiares de 1917..... | 41 |
| 2.1.4. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal de 1928..... | 44 |
| 2.1.5 Código Civil para el Distrito Federal vigente..... | 46 |
| 2.2. Conceptos fundamentales para explicar a la tutela..... | 49 |
| 2.2.1 La capacidad de goce..... | 49 |
| 2.2.2. La capacidad de ejercicio..... | 50 |
| 2.2.3. Incapacidad natural y legal..... | 50 |

| | |
|---|----|
| 2.3. La patria potestad..... | 54 |
| 2.4. La tutela..... | 56 |
| 2.5. La naturaleza jurídica de la tutela..... | 57 |
| 2.6. Características de la tutela..... | 58 |
| 2.6.1. Institución jurídica..... | 58 |
| 2.6.2. Poder jurídico..... | 59 |
| 2.6.3 Órgano legal..... | 59 |
| 2.6.4 Cargo público..... | 59 |
| 2.6.5. Supletoria..... | 60 |
| 2.6.6. Irrenunciable..... | 61 |
| 2.6.7. Temporal..... | 62 |
| 2.6.8. Unipersonal..... | 63 |
| 2.6.9. Cargo remunerado..... | 64 |
| 2.6.10. Personalísimo..... | 66 |
| 2.6.11 Removible..... | 67 |
| 2.6.12. Excluible..... | 68 |
| 2.7. Las diversas clases de tutela..... | 69 |
| 2.7.1 Tutela testamentaria..... | 69 |
| 2.7.2 Tutela legítima..... | 71 |
| 2.7.3 Tutela dativa..... | 75 |

| | |
|---|-----|
| 2.8. Nombramiento, deferición y discernimiento del cargo..... | 77 |
| 2.9. Publicidad e inspección de la tutela..... | 80 |
| 2.10. Ejercicio de la tutela..... | 81 |
| 2.11. Excusas justificadas para el no ejercicio de la tutela..... | 88 |
| 2.12. Fin del ejercicio de la tutela..... | 89 |
| 2.13. El tutor interino..... | 91 |
| 2.14. Órganos auxiliares en el ejercicio de la tutela..... | 93 |
| 2.14.1. El curador..... | 93 |
| 2.14.2. El Consejo Local de Tutelas..... | 95 |
| 2.14.3. El Juez de lo Familiar..... | 98 |
| 2.14.4. El Ministerio Público..... | 99 |
| 2.15. Sistemas empleados en el Derecho Privado Internacional en relación al ejercicio de la tutela..... | 100 |
| 2.15.1. De carácter privado..... | 100 |
| 2.15.2. De carácter público..... | 101 |
| 2.15.3. De carácter mixto..... | 101 |
| 2.16. La emancipación como medio de adquirir capacidad jurídica gradualmente en el menor de edad..... | 102 |



CAPITULO TERCERO

“DE LA TUTELA CAUTELAR A PARTIR DE LA ADICIÓN DE ÉSTA, EN FECHA 15 DE MAYO DEL 2007, EN EL CAPÍTULO I BIS, DEL TÍTULO NOVENO DE LA TUTELA, DEL LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

| | |
|---|-----|
| 3.1. Finalidad..... | 104 |
| 3.2. Antecedente..... | 104 |
| 3.3. Naturaleza jurídica de la tutela cautelar..... | 105 |
| 3.4. Análisis de los artículos que conforman el capítulo I Bis, del Título Noveno De la tutela, del Libro Primero De las Personas, en el Código Civil para el Distrito Federal..... | 106 |
| 3.4.1 Artículo 469 Bis..... | 106 |
| 3.4.2 Artículo 469 Ter..... | 110 |
| 3.4.3 Artículo 469 Quáter..... | 115 |
| 3.4.4. Artículo 469 Quintus..... | 117 |

CAPITULO CUARTO

“PROPUESTA DE REFORMAS Y ADICIÓN A DIVERSOS PRECEPTOS LEGALES DEL CAPÍTULO I BIS, DEL TÍTULO NOVENO DE LA TUTELA, DEL LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

| | |
|--|-----|
| 4.1. Propuesta de reforma al artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal..... | 120 |
|--|-----|

| | |
|--|------------|
| 4.1.1. Justificación de la reforma al artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal..... | 120 |
| 4.2. Propuesta de reforma al artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal..... | 123 |
| 4.2.1. Justificación de la reforma al artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal..... | 123 |
| 4.3. Propuesta de reforma y adición al artículo 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal..... | 126 |
| 4.3.1. Justificación de la reforma y adición al artículo 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal..... | 127 |
| 4.4. Propuesta de reforma al artículo 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal..... | 130 |
| 4.4.1. Justificación de la reforma al artículo 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal..... | 130 |
| CONCLUSIONES..... | 133 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 138 |

INTRODUCCIÓN

Las personas desde que nacen, siempre han sido dependientes de otras suficientemente capaces para que les de acceso a la salud física y mental, alimentación, educación y que fomente tanto su desarrollo personal en un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar, como la de su responsabilidad personal y social, sobre la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psico-emocional y administrar sus intereses patrimoniales. El ejercicio de esta función ha estado a cargo principalmente de los padres de aquella persona incapaz y, cuando no sucede de esta manera, se encomienda dicha función de cuidar y administrar los bienes del incapaz a otra u otras personas denominadas tutor o tutores.

El tutor es aquella persona que se encarga de otra persona incapaz, a falta de los padres u otra circunstancia prevista en el Código Civil para el Distrito Federal, para darle el cuidado, la salud, así como la representación y la administración de sus bienes con objeto de que no exista algún abuso por parte de otras personas debido a la situación de incapacidad natural o legal en la que se encuentre el incapaz.

Cuando una persona incapaz ha cumplido la mayoría de edad, y sigue en la situación de no poder gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por si mismo o por algún medio que lo supla (como es el caso de algún interprete o traductor), seguirá considerándose incapaz y por tal motivo será necesario designarle un tutor.

En la actualidad se presenta una situación diversa a lo que anteriormente se contemplaba dentro de la figura de la tutela, puesto que ya es posible elegir a un tutor, tanto en el caso de un menor de edad pero mayor de 16 años, como una persona capaz jurídicamente, en previsión de que con posterioridad pueda encontrarse en el supuesto previsto en la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, y por ese motivo ya no sea posible autogobernarse. Es importante mencionar

que en dicha designación de tutor se excluyen a las personas que les pudiere corresponder el cargo de manera legítima.

Por lo que hace al objetivo del presente trabajo de investigación de tesis, considero como propuesta realizar reformas y adiciones en los cuatro artículos 469 Bis, 469 Ter, 469 Quáter y 469 Quintus que conforman el Capítulo I Bis, Título Noveno De La Tutela, del Libro Primero De Las Personas, del Código Civil para el Distrito Federal, preceptos legales de los que haré un estudio preciso con el fin de determinar si éstos fueron debidamente regulados, mismos que fueron decretados y publicados el día 15 de mayo del 2007 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

El primer artículo 469 Bis del citado Capítulo I Bis, Título Noveno De La Tutela, del Libro Primero De Las Personas, del Código Civil para el Distrito Federal, establece la facultad de una persona capaz de otorgar testamento (menor de edad, pero mayor de 16 años), para nombrar su propio tutor o tutores cautelares. En este sentido, cuestiono en su momento al referido precepto legal y el cual pido sea éste reformado concluyendo que sólo las personas con capacidad de ejercicio puedan nombrar tutor cautelar.

El segundo artículo 469 Ter que conforma el capítulo en estudio del referido Código Sustantivo Civil, establece los requisitos que se necesitan para poder otorgar el instrumento que contendrá el nombramiento del tutor cautelar en el que entre otros, establece que para el otorgamiento del instrumento que contenga el nombramiento de tutor cautelar será ante Notario Público quien solicitará un certificado médico expedido por un perito en psiquiatría para realizar dicho instrumento, por tal razón, cuestiono tal requisito como se observará en base a las razones expuestas en el aludido Capítulo Cuarto de esta tesis, y pido se descarte dicho requisito.

Por lo que respecta al tercer artículo 469 Quáter del capítulo en estudio del indicado Código Civil para el Distrito Federal, establece las facultades y obligaciones del tutor cautelar que tendrá durante el ejercicio de su cargo. En este sentido el autor

de la presente tesis, propongo se reformen, así como se adicionen otras fracciones en éste precepto legal para complementar las ya mencionadas facultades y obligaciones del tutor cautelar.

Y por último, el cuarto artículo 469 Quintus del referido Ordenamiento Sustantivo Civil, establece que cuando una persona nombré su tutor cautelar y éste se excuse para ejercer dicho cargo, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento. Por tal razón, propongo el autor de la presente tesis, se reforme éste precepto legal con el fin de que cuando un tutor cautelar se excuse para desempeñar dicho cargo por encontrarse en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 511 del Código Civil para el Distrito Federal y le hayan otorgado derechos en el testamento, éste no los pierda.

CAPITULO PRIMERO

“ORIGEN HISTÓRICO DE LA TUTELA EN EL DERECHO COMPARADO”

1.1. El origen de la tutela en Grecia

1.1.1. Antecedente

En principio es necesario precisar el origen de la palabra tutela. En los registros histórico-jurídicos del sistema jurídico de Grecia, podemos apreciar que la figura de la tutela pertenecía al Derecho Común la cual estaba reservada únicamente a los menores impúberes y a las mujeres, independientemente de su edad.

Se conoce que la antigua manera de plasmar las leyes que regían al Derecho Griego eran a través de los muros de edificios públicos, esculpiéndose los textos en las paredes o en algunas ocasiones grabadas en lapidas colocadas en algunos puntos principales de reunión.

Resulta importante destacar que la base substancial del ordenamiento jurídico ático ó griego era el Derecho Civil, ya que éste provenía a su vez de costumbres y tradiciones muy antiguas derivada de la polis griega.

Como se puede notar, el poder que ejercía el Padre de Familia en los impúberes (que eran a aquellos menores de 18 años de edad) se denominaba *Epitropeia* y el que era ejercido sobre las mujeres de la familia era denominado *Kyreia*¹.

En razón de lo anterior, puedo apreciar que el padre tenía pleno poder de obrar directo hacia sus hijos. Muerto el padre, la madre o ambos, los bienes se repartían por

¹ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *La Tutela*, 1ª ed., Porrúa. México, 2001, pág.1.

cuotas entre los hijos varones y las mujeres, le correspondían dos partes para cada hijo y una para cada hija. Las hijas podían recibir la dote o su libertad, pero otorgada la dote perdían su derecho a heredar los bienes del padre. Cuando las mujeres contraían matrimonio, el hombre con el se casaba ejercía la potestad sobre ella a lo cual se le denominaba *Kirios*².

Cabe destacar que el patrimonio del impúber cuyos bienes eran constituidos por la mayoría de los bienes heredados por su padre, eran administrados por un tutor designado *inter vivos* o vía testamentaria, si no lo había, lo desempeñaba el pariente más cercano al menor previa autorización por el *arconte epónimo* (que más adelante se explica ésta figura en el numeral 1.1.2. del presente capítulo), asimilándose a lo que hoy conocemos como la tutela dativa.

En caso de muerte de la madre, el padre era quien se encargaba de la administración de los bienes de sus hijos sin la facultad de disponer de ellos, esto siempre y cuando no contrajera matrimonio por segunda vez, no obstante cuando el hijo cumplía la mayoría de edad, podía ratificar los actos realizados por el padre o bien revocarlos.

1.1.2. El nombramiento del tutor por el *Arconte Epónimo*

Resulta interesante destacar, que en tiempos de los Reyes Medonte o Acasto, se estableció el *Arconte Epónimo* (de *arcon*, Gr. *ἄρχων*, pl. *ρχοντες*, Gen. *Archontos*) que consistía en la primera magistratura, más moderna y poderosa de las tres magistraturas que existían en el Estado Ático. Estas magistraturas se constituían por nueve *Arcontes*. Su importancia varió a lo largo de los casi diez siglos que perduró la institución, a partir del año 753 a. C.

² PALAO HERRERO, Juan, *El Sistema Jurídico Ático Clásico*, 1ª ed., Dykinson. Madrid, 2007, pág. 53.

El *Arconte Epónimo* tenía como función judicial continuar las funciones de los últimos monarcas que ejercían su jurisdicción en primera instancia, las cuales se relacionaban con las causas públicas denominadas *graphai* y privadas llamadas *dikai* que eran sorteadas por él mismo y que después de instruir las llevaba al tribunal.

Dentro de estas causas se encontraban entre otras, las siguientes:

- 1° Malos tratos a los padres y a los huérfanos, (estas eran contra los tutores);
- 2° Malos tratos a una hija heredera (contra los tutores o contra los que se habían casado con ella);
- 3° Daño a la hacienda del huérfano (contra los tutores);
- 4° Locura (si alguien acusa a alguno de destruir sus bienes por enajenación mental);
- 5° Cuidaba de las propiedades de los huérfanos y de las hijas herederas hasta que llegaran a la edad de catorce años;
- 6° Recibía las hipotecas; y
- 7° Obligaba a los tutores a dar alimentos a los menores.³

Cabe mencionar que de acuerdo con Aristóteles, los *Arcontes* se elegían por el *Consejo Areópago* la cual estaba conformada por una cámara política aristocrática constituida por los *Eupátridas* quienes eran los antiguos nobles de la antigua Atenas, el cual se elegía entre los ciudadanos de más de treinta años y que tuvieran en su dominio más de diez minas.

³ *Ibidem*, pág.66.

Es de señalarse que también se nombraban a los tutores mediante el testamento hecho por quien ejercía la patria potestad sobre el menor, pudiéndosele nombrar en aquella época a más de un tutor, considerándose entonces la tutela plural. En caso de que el causante no llegase a nombrar a un tutor, se elegía al tutor mas próximo por ley o en su caso era elegido por el *Arconte*.

1.1.3. Las funciones del tutor

En lo tocante a las funciones del tutor con el incapaz, se encontraban las mismas que les hubieren correspondido a los padres, que por mencionar algunos, eran vestirlo (de acuerdo a su extracto social), cuidar de su salud, educación e incluso contratar un pedagogo si lo necesitara. En este caso el *Arconte* vigilaba que el tutor cumpliera con todas las obligaciones de su función, estableciéndose un domicilio fijo al menor.

Es conveniente precisar que una de las principales funciones que el tutor tenía para con su pupilo era conservar su patrimonio. El Estado por medio del *Arconte* obligaba a los tutores a arrendar las haciendas del tutelado, imponiéndoles, en caso contrario, la obligación de devolver el importe de los bienes con intereses. Para que una venta fuese justa el *Arconte* enviaba a valorar los bienes para sacar el mejor provecho posible.

Si el menor sufría alguna lesión o menoscabo dentro de su patrimonio por negligencia de su tutor podía solicitar, una vez teniendo la mayoría de edad, la rendición de cuentas y ejercer las acciones correspondientes en contra de su ex-tutor.

1.1.4. La madre tutriz

Por lo que respecta a este punto, en Grecia se reconocía a la madre tutriz a quien se le denominaba *epakolouthetria de los papiros*⁴, quien junto con el tutor designado por el *Arconte Epónimo*, desempeñaba el papel de *tutriz adjunta* del pupilo.

En lo que corresponde a las funciones de la madre *tutriz*, éstas consistían en cuidar la salud y educación del pupilo, mientras que el tutor designado era el encargado de la administración de los bienes y del cuidado de los intereses de la familia.

Es de señalarse que la mujer era considerada incapaz jurídicamente siempre, ya que estaba bajo la tutela del Padre de Familia y por consiguiente, no era susceptible de tener relaciones contractuales ni de obligarse jurídicamente.

1.1.5. La rendición de cuentas

Sin duda alguna, una vez que al menor se le consideraba apto para celebrar actos jurídicos cumpliendo con los requisitos exigidos por la ley, podría ser capaz de administrar su propio patrimonio y, como consecuencia de esto, el tutor tenía la responsabilidad de reembolsarlo íntegro y rendirle cuentas de su administración durante el desempeño de su cargo.⁵

⁴ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *Óp. cit.*, pág. 2.

⁵ *Respecto a este tipo de reembolso, son muy conocidos los discursos que realizó Demóstenes en contra de su tutor Afobo, pues al haber cumplido la mayoría de edad y solicitado el reembolso de su patrimonio Afobo había hecho mal uso del mismo dejándolo con deudas solamente.* RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *Ibidem*, pág. 3.

1.2. El tutor en el Derecho Romano

1.2.1. De las personas

Por lo que hace a las personas en el Derecho Romano, éstos se individualizaban para sus relaciones jurídicas mediante la imposición de un nombre. En los varones se le asignaba a los nueve días y a las mujeres en ocho días.

El nombre estaba compuesto de la siguiente manera:⁶

1. Elementos fijos:

1.1. *Praenomen*: Que era el que lo individualizaba de la Familia.

1.2. *Nomen*: Proviene de la *gens* del padre en hijos legítimos o adoptados y de la madre en hijos ilegítimos.

1.3. *Cognome*: Derivaba del que desciende de la Familia.

2. Elementos variables y potestativos:

2.1. Identificación paterna nominal.

2.2. Identificación de la tribu.

2.3. Identificación de lugar de origen.

Abundando al respecto, existía otra clase de personas a los que se les denominaban *esclavos*, condición que se les daba por estar bajo la propiedad de otra llamada *dueño*. Los *esclavos* los podíamos concebir como aquellas personas que no les era permitido manifestar su voluntad jurídica que, a su vez, era una pena impuesta.

⁶ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO José Manuel, *Historia del Derecho Español I.*, 1ª ed., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1999, pág. 322-323.

Aplicando lo anterior, la *esclavitud* nace de la guerra, pues en los pueblos primitivos, el enemigo no tenía ningún derecho, y el vencedor podía apropiarse lo mismo de la persona que los bienes del vencido.⁷

1.2.2. Definición de tutor

El Maestro Servio Sulpicio Paulo, contemporáneo de Cicerón a finales de los años 90 a. C., definió la tutela en el que se contemplaba al menor de edad libre, y no a los esclavos, en la forma siguiente: *Tutela est vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defenderé nequit, jure civile data ac permissa*". (La tutela es un poder dado y permitido por el Derecho Civil sobre una cabeza libre para proteger a quien, a causa de su edad, no puede defenderse por si mismo.⁸

Por su parte, el Maestro Carlos Rendón Ugalde, nos señala: *La Tutela es un poder sobre la persona (pupillus o pupilla) que siendo sui iuris, no tiene la capacidad de entender y de querer que es necesario para administrar convenientemente el propio patrimonio.*⁹

De lo anterior, puedo desprender que *sui iuris* significa sujeto de derecho (persona libre) sin considerar su edad o su estado físico o emocional, ya que siendo menores o mayores de edad; pueden caer en un estado de incapacidad y requerir de un tutor para la protección de sus bienes y en algunos casos también de su salud.

Es preciso mencionar que el tutor en los textos del Derecho Romano establecía lo siguiente: *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut dicuntur qui aedes*

⁷ PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales muy amplias, por D. José Fernández González, 18ª ed., Porrúa, México, 2002, pág. 76 y 77.

⁸ PETIT, Eugene, *Ibid.*, pág. 125.

⁹ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *Óp. cit.*, pág. 4.

tuentur". (Los tutores son aquellos que tienen esta autoridad y éste poder y su nombre deriva de la naturaleza misma de su misión.¹⁰

Indudablemente hay que hacer notar que existían dos figuras jurídicas para proteger a los pupilos: la primera de ellas era la tutela (la cual se estudia en este primer apartado) que consistía en la idea de proteger a las personas en circunstancias como la infancia, la impubertad o que se protegiera a una persona del sexo femenino; y la segunda era la curatela, la cual figuraba en los casos para remediar situaciones tales como la prodigalidad (que se define como aquella persona que descuidada en su peculio o que no sabe administrar sus negocios), la locura, o la inexperiencia de algunos púberes menores de 25 años.

1.2.3. Características de la tutela en el Derecho Romano

Cabe mencionar que existía una distinción entre las personas; las denominadas *alieni juris* que eran aquellas personas sometidas bajo la potestad del paterfamilias y las *sui juris* considerados como aquellos que no dependían de nadie para celebrar actos jurídicos y administrar su propio patrimonio.

Siendo así esta división de personas en la sociedad romana, los *alieni juris* estaban sometidos bajo un cierto poder de acuerdo a las características de cada uno, los esclavos bajo la autoridad del señor, los hijos bajo la patria potestad del jefe de familia, la *manus* que se daba cuando la mujer contraía las *justae nuptiae* (o justas nupcias) con el paterfamilias, y esto daba derecho a que tuviera el poder sobre su esposa, incluso sobre el patrimonio de la misma, y por último, el *mancipum* la cual consistía en el poder de un hombre libre sobre otra persona libre.

La patria potestad y la tutela funcionaron considerando el provecho de la familia que en el interés del propio incapacitado; se concebía como un derecho y deber del jefe

¹⁰ BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz, *Derecho Romano*. 21 ed., Porrúa, México, 2004, pág. 172.

del grupo de parientes. Por ello la tutela legítima solamente se abría en Roma, cuando el menor tenía bienes y era ejercida por los herederos más próximos del mismo.¹¹

Es importante señalar, que la tutela en Roma se definía como un poder establecido en interés de la familia del pupilo, quien entonces era originalmente la auténtica propietaria de los bienes.

En el Derecho Común llamamos familia a todos los miembros que la conforman y que se les denominan *agnados*.¹² Los llamados *cognados* o *cognatio* lo conformaban las personas cuyo parentesco derivaba de los descendientes en línea directa o que descendían de un tronco en común (en línea colateral), sin distinción de sexo; esta forma de parentesco realmente no tuvo mucha importancia en el Imperio Romano, puesto que se consideraban únicamente a los *agnados* para ejercer el poder en ellos y no a los *cognados*.

Por lo regular casi siempre era llamado el pretor para designar en su presencia a su tutor tomando en cuenta a los parientes más próximos del impúber para educarle, fijando los gastos adicionales que se tendrían que realizar para llevar a cabo su desempeño de manera eficaz; generalmente este nombramiento era para la madre, la abuela o cualquier otra persona cuyos méritos y afecciones fuesen garantía para asegurar la buena educación del impúber.

Por lo que hace al poder referido en el contexto anterior se debe básicamente a dos cuestiones en particular:

1. Por razones naturales: Los *pupilli* (los menores de edad), quienes se dividían para su estudio en:

¹¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil, Primer curso, Parte General, Personas, Familia*, 20ª ed., Porrúa, México, año 2000., pág. 716.

¹² BRAVO GONZALEZ, Agustín y Bravo Valdez Beatriz, *óp. cit.*, pág. 136.

- 1.1. Los *Infans* (literalmente el que todavía no sabía hablar correctamente);
- 1.2. Los impúberes (los que tenían la edad de 7 años hasta la edad de 12 para mujeres y catorce para varones); y
- 1.3. El *minor viginti quinque annis* ó menor de 25 años (aquellos que estaban en el comienzo de la pubertad hasta la edad de los veinticinco años).¹³

Resulta importante destacar que en un principio se juzgó necesario hacer una inspección corporal para saber si el hijo era capaz de generar (*jam generare potest*), y la mujer de concebir (*viripotens*), el cual fue considerado inmoral para Justiniano, señalándose de manera unánime, la edad de 14 años para los hombres y de 12 para las mujeres.¹⁴

2. Por razones de sexo: La cual implicaba que la mujer, no importando la edad que tuviese, nunca obtendría la capacidad de ejercicio.

1.2.4. Requisitos para ejercer la tutela

Por otra parte, en el Derecho Romano a quienes se les consideraban aptos para desempeñar el cargo de la tutela, debía cumplir con los siguientes requisitos¹⁵:

1.- Ser libre y honrado;

¹³ FLORIS MARGADANT S. Guillermo, *El Derecho Privado Romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. 7ª ed., Esfinge, México, 2001, pág. 220.

¹⁴ CARRIEDO ROSALES, Roberto, *Antecedentes de la Tutela en el Código Civil*, *JUS Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, Año I-Julio-Agosto-Septiembre de 1933-No.1, Universidad Nacional Autónoma, México, 1933, pág. 70.

¹⁵ MORINEAU Marta e IGLESIAS Román, *Derecho Romano*, 3ª ed., Harla, México, 1993, pág. 77.

- 2.- Ser ciudadano romano;
- 3.- Ser de sexo masculino; y
- 4.- Ser mayor de 25 años de edad.

Tal y como se desprende de lo anterior, si alguno de los tutores nombrados no llegasen a cubrir estos requisitos no podrían ejercer la tutela sobre el incapaz.

1.2.5. Finalidad de la tutela

Es claro precisar que el tutor completaba o aumentaba con su presencia y consentimiento la insuficiencia del pupilo en cualquier acto o negocio jurídico. La finalidad de la *Autoritas Tutoris* (del cual *Autoritas* viene de la voz *augere* que significa aumentar), era producir efectos jurídicos en el patrimonio del pupilo directamente y no en el tutor y la forma *Negotiorum Gestio*, que consistía en ejecutar un acto, sin la intervención del pupilo. En este sentido, se establece que el tutor obra en lugar del pupilo, pues es él mismo quien resulta afectado en su esfera jurídica ya sea como deudor, acreedor o propietario y una vez que haya cumplido la mayoría de edad, éste transfiere o traspasa todos los derechos y obligaciones adquiridos al pupilo.

1.2.6. Clases de tutela

Por lo que hace a la tutela en Roma, se consideraban tres clases: la tutela testamentaria, la tutela legítima y la tutela dativa.

1. La tutela testamentaria.

Sobre el particular, esta figura era reconocida por la *Ley de las XII Tablas* que consistía en que el *paterfamilias* al realizar su testamento, designaba al tutor para sus hijos menores de edad, siguiendo así la esperanza de la herencia y asegurando los bienes del testador. Los tutores designados mediante testamento eran considerados como personas de entera confianza evitando así que cayeran los bienes en manos de

alguna persona que ejerciera mal su encargo y administrara de manera incorrecta los bienes del pupilo.

Una vez que se ejecutaba el testamento, los tutores designados debían cumplir con los siguientes requisitos:

1.1. El tutor designado por el *paterfamilias* en el testamento, debía ser confirmado por el *Arconte Epónimo*.¹⁶

1.2. La madre debía atestiguar con una declaración manifestando que el tutor era una persona de confianza y que era capaz para cumplir con el desempeño de su cargo.

1.3. Si el tutor designado en el testamento llegaba a ser el patrón del pupilo, el *Arconte Epónimo* debía confirmar el cargo con la información requerida por la madre; cabe mencionar que el patrón solamente podía hacerse cargo de él si fue instituido como heredero y no tenía más fortuna que la herencia.

Sin duda alguna, uno de los grandes avances dentro del Derecho Romano es que el tutor podía ser removido ya sea por voluntad propia mediante una causa justificada o por medio de una acción legal por parte del incapaz, ya sea por haber cometido fraude en contra del pupilo.

2. La tutela legítima.

Acerca de esta figura, a quien corresponde su ejercicio es al *agnado* quien tiene parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, siempre y cuando el tutor referido sea varón y mayor de edad. En caso de haber varios varones con esas características, se aplicaba la denominada tutela plural en la que uno de ellos era el representante del menor y todos los demás eran los encargados de vigilar su función.

¹⁶ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *Óp. cit.*, pág. 1.

Con base a lo anterior, en la época de Justiniano, se encomendó esta función a los *cognados* del menor, de conformidad con el orden sucesorio *ab intestato* y es entonces que empiezan a tomar importancia los derechos de la familia por consanguinidad que por afinación.

3. La tutela dativa.

Por otro lado, la tutela dativa era considerada la última opción cuando no había un tutor legítimo o testamentario interviniendo entonces el Estado a través del pretor. Esta tutela tiene su origen particularmente en dos leyes: la primera que era la *Lex Atilia* la cual establecía la designación realizada por el pretor urbano en Roma y que era un derecho propio y distinto de las atribuciones ordinarias de los magistrados y no susceptible de delegación y la segunda la *Lex Iulia et Titia* la cual era hecha por el presidente en las provincias para poder nombrar tutores en Roma.¹⁷

En efecto, esta forma de designar a los tutores en Roma fue modificada con el emperador Claudio en el Imperio, dándose así el poder otorgado a los cónsules para que también pudieran designar tutores.

Tomando en consideración el Derecho Justiniano, son componentes para designar tutor el *praefectus urbi* o el pretor en la capital; y en las provincias, los presidentes de las mismas. También podían designar tutor los magistrados locales y los obispos siempre y cuando no fuesen muchos los bienes del pupilo.

Resulta interesante destacar que, la naturaleza jurídica de la tutela dativa fue más como una función pública, el cual no podía ser renunciable excepto por una causa justificada como enfermedad, extrema pobreza, el desempeño de un cargo público o tener más de setenta años de edad, entre otros.

¹⁷ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *Ibid.*, pág. 4.

Otra de las particularidades que caracterizaron a la tutela dativa fue la acción denominada *actio tutelae* mediante la cual se podía exigir una indemnización al tutor en caso de incurrir en un comportamiento negligente.

1.2.7. Formalidades para desempeñar el cargo de tutor

Una vez que el tutor aceptaba su cargo tenía que realizar lo siguiente:

1. Realizar un inventario de los bienes del pupilo ante los *tabularii*,¹⁸ o *pabellones quienes* eran personas cultas en derecho, que sabían escribir, pero no formaban parte de la administración pública romana. Éstos tenían responsabilidad frente al Estado en caso de nulidad del instrumento, con el objetivo de que cuando llegare el momento de retirarse del cargo, el pupilo tuviera una base para poder restituir sus bienes. En caso de no realizar el inventario, el tutor podía ser acusado de fraude y ser destituido del cargo.

2. Manifestar ante un magistrado, si tenía alguna deuda con el pupilo o por el contrario, si era acreedor del pupilo.

3. Prestar fianza o caución *cautiorem pupili salvan fore* para responder por el buen manejo de los bienes del pupilo. Esta fue una estipulación mixta, impuesta por la autoridad pretoriana y por la autoridad judicial. La caución podía consistir en hipoteca tácita que recibía el pupilo sobre los bienes del tutor. En caso de que hubiera concurso o quiebra el pupilo tenía un derecho de preferencia sobre los demás acreedores.

4. Los tutores testamentarios estaban exentos de la obligación de prestar caución, puesto que la elección del padre suponía ser un sujeto de confianza. Los tutores dativos tampoco prestaban fianza. Los tutores legítimos sí estaban obligados a ello, por cuanto eran designados en atención al parentesco. Si no se presentaba fianza, los actos realizados por el tutor eran considerados nulos.

¹⁸ Ríos Hellig, Jorge, *La práctica del Derecho Notarial*. 5a Ed., McGraw-Hill, México, 2002, pág. 2.

En la época de Justiniano, el tutor no podía ser acreedor ni deudor de su pupilo durante el desempeño de su cargo pues de lo contrario, el tutor perdía sus derechos de acreedor o deudor en beneficio del pupilo.

1.2.8. Garantías del pupilo contra su tutor

Sobre este tema, la *Ley de las XII Tablas* estableció varias garantías para el pupilo, en caso de que el tutor cometiera fraude en contra de su patrimonio¹⁹:

1. La *persecutio crimen suspecti tutoris*: Consistía en que un tercero observara la conducta del tutor para evitar que cometiera fraude en contra del patrimonio del pupilo, el cual si se realizaba dicha hipótesis lo acusaba para que se destituyera del cargo. Esta acción era ejercida por todos los ciudadanos, excepto por el propio pupilo.

2. La *Actio rationibus distrahendis*: Esta acción era de carácter penal que consistía en denunciar al tutor por haber sustraído bienes del patrimonio del pupilo sin ningún consentimiento; al ejercer esta acción y lograr demostrarse que era culpable el tutor, se obtenía una indemnización por el doble del daño sufrido. Esta acción solo era ejercida por el pupilo.

3. La *Restitutio in integrum* en el Derecho Pretoriano: A este respecto, tenía como finalidad que se anularan los actos fraudulentos del tutor que lesionaran al pupilo, dividiéndose a su vez en las siguientes acciones²⁰:

3.1. La *Actio Negotiorum Gestorum*: Figura el cual asimila al tutor como un gestor de negocios. En aquella época existía la pluralidad de tutores, en virtud del cual el pretor era el encargado de escoger de entre todos ellos a un tutor que administre los bienes del pupilo mientras que los demás se encargaban de vigilar

¹⁹ Floris Margadant, Guillermo, *Óp. cit.*, pág. 223.

²⁰ *Ibidem*, pág. 221.

la gestión. Por lo anterior, si el testador ordenaba que se dividiera la gestión, o si los mismos tutores así lo deseaban, podía ser ejercido por razón de la naturaleza de los negocios, o por el territorio, en caso de que el pupilo cuente con bienes distribuidos en los diferentes Distritos.

3.2. La *Cautio Rem Pupilli Salvam Fore*: Esta acción obligaba al tutor a administrar y restituir los bienes finalizada la tutela mediante un contrato de estipulación y garantizado por fiadores.

3.3. La *Auctoritas Interpositio*: Tal y como se observa en esta figura, se ejercía directamente por el pupilo para que todos los actos jurídicos celebrados por el tutor fueran en presencia de éste. No obstante lo anterior, en caso de que alguno de estos actos fuera en beneficio del pupilo, se podía celebrar sin la *Auctoritas Interpositio* como por ejemplo un legado o una donación.

Como referencia, a finales de la República, en el año 27 a.C., existía un acción general denominada *actio tutelae* la cual era ejercida por el pupilo al término de la tutela, la cual se ejercía sobre los tutores dativos y posteriormente se extendió a los tutores testamentarios y legítimos. En su origen, solo se aplicaba esta acción cuando el tutor realizara acciones dolosas en contra del patrimonio del pupilo; posteriormente también se empezó a ejercer por culpa del mismo.

Por último, en el Derecho Justiniano se concedieron éstas últimas acciones²¹:

4. La *Actio Tutelae Contraria*: Considerando que el tutor había terminado con su cargo, éste solicitaba un pago o remuneración por haber desempeñado la tutela, haciendo las veces de un gestor de negocios y como consecuencia de ello, las ganancias generadas durante el ejercicio del mismo, hacían que solicitara dicha

²¹ RENDO UGALDE, Carlos Efrén, *Óp. cit.*, pág. 13.

remuneración. Es conveniente mencionar que esta acción era ejercida por el tutor; y

5. La *Actio Protulae Directa y Contraria*: Cuando el tutor actuara negligentemente y hubiese pérdidas, es claro mencionar que el pupilo ejercía una acción en contra de éste, pero si existía pluralidad de tutores, era ejercida sobre los que tenían mayor solvencia económica.

1.2.9. Limitantes del tutor

En lo tocante a las limitantes del tutor durante el ejercicio de su cargo, no estaba permitido realizar donaciones en nombre del pupilo, ni tampoco podía otorgar la dote a ninguna mujer miembro de la familia. Para los asuntos que tuvieran relación con los predios rústicos o suburbanos del patrimonio del pupilo, solo podía enajenarlos únicamente para el pago de una deuda, siempre y cuando contara con la autorización del magistrado.

1.2.10. Las facultades del tutor

A este respecto, en el Derecho Antiguo los poderes que tenía el tutor eran ilimitados salvo algunas excepciones; a esta figura se le denominaba anteriormente como *loco domini habetur* que consistía en desempeñar el cargo administrando los bienes como si fuesen suyos, a excepción de hacer donaciones o realizar actos en los que convengan al tutor y no al pupilo.

Atendiendo a lo anterior, el pretor otorgó al pupilo la *restitutio in-integrum* y en el Derecho Imperial mediante el senadoconsulto la *oratio severi* bajo Septimio Severo, que prohibía al tutor manejar los *praedia rustica vel suburbana* del pupilo, bajo ciertas excepciones nominales como pagar deudas apremiantes, cumplir la orden del testador, o pagar una hipoteca; todo esto siempre debía estar bajo aprobación del magistrado. De lo expuesto también se infiere que durante la época de Constantino, se amplió la

prohibición hasta los *praedia urbana* y muebles preciosos y no fue hasta la época de Justiniano que el tutor ya no podía recibir capitales por cuenta del pupilo, sin autorización del magistrado.

1.2.11. Extinción de la tutela

A continuación analizaré las causas que podían extinguir el ejercicio de la tutela en el Derecho Romano:²²

1. En relación al pupilo *ex parte pupilli* sucedía la extinción del ejercicio de la tutela por haber llegado a la pubertad, por haber sufrido muerte, o por cualquiera de la *capitis deminutio*; y

2. Por lo que respecta al tutor *ex parte tutoris*, se presentaba la extinción de la tutela por múltiples razones que cito a continuación:

2.1. *Ex parte tutoris*, (por muerte del tutor).

2.2. El tutor sufriera la *capitis deminutio*.

2.3. La *adrogatio* o el matrimonio *cum manu* del pupilo.

2.4. La existencia de una excusa que impidiera ejercer el cargo.

2.5. Por la llegada del termino o condición para ejercer el cargo *ex parte pupilli*.

Es preciso mencionar que cuando existía la pluralidad de tutores se elegía a un tutor de entre ellos para que tuviera a su cargo la representación directa del pupilo, y el elegido si era destituido del cargo lo sucedía aquel de entre los demás tutores que estuviesen, excepcionalmente cuando no existía consenso entre ellos, el magistrado a través de su *autoritas* era quien lo designaba.

²² RENDON UGALDE, Carlos Efrén, Óp. cit., pág. 13.

1.2.12. La curatela como figura alterna de la tutela en el Derecho Romano

En otra tesitura, se sometían a curatela los pródigos (derrochadores de dinero o mal administradores de su patrimonio) y los dementes (*mente capti furiosi*), los cuales solamente se encuentran bajo tutela legítima o dativa; también eran considerados los púberes menores de veinticinco años para que fueran asistidos por un curador para celebrar algún acto jurídico. Las personas cuyos rasgos físicos y mentales estaban afectados (ciegos, sordomudos, locos, etc.) eran exentos de las cargas que estaban impuestas para la sociedad como el pago de impuestos, y por supuesto nunca podrían ser manumitidos.²³

En relación con los dementes, hay que hacer notar que el curador solo obraba por la *gestio negotiorum*, pero si éste realizare actos en momentos de lucidez *dilucida intervalla* eran completamente validos aunque no estuviera presente el curador, siempre y cuando no fuera en perjuicio del mismo.²⁴

Es preciso mencionar que el hombre pródigo se tenía que colocar bajo la vigilancia de un curador mediante un decreto dado por la *gens* y posteriormente expedido por el pretor. La importancia de este curador es que solo actuaba mediante la *gestio negotiorum* o daba su *consensus curatoris* acción semejante a la *auctoritatis interpositio* en asuntos que beneficiara al pródigo. Para los asuntos que mejoraran su condición seguía conservando su capacidad.

En cuanto a los púberes menores de veinticinco años, tenían una relevancia importante; en lugar de que se les otorgara la capacidad al cumplir la mayoría de edad, se les preparaba con un curador que les ayudara a celebrar actos jurídicos dentro de su

²³ BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz, *Derecho Romano*. 21 ed., Porrúa, México, 2004, pág. 186.

²⁴ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *op. cit.*, p. 223.

patrimonio, puesto que los contratantes tenían temor de que se revocara el acto por tratarse de una persona inexperta y que el acto jurídico celebrado se considerara fraude.

Igualmente en la práctica, tratándose de los pupilos de la clase alta al llegar a la pubertad automáticamente eran protegidos con el curador para que el tutor le rindiera cuentas al ex-pupilo y evitar algún fraude aprovechándose de la situación.

1.3. La tutela en el Derecho Francés

Las aportaciones que introdujo el Derecho Francés en materia de tutela fueron escasas, resaltando entre otras, las siguientes:

El maestro Colín y Capitant destaca la tutela en el Derecho Francés como se cita a continuación: *La tutela se abre, a falta de guarda noble o común, a la muerte del padre o de la madre. El superviviente no conserva, por lo tanto, la patria potestad más que sobre la persona del hijo. En este caso hay coexistencia de la tutela y la patria potestad.*²⁵

Es preciso mencionar que, existía en el Derecho Francés la figura del protutor considerado como el antecesor de la figura del curador; sus funciones estaban orientadas principalmente al cuidado del manejo de los bienes del incapaz, y de realizar un inventario de su patrimonio.²⁶

Empero, existía una asamblea de parientes los cuales estaban conformados por los parientes más cercanos del incapaz. Su objetivo era el de escoger al tutor que mejor les pareciera y el Juez únicamente aprobaba o rechazaba la propuesta hecha de acuerdo a un minucioso estudio que hacía de los antecedentes de cada uno

²⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil, Tomo III, Derecho de Familia*, 2ª edición, México, edit. Porrúa, año 2001, p. 591.

²⁶ TAJANA DE BRAND, Nelly A, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad: provisiones para el cuidado de la persona y los bienes del incapaz otorgadas durante su capacidad*, Buenos Aires, ed. Astrea, año 1996, pág. 61.

convocado. También otorgaban su consentimiento para que el tutor se viera obligado a vender algún bien o realizara algún acto importante en relación al peculio del pupilo, siempre bajo la aprobación del juez.²⁷

Prosiguiendo con el tema, el ejercicio de la tutela en el Derecho Francés, cesa hasta en tanto se hayan cumplido 25 años de edad y no hasta llegar a la pubertad como se observa en el Derecho Romano.

1.4. La tutela en el Derecho Alemán

1.4.1. Antecedente

En los inicios de la historia del Derecho Alemán, se puede desprender que los germanos surgieron de los pueblos indoeuropeos que procedían de Europa Central, se asentaron en Dinamarca, Islas Danesas y Sur de Escandinavia.²⁸

Como se puede inferir de los antecedentes históricos, es importante mencionar que en los comienzos del siglo XIX en Alemania comienza la corriente de *La Escuela Histórica del Derecho*, extendiéndose posteriormente en el resto de Europa y América.

En lo tocante a este sistema jurídico, el Derecho Alemán recogió algunos postulados del *Derecho de Pandectas*, misma corriente que toma algunos postulados del Derecho Romano, seguida posteriormente en el siglo VI por el emperador Justiniano.

El fundador de ésta Escuela es Federico Carlos de Savigny (1779-1861), cuyos ideales consistían en enfocarse exclusivamente a las clases sociales dominantes de Alemania al legitimar sus intereses de modo supuestamente científico.

²⁷ MAGALLON IBARRA, *Óp. cit.*, pág. 591.

²⁸ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO José Manuel, *Historia del Derecho Español I.*, 1ª ed., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1999, pág.369.

La *Escuela Histórica del Derecho* en Alemania, concibe al *pueblo* como un todo natural, supraindividual y supratemporal, cuya esencia reside en la capacidad de crear y vivir actividades y formas espirituales propias que convienen a su totalidad orgánica mantenida a través de las generaciones por la básica circunstancia de hecho que supone el lazo de sangre y la descendencia común.²⁹

Como se puede observar en estos postulados, el Derecho Germánico nacería de cada pueblo de acuerdo a las circunstancias que se presenten, como ocurre con el idioma, las costumbres, la estructura social, entre otros.

En este sentido, la estructura de la sociedad se dividía en el antiguo Derecho Germánico para su estudio en la *sippe* y el *munt* los cuales se describen a continuación.

1.4.2. La sippe

Esta figura consistía en la asociación familiar con alcances decisivos en relación con la vida económica, religiosa y jurídica conformado por parientes que descienden del mismo tronco común (varón).³⁰

En razón de lo antes dicho, es importante mencionar que la *sippe* era una comunidad familiar trascendente en el derecho político, en el orden religioso, en el derecho sucesorio y en la figura objeto de este estudio, la tutela.³¹

Abundando al respecto, existían por lo menos dos tipos de *sippe* o stirpe; la primera que solo se daba entre los hermanos y la segunda que se componía por medios hermanos también denominada la *sippe* cambiante.

²⁹ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO José Manuel, *Ibidem*, pág. 413.

³⁰ *Ibidem*, pág. 390.

³¹ ENNECERUS, Kipp y Wolf, citado por GALINDO GARFIAS Ignacio, *Derecho Civil, primer curso*, 20ª ed., Porrúa, México, 2000, p.716.

Considerando lo anterior, puedo desprender que la *sippe* (como estirpe) significa la asociación genealógica por vía del sexo masculino (tronco, linaje o gente) que reúne a todos los hombres y mujeres descendientes de un tronco común masculino aplicando el principio de la agnación.

No obstante, los primeros antecedentes de la *sippe* tuvieron lugar en el concepto denominado *ewa* cuyo significado tenía que ver jurídicamente con lo justo. Con esta idea, cuando algún miembro de la comunidad no seguía las reglas, se le aplicaba la pena correspondiente por la falta cometida la cual se le denominaba *faida*.³²

Resulta importante resaltar, que siempre se mantendría la *sippe* tanto para el varón como para la mujer, incluso si alguno de los dos llegará a contraer matrimonio.

1.4.3. El munt

En lo tocante a este tema, el *mnt* es aquella figura que consistía en la potestad jurídica que tenía el señor de la casa o también conocido como *fro* sobre todos los integrantes de la *sippe* dentro de los cuales se encontraba la esposa, los hijos, las hermanas solteras y las viudas; así mismo también se consideraban a los empleados domésticos, los extranjeros hospedados y principalmente las personas que se encontraban bajo la tutela.³³

Es importante destacar que el *mnt* era el encargado de representar a la familia e incluso a los extranjeros recibidos como huéspedes. La mujer casada siempre pertenecerá a la *sippe* de donde era originaria, pues era una garantía para el caso de que el esposo actuara de manera arbitraria en contra de ella para que los miembros de su *sippe* tuvieran la facultad de defenderla.

³² PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO José Manuel, *Ibidem*, pág. 392.

³³ *Ibidem*, pág. 418.

1.4.4. La capacidad jurídica

Cabe mencionar que, para que un miembro de la familia pueda entrar en la vida jurídica, no basta con su nacimiento o ser concebido, pues tenía que ser aceptado por los miembros de la sociedad para lo cual el padre realizaba una serie de formalidades para que sucediera esta aceptación. Una vez que había nacido el niño, debían transcurrir nueve noches para que el padre acudiera ante testigos rogados y lo que tenían que hacer era que los mismo testigos escucharan al recién nacido llorar o balbucear ante cada uno de los cuatro puntos cardinales, ya que en ese momento la vida del concebido era protegida penalmente, pero jurídicamente seguía siendo vulnerable.³⁴ Durante este periodo se le facultaba al padre para aceptarlo o abandonarlo a su suerte sin ninguna responsabilidad. Una vez que el niño era aceptado por el padre, se realizaba una ceremonia donde se le proporcionaba un nombre y se le rociaba con agua. Estas formalidades eran recogidas por el principio de religiosidad y regularmente se le daba el nombre de alguien ya fallecido de la *sippe* puesto que la creencia que se tenía era que el niño reencarnaba a un ser querido ya fallecido.

Acerca de las personas extranjeras, no se les reconocían la capacidad jurídica por ser de otra sociedad, pues recordemos que dentro del Derecho Germánico, tienen muy arraigados los ideales de la *sippe*.³⁵

1.4.5. Limitantes en la capacidad jurídica

Es de señalarse, que la capacidad de obrar se modificaba para los menores de edad, por razón de sexo y salud, posteriormente también se limitó dependiendo de la clase social en la que estuvieran.

³⁴ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO José Manuel, *Ibidem*, pág. 411.

³⁵ *Loc. cit.*

Por lo que hace al menor, éste permanece bajo la potestad jurídica del jefe de familia *mnt* hasta en tanto los demás miembros de la *sippe* determinen si ya es lo suficientemente maduro para tomar sus decisiones correctamente en la vida jurídica para poderlo emancipar. Para las personas que estaban perturbados mentalmente, no alcanzaban la capacidad jurídica de obrar.

En relación al presente punto, el pródigo solo podía tener responsabilidad penal, pero siempre conservaría su capacidad, algo muy distinto a lo que sucedía en el Derecho Romano.³⁶

Y finalmente en razón de sexo, tanto el hombre y la mujer eran miembros de la *sippe* pero cada uno cumple con una función distinta, haciendo que las circunstancias de su capacidad variaran. La mujer era considerada como compañera, consejera y auxiliar, actuaba como señora de la casa, en este ejercicio dirigía las labores domésticas y era representada con una llave, significando que ella tenía la potestad de decidir quién entraba a su hogar. El reconocimiento de la mujer en la *sippe* fue muy importante, pues era protegida por todos los miembros contra alguna falta arbitraria por el marido. Lo más importante dentro de su capacidad es que podía adquirir y disfrutar de bienes muebles pero en tratándose de bienes inmuebles se le excluían esas facultades.

1.4.6. El ejercicio de la tutela

Desde el punto de vista generalizado, en Alemania se concebía la figura de la tutela como un cuidado conjunto de la persona (tutoría) y sus bienes (o *cura*). Cuando el menor permanece bajo la potestad jurídica del jefe del grupo familia el *mnt*, se convocaba a todos los hombres libres a una Asamblea General, en la cual

³⁶ PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO José Manuel, *Ibidem*, pág. 413.

determinaban si el menor ya había alcanzado la madurez suficiente para poderlo emancipar.³⁷

Anteriormente, la función de la tutela la ejercía algún miembro de la *sippe*, en su mayoría por la madre u otros parientes femeninos, haciendo que esta función ejercida en sus inicios por el *munt* había sido delegada y casi obligada a ejercerlo por otros miembros de la *sippe*.

Cabe mencionar que no tenía lugar el cambio de tutor al llegar el pupilo a la pubertad. En primera instancia la vigilancia del correcto desempeño del tutor correspondía a la familia, posteriormente correspondió esta vigilancia a los consejeros municipales y a los tribunales.

Es preciso mencionar que se diferenciaba la tutela sobre los enfermos mentales, físicos y pródigos mientras que la curatela solo era para asignada para algunos casos especiales.

1.4.7. Formas de designar al tutor

En otra tesitura, toma gran importancia la designación del tutor vía testamento o vía legal; posteriormente las dos anteriores empezaron a declinar y se optó porque la autoridad gubernamental designara al tutor, esto fue a razón de que se dictó una ordenanza del Presidente del *Reich* (del Imperio Germánico) que establecía que ningún tutor podía hacerse cargo de la administración sin que la tutela le haya sido discernida y mandada por la autoridad con anterioridad, a esto se le denominaba la *Confirmatio Juris Germanicis*.

Sobre el particular, uno de los principios en el Derecho Germánico era la obligación de que todos los menores púberes e impúberes tenían que tener un tutor. En algunos casos, cuando se determinaba que el niño ya había dejado de serlo (que en

³⁷ *Ibidem*, pág. 454.

promedio debía ser entre los doce y dieciocho años) se decidía si era factible que se le dejara o quitara al tutor para poder ejercer sus derechos personalmente.

Debido a que el menor llegaba a la etapa de la pubertad, ya no cabía el cambio del tutor. La inspección del tutor correspondía originalmente a la familia, pero con el paso del tiempo esta facultad fue pasando a la autoridad, directamente a los consejeros municipales y a los soberanos territoriales.

Los pocos estados europeos que aún no poseían un código de derecho privado moderno, siguieron el ejemplo del Derecho Alemán para poder dotarse de uno.

1.5. La tutela en el Derecho Español

1.5.1. Antecedente

Atendiendo al antiguo Derecho Español, se reconocía la figura de la tutela y la curatela derivadas del Derecho Romano; cada una estaba destinada de acuerdo con las características especiales de las personas incapaces. La tutela era ejercida en los impúberos y la curatela a los mayores enfermos.

Es de señalarse que, en Castilla el Código de las Siete Partidas que datan del año 1256 al 1263 d.C., del gran rey “Alfonso X El Sabio” tenía un rasgo de Derecho Romano, desplazando al antiguo Derecho Germánico. Esta recopilación de leyes en las Siete Partidas fue de las más importantes contribuciones en las obras legislativas del Derecho Europeo.³⁸

En este orden de ideas, existían diferencias esenciales entre la tutela y la curatela que nacían de los atributos que las leyes 10 y 130, Título 16, Partidas 6ª y 5ª,

³⁸ RENDON UGALDE, Carlos Efrén, *Ibidem*, pág. 17.

Título 11, Partida 5ª del Código de las Siete Partidas les concedían, las cuales de manera general se enuncian a continuación:³⁹

1. La tutela tenía por objeto la guarda de los impúberes; la curatela la de los menores púberes o de los mayores incapacitados.
2. El ejercicio de la tutela era específicamente para cuidar de la salud y educación del pupilo, posteriormente se extendió a sus bienes; mientras que la curatela tendía más hacia el cuidado de los bienes que de la persona.
3. La tutela tenía por objeto todo en cuanto se relacionara con la persona y los bienes del pupilo; la curatela podía referirse únicamente a un acto determinado.
4. La tutela terminaba cuando el pupilo llegaba a la pubertad mientras que el ejercicio de la curatela se daba fin cuando el menor llegaba a la mayor edad o el incapaz recobrara el pleno goce de sus derechos civiles.⁴⁰

Cabe mencionar que, el Sistema Romano fue siendo sustituido por los ordenamientos legales de la época como son el Fuero Juzgo, Fuero Viejo y Fuero Municipal.

Sin embargo, los cambios que se introdujeron en el marco de la tutela fueron los que se enlistan a continuación:

1. La admisión de una sola institución con el nombre de guarda o tutela; y

³⁹ *Ibidem*, pág. 18.

⁴⁰ Mateos Alarcón, Manuel citado por Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, primer curso, 20ª ed., Porrúa, México, 2000, p.716.

2. La tutela corresponde a los parientes más próximos del incapaz, asemejándose a la tutela del Derecho Germánico de carácter plural o, mediante la representación de uno solo de ellos con el consentimiento de los demás.

1.5.2. Las Siete Partidas

A este respecto, las Siete Partidas derivadas del Derecho Romano reconocía la tutela de manera unipersonal. En algunos casos especiales se reconocía a la tutela plural. También eran reconocidos la figura del curador y la tutela designada por testamento, las cuales eran desconocidas por el antiguo Derecho Germánico.

Precisamente en el antiguo Derecho Español tomó matices tanto del Derecho Romano como del Derecho Germánico. En su sistema gótico o nacional toma como base las fuentes visigodas escritas, del cual se destacan los siguientes puntos:⁴¹

1. Unidad institucional frente a la bifurcación romana.
2. Atribución de su ejercicio a los parientes más próximos.
3. Desconocimiento de la tutela testamentaria.
4. Actuación de una tutela familiar conjunta, es decir, se trataba de una tutela plural en el cual había un representante que ejercía el cargo y los demás desempeñaban el papel de vigilantes, posteriormente se introduce la tutela unipersonal del sistema romano.

1.5.3. Sujeto del Derecho

Abundando por lo que respecta a este tema, la manera de adquirir la capacidad jurídica en las comunidades se daba por la conjunción de tres elementos:⁴²

⁴¹ RENDON UGALDE, Carlos Efrén, *Ibidem*, pág. 17.

1. El nacimiento;
2. La aceptación por quien ostente la jefatura del grupo familiar; y
3. La posesión de aquella capacidad de los padres, ya que si fuesen hijos de esclavos, éstos también lo serían.

Cabe destacar que en estas comunidades, existió la división entre libres y esclavos. En general, los libres eran los que gozaban de ciertos privilegios como las personas reales caudillos o régulos, las clases sacerdotales y en muchos casos los ancianos, así como también los pequeños comerciantes, artesanos y los pequeños cultivadores.

Efectivamente, hay ciertas restricciones en la capacidad de obrar, una de ellas era la edad, puesto que fue mucho más importante la presencia de ancianos en los actos masivos, que los jóvenes quienes no tenían experiencia suficiente. Otra de las limitantes era por motivo de género, pues siendo alguien del sexo femenino, no podía otorgársele la capacidad de obrar.

Finalmente, la capacidad jurídica se pierde con la muerte sea esta natural o impuesta por la ley, sin juzgar que exista vida más allá de la muerte como algunos pueblos creían.

1.5.4. Clases de tutela

En lo tocante al antiguo Derecho Español, se consideraban tres tipos de tutela:⁴³

⁴² PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO José Manuel, *Historia del Derecho Español I.*, 1ª ed., Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1999, pág.322.

⁴³ RENDON UGALDE, Carlos Efrén, *Ibidem*, pág. 18.

1. La tutela testamentaria que era designada por el padre, la madre u otra persona que lo haya instituido como heredero.
2. La tutela legítima que reconocía a los parientes más próximos para ejercer la tutela, en sustitución de la testamentaria; y
3. La tutela dativa la cual el juez lo instituía en caso de que no se ejercieran alguna de las dos formas anteriores.

Indudablemente, en las Siete Partidas, podemos diferenciar a la tutela y a la curatela de la siguiente forma; la primera, era dada a los pupilos que no habían llegado a la etapa de la pubertad, que en promedio eran hasta los 14 años de edad; mientras que la segunda era dada a los menores de 25 años que ya habían alcanzado la pubertad, los mayores de edad que padecían de alguna enfermedad mental por motivo de locura y los pródigos motivo por el cual no podían valerse por sí mismos.

1.5.5. Finalidad de la tutela en el Derecho Español

Es importante mencionar que, la tutela en el Derecho Español se otorgaba para suplir la falta de representación del incapaz. En primera instancia para el cuidado de la persona y posteriormente se extendió a sus bienes.

Finalmente la tutela era impuesta por la ley de manera obligatoria para los menores de edad.

En consecuencia, la curatela era opcional para los mayores de edad incapaces puesto que solo eran requeridos para ser representados en algún pleito o litigio.

1.6. La tutela en el Derecho Canónico

1.6.1. Antecedente

Es de señalarse que la denominación *Corpus Iuris Canonici* tuvo carácter oficial a partir del año 1580. El Derecho Canónico formó parte durante siglos del *Ius Commune* doctrina que hasta la fecha seguimos conservando en nuestro Derecho Mexicano. Este Derecho también denominado de Iglesia ha sido creadora e integradora de nuestro Derecho Civil. El *Ius Commune* es la integración del Derecho Mercantil y del Derecho Feudal.

Su aparición, es uno de los fenómenos culturales más complejos puesto que con él también se relaciona la corriente denominada *El Renacimiento* surgida en el siglo II.

Las obras renacentistas empiezan a difundirse con predominancia meramente teológica y moral durante el siglo IV.

Por otra parte, la Ciencia Canónica llega a España a través de la Universidad de Bolonia. Son muchos los canonistas españoles que se trasladan a Italia donde además son designados para puestos importantes en la Curia Romana.

En lo que respecta a los tribunales eclesiásticos, éstos se dividían de acuerdo a las características de las personas en:

1. *Rationae personae*: para los pleitos denominados *miserabiles personae* que versaban sobre los pobres, viudas, huérfanos; y
2. *Cause clericorum*: Conocían sobre los clérigos y generalmente eran reclamadas por el tribunal eclesiástico.⁴⁴

⁴⁴ WESENBERG Gerard y WESENER Gunter, *Historia del Derecho Privado Moderno en Alemania y en Europa*, traducido de la 4ª ed. Alemana por José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, edit. Lex Nova, 1998, p.50.

El Derecho Canónico aportó una gran parte de las teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas, de la protección posesoria, de los vicios del consentimiento, la responsabilidad civil y la culpabilidad, así como ciertos sectores institucionales del Derecho de Sucesiones, pero no hubo un gran aporte en relación a la figura de la tutela, derivado que viene de la corriente jurídica romana, observándose el mismo contenido de dicha corriente en sus textos jurídicos.

CAPITULO SEGUNDO

“ANTECEDENTE DE LA TUTELA EN LA LEGISLACIÓN SUSTANTIVA CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL”

2.1. Ley sustantiva civil

Por lo que hace a nuestro sistema jurídico, se tiene como primer antecedente del Sistema Normativo Civil a la Legislación Española que, derivado de lo expuesto en el capítulo I de la presente tesis, predominan las legislaciones Romana, Francesa, Germánica y Canónica.

En ésta tesitura, se expondrá en primer lugar la regulación de la tutela en los primeros Códigos Civiles de nuestro México Independiente, para posteriormente citar algunas definiciones de tutela de diversos doctrinarios del derecho enfocados a la tutela en general.

2.1.1. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

En lo referente a dicho Código Civil, éste tuvo su origen durante el gobierno del entonces Presidente de la República Licenciado Benito Juárez García, quien encomendó al Doctor Justo Sierra elaborar un proyecto de un Código Civil para el país. Concluido el mismo lo envió al Ministerio de Justicia el día 18 de diciembre de 1859 para su revisión y análisis.

Cabe destacar que los encargados de dar el visto bueno de dicho Código, fueron los integrantes de *La Primera Comisión*, creada en el año de 1861, la cual se encontraba integrada por los Maestros Jesús Terán, José María Lacunza, Pedro Escudero y Echanove, Fernando Ramírez y Luis Méndez los cuales solo pudieron publicar los dos primeros libros de aludido Código Civil.

Posteriormente se creó una Segunda Comisión integrada por los señores Licenciados Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro A. Montiel y Duarte, Rafael Dondé y Joaquin Eguía Lis. Esta Comisión envió de nueva cuenta el proyecto del referido Código Civil el día 15 de enero de 1870 al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública quien se encargaron de revisarla, siendo hasta entonces el día 15 de mayo del mismo año la promulgación del mismo en fecha 8 de diciembre de 1870 para entrar en vigor el 1° de mayo de 1871, cuya denominación quedo asignada como Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870.⁴⁵ Abundando lo anterior, es conveniente mencionar que dicho Código concluyo su vigencia en fecha 31 de mayo de 1884.

Al respecto, los avances que tuvo este Código en relación a la figura de la tutela, son los que cito a continuación:

El mencionado Código Civil en su artículo 430 establecía:

“Artículo 430.- 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 solo la segunda, para gobernarse por sí mismos.”

Por ende, puedo comentar que la tutela era considerada como un cargo personal del cual no se podía eximir sin causa justificada o legitimada.

Es de mencionar que se contemplaba únicamente la figura del tutor y el curador, y la manera en que éste era designado ya sea por testamento, por vía legal (designado por el juez) o por elección del mismo incapaz confirmado por el juez (tutela dativa), similar a nuestro actual Código Civil.⁴⁶

⁴⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil*, 9° ed., Porrúa, México, 2003, pág. 63.

⁴⁶ MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo III, Derecho de Familia, 2ª ed., Porrúa, México, 2001, pág. 594.

En lo que toca al artículo 431 del aludido Código Civil consideraba incapaces a las siguientes personas:

“Artículo 431.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad no emancipados;

II.- Los Mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;

III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir”.

En esta tesitura, podemos distinguir que en aquella época, a los mayores de edad no importaba si la incapacidad afectaba su inteligencia o solo la incapacidad física, en todos esos casos, se consideraba incapaz legalmente.

Como se puede observar en relación a este Código Civil, contenía un *Título General* del que se derivaban tres capítulos:

El primer capítulo explicaba la declaración de estado de minoridad o de interdicción.

El segundo capítulo se refería a la interdicción de los pródigos; en cuanto a esto, el ilustre Maestro Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra hace referencia al artículo 473 del aludido Código, el cual establecía⁴⁷:

“Artículo 473.-...

La prodigalidad consiste en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastando de modo que consuma más de lo que importen las rentas o utilidades de los bienes en cosas vanas e inútiles.”

⁴⁷ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Ibíd.*, pág. 594.

Finalmente en el tercer capítulo del Código en comento, contemplaba el estado de interdicción en general.

2.1.2. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884

En lo tocante a este Código puedo afirmar que fue el resultado de una revisión exhaustiva del *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870*, la cual contenía matices del Código Napoleón, derivada de los Jurisconsultos Romanos del cual tomo los principios rectores del individualismo puro que predominó durante el siglo XIX.⁴⁸

El presente Código en comento, fue publicado el 31 de marzo de 1884 entrando en vigor a partir del 1° de junio del mismo año.

Sobre el particular se puede desprender que data de la época del Porfiriato que se basaba en el individualismo que existió durante la Revolución Francesa la cual tuvo como ideales la igualdad en la aplicación de la ley sin distinción de raza, condición social, credo, entre otros.

Por otra parte, el aludido Código en comento siguió la corriente de la tradición jurídica romana, así como la influencia del Código de Napoleón.

Es conveniente hacer una distinción al artículo 430 del *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870*, al cual se adicionó un segundo párrafo y encontrándose en el presente Código en comento en el artículo 803, que advierte lo siguiente⁴⁹:

⁴⁸ LEYVA, Gabriela y CRUZ PONCE Lisandro, *CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL 1932-1982*, edit., Facultad de Derecho-UNAM, 1982, pág. 5.

⁴⁹ RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *La Tutela*, 1a ed., Porrúa, México, 2001, pág. 22.

“Artículo 803.-...

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

Tal y como hemos venido observando, es importante resaltar que se consideraban también incapaces, además de los mencionados en el *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870*, a los ebrios habituales o consuetudinarios en el Código Civil en comento.

Empero, los cambios que presenta éste Código, es el de suprimir dos capítulos del *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870*, el capítulo sobre la Declaración de estado y otro segundo capítulo en relación a la Interdicción de los pródigos, subsistiendo el relativo al *Estado de Interdicción en General*, considerando la tutela testamentaria, la tutela legítima y la tutela dativa.

2.1.3. Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917

Por lo que toca a este tema, es importante mencionar que la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, fue expedida por el C. Venustiano Carranza, entonces Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Nación, expedido en fecha nueve de abril de 1917 y publicándose en el Diario Oficial el 14 de abril al 11 de mayo de 1917,⁵⁰ entrando en vigor en esa misma fecha, es primordial precisar que el objetivo de dicha ley era la de establecer las bases para el mejor sostenimiento de la familia en México.

Dentro de lo que se puede observar de la Ley en comento, dentro del capítulo vigésimo relativo a las *Disposiciones Generales Relativas a la Tutela*, en su artículo 298, reprodujo textualmente el objeto de la tutela la cual transcribo como sigue:

⁵⁰ MONTERO DUHALT, Sara, *Antecedentes socio-históricos de la Ley sobre Relaciones Familiares*, Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano, México, UNAM, 1981, pág. 661.

“Artículo 298. 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. La tutela, puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.”

En este mismo sentido, se puede desprender en el artículo 299 de dicha Ley quienes eran considerados incapaces como se observa enseguida:

“Artículo 299. Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo e imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;

III.- Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;

IV.- Los ebrios habituales.”

En síntesis, este artículo fue la transcripción literal del artículo 803 del *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884*.⁵¹ En virtud de que en el precepto legal antes citado, se observan los términos empleados por el legislador, en el que sin distinguir la incapacidad física de la intelectual, los considera a todos incapaces jurídicamente, como se observa en los Códigos estudiados en los anteriores puntos.

Continuando con el análisis de la ley en comento, es importante resaltar que varios preceptos legales que se insertaron en dicha Ley fueron tomados por el actual Código Civil para el Distrito Federal, por lo que respecta a la tutela testamentaria y que cito de la Ley en comento:

⁵¹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Óp. cit.*, pág. 593.

“Artículo 323.- El que en su testamento, aun cuando sea un menor no emancipado, deja bienes, sea por legado, será por herencia, a un incapaz, que no está en su patria potestad ni en la de otro, puede nombrar tutor sólo para la administración de los bienes que deja.”

Ahora bien, para poder elegir su tutor por el menor, tenía que cumplir una condición, tener más de 14 años cumplidos, esto se observa en el artículo 335 de la ya multicitada *Ley Sobre Relaciones Familiares*:

“Artículo 335.- Si hubiere varios hermanos de igual vínculo, o varios tíos de igual grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido ya catorce años, el hará la elección.”

Es preciso resaltar que se establecía una especie de tutela obligatoria entre los consortes, como se disponía en aquel entonces en el precepto legal siguiente:

“Artículo 337.- El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y está lo es de su marido.”

Resulta interesante el tema en relación a las mujeres, ya que a excepción de sus hijos o su esposo, no podía desempeñar el ejercicio de la tutela en otra persona, esto lo observamos en el siguiente artículo:

“Artículo 348.- No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

I.- Las mujeres, excepto en los casos de los artículos 337 y 340;

II.-...”

Ahora bien, el artículo 363 de la Ley en comento establecía una sanción para el caso de que el tutor designado por medio de testamento, se rehusare a ejercer el cargo, el cual lo ordena de la siguiente manera:

“Artículo 363.- El tutor testamentario que se excusare de la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador.”

Por último, cabe destacar que la figura del curador estaba excluida en la tutela interina, como se observa en el artículo 465 de dicha Ley;

“Artículo 465.- Todos los sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa además de tutor, tendrán un curador, excepto cuando la tutela sea interina y no haya que administrar bienes.”

Se puede observar que durante la vigencia de la ley en comento, se estableció la mayoría de edad a partir de los 21 años de edad, pero de acuerdo a los ideales de la época, las mujeres estaban más restringidas como se cita en los artículos 478 y 479 de dicha ley:

“Artículo 478.- La mayor edad comienza a los 21 años cumplidos.”

“Artículo 479.- El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, sin embargo, las mujeres mayores de 21 años, pero menores de 30, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre, en cuya compañía se hallen, si no fuere para casarse, o cuando el padre o la madre hayan contraído nuevo matrimonio o ésta observe mala conducta.”

2.1.4. Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal de 1928

Por lo que respecta a este Código, en sus antecedentes se puede desprender de que en virtud de la facultad que el Congreso de la Unión confirió al Poder Ejecutivo por Decretos de 7 de enero y 6 de diciembre de 1926 y el 3 de enero de 1928, fue promulgado por el entonces Presidente de la República General Plutarco Elías Calles, el 30 de agosto de 1928, y a pesar de haber sido publicado en el Diario Oficial de la Federación en diversos números a partir del 26 de mayo de 1928 hasta el 31 de agosto del mismo año, entro en vigor 4 años más tarde, derivado de la oposición de los

conservadores que pugnaban por evitar la expedición de un Código de notables cambios.⁵²

No obstante es importante mencionar que el mencionado Código fue estudiado y analizado por una Comisión Técnica conformada por los Licenciados Fernando Moreno, Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez; cada uno de ellos seguía una propia corriente; la progresista seguida por el Licenciado García Téllez; la Tradicionalista-Conservadora seguida por el Licenciado García Peña y dando como resultado el surgimiento de una corriente ecléctica seguida por el Licenciado Francisco H. Ruiz.⁵³

Es en razón de lo anterior que en la exposición de motivos del citado código, se hace hincapié en la importancia de la tutela, basado en el cuidado de la persona incapaz y de su patrimonio; por tal motivo empiezan a crearse nuevas instituciones como claro está el *Consejo Local de Tutelas* y los *Jueces Pupilares* (actualmente los Jueces Familiares), en razón de que el cuidado del incapaz depende del Estado como una obligación, dada la situación de incapacidad para realizar actos jurídicos por sí mismo, con el fin de lograr tener una debida representación legal, la protección y administración de sus bienes, así como el cuidado de su persona.

Una de las principales aportaciones que tuvo este Código en relación a la tutela fue la inserción de un párrafo en el artículo 449, el cual hasta el día de hoy continúa vigente, y que cito a continuación:

“Artículo 449. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también

⁵² LEYVA, Gabriela y CRUZ PONCE Lisandro, *Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal 1932-1982*, edit., Facultad de Derecho-UNAM, 1982, pág. 5.

⁵³ RENDON UGALDE, Carlos Efrén, *Ibíd.*, pág. 23.

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

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

El artículo 413 a que hace alusión el precepto legal citado, refiere que los padres que ejerzan la patria potestad, estarán bajo los preceptos legales en relación a sus bienes y al cuidado de la persona incapaz.

Por otro lado, otra de las aportaciones del Código en comento, fue el responsabilizar a los Jueces de lo Familiar por incurrir en actos negligentes en contra del tutelado los cuales, entre otros, se enuncian por ejemplo que no se nombre a tiempo un tutor ó, no se solicite la caución al tutor para discernirle el cargo del mismo; o dado que si el Juez no cumple con el deber de proteger al menor con medidas precautorias, sería responsable de los daños y perjuicios que pudiera ocasionarle al incapaz, entre otros.

Puedo destacar la importancia de hacer partícipe al Ministerio Público en los casos negligentes del tutor para que promoviera la separación del cargo del mismo en las faltas graves que cometiera en el ejercicio de su cargo.

2.1.5. Código Civil para el Distrito Federal vigente

Por lo que se infiere al presente Código, la denominación de este Código tiene su origen en la reforma en términos del Artículo Primero del Decreto publicado en la “Gaceta Oficial” del Distrito Federal el día 25 de mayo de 2000, y que a la letra transcribo:

“ARTICULO PRIMERO.- El Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en Materia Federal vigente, promulgado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el veintiséis de marzo de

mil novecientos treinta y dos, según decreto publicado en el mismo diario el día primero de septiembre de mil novecientos treinta y dos, con sus reformas y adiciones publicadas hasta esta fecha y junto con las reformas a que se refiere este decreto, en el ámbito de aplicación del fuero común, se denominará Código Civil para el Distrito Federal.”⁵⁴

Por lo que respecta a nuestra materia objeto de esta tesis, es preciso mencionar que en el Código Civil vigente, la naturaleza jurídica de la tutela la encontramos en el *Libro Primero, De las Personas, Título Noveno, De la Tutela, Capítulo Primero, Disposiciones Generales*, en su artículo 449 el cual transcribo:

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

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

De igual forma se observa en el aludido Código Civil, quienes son considerados incapaces jurídicamente, tal como se desprende del artículo 450 de dicho ordenamiento, el cual transcribo a continuación:

“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 puedan

⁵⁴ CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, edit. Ediciones Andrade, Volumen I, año 2010, pág. 31.

gobernarse , obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que lo supla.”

Es pertinente destacar que, por primera vez, aparece en nuestra Legislación Sustantiva Civil vigente, el *Consejo Local de Tutelas* como se observa en el *Capítulo XV del Título Noveno del Libro Primero* de nuestro ordenamiento civil el cual define al mismo como se establece en el precepto legal siguiente:

“Artículo 632. El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

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

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

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

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

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

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

De lo antes expuesto también se infiere que dicho órgano se encarga de auxiliar al Juez de lo Familiar, en asuntos relacionados con la tutela ya que anteriormente

existían los *jueces pupilares* que estaban encargados de resolver las controversias que se suscitaban entre el tutor o el pupilo ahora ya sustituidos.⁵⁵

2.2. Conceptos fundamentales para explicar la tutela

En relación a este tema citare algunas definiciones de la capacidad en general:

Para el Maestro Jorge Alfredo Domínguez Martínez, catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM, lo define de la siguiente manera: *El primer atributo de la personalidad es la capacidad. En su sentido amplio, es decir, por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio.*⁵⁶

Luego entonces, la capacidad jurídica la podemos clasificar en dos: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, las cuales explicare en las siguientes líneas:

2.2.1. La capacidad de goce

El Maestro Domínguez Martínez, define a la capacidad de goce en los términos siguientes: *La capacidad de goce es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Ésta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es decir, es consubstancial al hombre; no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce.*⁵⁷

Ahora bien, la Legislación Sustantiva Civil, la explica conforme al artículo 22 de nuestro aludido Código Civil la cual se plasma enseguida:

⁵⁵ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Óp. cit.*, p. 613.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez*, 9° ed., edit. Porrúa, México, 2003, pág. 166.

⁵⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Ibidem*, pág. 38.

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

2.2.2. La capacidad de ejercicio

Para el Maestro Rojina Villegas, la capacidad de ejercicio la define en los términos siguientes: *Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propios actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.*⁵⁸

Abundando sobre este tema al respecto los artículos 24 y 646 del Código Civil en comento, establecen lo que se transcribe a continuación:

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

“Artículo 646. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.”

2.2.3. Incapacidad natural y legal

Ahora bien, la incapacidad natural de acuerdo con el maestro Barbero Doménico, citado en la obra del Maestro Domínguez Martínez lo explica con sus palabras como sigue:

Se tiene incapacidad natural de obrar cuando el sujeto, cualquiera que sea su edad, o por insuficiente desarrollo o por enfermedad mental o a causa de una perturbación psíquica, permanente o transitoria se encuentra en la efectiva de no poder entender y querer lo que hace: de manera que sus actos no son “actos

⁵⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Tratado de Derecho Civil Mexicano, Tomo I, Introducción y Personas*, 12° edición, México, edit. Porrúa, 2006, p. 445.

humanos”, sino “actos físicos”. Esta es la condición del enajenado mental, del ebrio, del hipnotizado, etc...⁵⁹

Por otro lado, el maestro Domínguez Martínez la define como:

Aquella situación en la que una persona independientemente de su edad, es provocada por alguna causa natural como una enfermedad mental, vicio o factor parecido de manera permanente o transitoria, la cual le impide querer o entender lo que hace, puesto que sus actuaciones en la vida jurídica pueden carecer de lógica y obtener resultados de esas actuaciones contraproducentes en su patrimonio.⁶⁰

Luego entonces el propio Código Civil en comento, particularmente dentro del artículo 450, establece cuando se considera incapaz a una persona dividiéndolo para su estudio en natural y legal como se observa en el citado artículo:

“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 puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

III. (Se deroga).

IV. (Se deroga).”

Por otra parte, también se consideran incapaces jurídicamente los que no han cumplido 18 años de edad, resulta conveniente señalar que si el menor de 18 años,

⁵⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, *Ibidem.*, pág. 188.

⁶⁰ *Loc. cit.*

mayor de 16 años contrae matrimonio, tiene como efectos jurídicos la emancipación, esto significa que jurídicamente ya se le considera capaz para celebrar actos jurídicos y ya no se encuentre bajo la tutela o patria potestad; sólo estará vigilado y requerirá de una autorización especial por quienes ejerzan sobre él, la representación para determinados actos, así como la autorización de un juez para enajenar, grava o hipotecar sus bienes, hasta en tanto cumpla la edad requerida por la ley para poder ser completamente independiente.

Lo antes expuesto se desprende del contenido del artículo 641 del indicado Código Civil que a la letra dice:

“Artículo 641. El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.”

Y al respecto también cito el siguiente artículo 643:

“Artículo 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

II. De un tutor para negocios judiciales.”

Excepcionalmente el menor que se encuentre entre los 16 y 18 años puede otorgar diversos actos permitidos por la ley, como son los siguientes:

El primero de ellos es que con fundamento en el Artículo 1306 de nuestro Código Civil en vigor, puede otorgar su testamento tal como lo establece de la siguiente manera:

“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.”

Es importante señalar que también pueden contraer matrimonio los menores de edad como lo establece el artículo 148 del aludido Código Civil, la cual transcribo a continuación:

“Artículo 148.- Para contraer matrimonio es necesario que ambos contrayentes sean mayores de edad.

Los menores de edad podrán contraer matrimonio, siempre que ambos hayan cumplido dieciséis años. Para tal efecto, se requerirá del consentimiento del padre o la madre o en su defecto el tutor; y a falta o por negativa o imposibilidad de éstos, el Juez de lo Familiar suplirá dicho consentimiento, el cual deberá ser otorgado atendiendo a las circunstancias especiales del caso.

En caso de que la contrayente se encuentre en estado de gravidez, y así lo acredite a través del certificado médico respectivo el Juez del Registro Civil, a petición del padre o la madre podrá dispensar el requisito a que se refiere el párrafo anterior, pero en ningún caso podrá ser otorgada dicha dispensa a menores de 14 años.”

Además de las anteriores hipótesis, también puede nombrar su propio tutor dativo de acuerdo con el artículo 496 del mencionado Código Sustantivo Civil:

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

2.3. La patria potestad

El concepto de la patria potestad proviene del latín *patrius*, que deriva de lo relativo al padre y *potestas* que proviene de la potestad.

En relación a lo anterior, la definición hecha por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la propone como: *La patria potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos se ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.*⁶¹

En otra tesis, el Maestro Alberto Pacheco la considera de la siguiente manera: *Un conjunto de facultades jurídicas necesarias para el servicio, que deben realizar los padres a favor de sus hijos, con el objeto de cumplir con su obligación natural de criarlos y educarlos.*⁶²

El Maestro José Puig Brutau, la define como: *El poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los progenitores sobre los hijos menores no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de alimentación, educación e instrucción.*⁶³

Desde el punto de vista particular del autor de la presente tesis, esta figura la considero como la institución primordial para que los padres puedan representar a sus hijos hasta la mayoría de edad impuesta por la ley puesto que por las condiciones naturales del menor de edad, no puede valerse por sí mismo ni celebrar actos jurídicos.

Sobre el particular, el multicitado Código Civil no da una definición propia de esta figura, únicamente da los lineamientos para ponerlo en práctica.

⁶¹ *Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, Edit., Porrúa, año 2005, pág. 358.

⁶² PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Óp. cit.*, pág. 145.

⁶³ PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil, Vol. IV., Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*, edit. Bosch, 1ª Edición, Barcelona, España, año 1991, pág. 83.

Ahora bien, el artículo 414 de nuestro Ordenamiento Sustantivo Civil señala quienes pueden ejercer la patria potestad ya que en principio no pueden ser únicamente los padres:

“Artículo 414. La patria potestad sobre los hijos se ejerce por los padres. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.”

Es oportuno mencionar que la patria potestad no puede ser renunciable, a excepción de los siguientes casos:

“Artículo 448. La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I. Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II. Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.”

Por otra parte, en cuanto a la representación legal del menor de edad no emancipado o el mayor de edad en estado de interdicción, señala el artículo 23 del Código Civil, al respecto:

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

2.4. La tutela

Para poder entender el concepto de tutela, es conveniente citar algunas definiciones propuestas por los siguientes juristas.

Para el Maestro Ignacio Galindo Garfias, la tutela la define de la siguiente manera: *La palabra tutela procede del verbo tueor que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio.*⁶⁴

El Maestro Valverde y Valverde, la conceptúa de la siguiente manera:

*Una manera de dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano.*⁶⁵

El jurista 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.*⁶⁶

Para el jurista Edgar Baqueiro, el objetivo de la tutela es: *El cuidado y la representación de los menores no emancipados quienes no tienen la patria potestad de sus*

⁶⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil, primer curso*, 20ª ed., Porrúa, México, 2000, pág.712.

⁶⁵ Citado por GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Ibíd.*, 712.

⁶⁶ *Ibídem*, pág. 714.

*padres ejercida sobre ellos, o de los mayores incapacitados que no pueden gobernarse por sí mismos y que necesitan ser representados en casos especiales.*⁶⁷

La definición propuesta por el maestro Alberto Pacheco es la siguiente:

“La tutela tiene por objeto proteger y representar a los incapaces que por su edad o sus circunstancias no lo pueden hacer por sí mismos...”

*La tutela es un cargo de interés público al igual que la patria potestad... se diferencia radicalmente de ésta, en que no tiene como base el vínculo natural de la filiación. Solamente cuando la tutela es ejercida sobre los mayores incapaces de edad incapaces por sus padres o parientes más próximos, se puede encontrar un fundamento natural para dicha tutela; en los demás casos, la tutela sólo tiene como fundamento, las disposiciones del derecho positivo, que por un elemental sentido de justicia, deben de proteger a los que por su misma edad o condiciones físicas o psíquicas no lo pueden hacer por sí mismos.”*⁶⁸

De acuerdo a lo anteriormente expuesto puedo concluir que la tutela es la institución de representación de un menor de edad no emancipado o del mayor de edad en estado de interdicción, para representarlo en su persona y sus bienes, siendo su objeto principal el cuidado, la salud, la representación y la administración de su patrimonio del tutelado.

2.5. La naturaleza jurídica de la tutela

Tomando en consideración la naturaleza jurídica de la tutela, la Maestra Sara Montero Duhalt la conceptúa de la siguiente manera: *Una institución que tiene por objeto la*

⁶⁷ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho de Familia*, 1a ed., Oxford, México, 2005, pág. 285.

⁶⁸ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *La Persona en el Derecho Civil Mexicano*, 2ª ed. Panorama, México, 1998, pág. 157.

*representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad.*⁶⁹

Desde mi punto de vista particular, salvo opinión en contrario, la naturaleza jurídica de acuerdo con lo estudiado, es una institución formada por un conjunto de disposiciones de Derecho de orden público cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de los mayores considerados incapaces.

2.6. Características de la tutela

La definición de tutela abarca varias características que a su vez, unidas nos dan un esbozo general de la misma y que son las siguientes:

2.6.1. Institución jurídica

Una institución jurídica de acuerdo con la definición que nos proporciona el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la concibe como:

*Orden de personas, cosas o hechos, regulado por normas estables, de conformidad con las cuales cooperan o participan muchos hombres por espacio de cierto tiempo. Institución tiene, también significados concretos, más precisos: actos de establecimiento o de investidura; establecimiento (ente público), organización o estructura de alguna forma social; colección de principios o elementos fundamentales de una ciencia o arte (especialmente de las disciplinas jurídicas).*⁷⁰

⁶⁹ MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de Familia, 4ª ed., Porrúa, México. 1990, p. 359.

⁷⁰ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Edit., Porrúa, año 2005, p. 2065.

2.6.2. Poder jurídico

Se establece como un poder jurídico que se encuentra fundado en la norma la cual enviste a una persona de facultades suficientes para poder subsanar o suplir las deficiencias del incapaz en su esfera jurídica.

2.6.3. Órgano legal

Es considerada como un órgano legal mediante el cual se provee la representación, la protección y la asistencia como complemento de los que no son autosuficientes para gobernar su persona y sus bienes por sí mismos, para complementar su actividad jurídica sea ésta por causa de minoría de edad o la incapacidad física o mental.

Al considerarse como órgano legal, estamos frente a una figura que tiene por finalidad subsanar las ausencias legales en las que se encuentra una persona frente a la sociedad como lo es la falta de capacidad ya sea por razón de su estado de salud, o bien que de acuerdo con nuestra legislación no se encuentre debidamente capacitado para celebrar actos jurídicos, salvo sus excepciones.

2.6.4. Cargo público

El mencionar que es un cargo público, lo puedo concebir como un cargo del que no se puede eximir a menos que medie una causa justificada, puesto que la función del Estado es salvaguardar los derechos de las personas y cuando algún miembro de la sociedad se encuentra indefenso, es necesario la asistencia de otra para la protección del caudal de sus bienes así como para la protección de su salud física y mental. Esto lo podemos encontrar fundamentado en el artículo 453 de nuestro Código Civil la cual establece lo siguiente:

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

No confundamos el cargo público, con el carácter privado de los bienes del incapaz puesto que solo se tiene interés en el cuidado del patrimonio del mismo, más no por tratarse de bienes cuyo propietario no es capaz jurídicamente, esto signifique que no tengan dueño, es por eso que existe la representación de las personas físicas incapaces otorgada por el Estado.

2.6.5. Supletoria

Con relación a este tema, la figura de la tutela tiene también como objetivo suplir la representación de los padres del menor de edad de conformidad con lo establecido en el artículo 449 de nuestro Código Civil que establece lo siguiente:

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

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

Y en relación al artículo 450, en su fracción I, establece:

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;*
- II. ...”.*

Este concepto pasa de ser supletoria a legal, cuando el incapaz ha cumplido la mayoría de edad y aún continúa en estado de incapacidad.

2.6.6. Irrenunciable

El ejercicio de la tutela es irrenunciable, con las excepciones que marca el artículo 511 del Código Civil para el Distrito Federal que establece:

“Artículo 511. Pueden excusarse de ser tutores:

I. Los servidores públicos;

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;

VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.”

El hecho de renunciar al cargo sin ninguna causa de justificación, lleva consigo una sanción la cual podemos mencionar, por ejemplo que no pueda ser heredero o legatario del incapaz si es que éste lo designare en su testamento como lo establece los artículos 516 y 517 del Código Civil para el Distrito Federal, mismos que a continuación se transcriben:

“Artículo 516. El tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador por este concepto.”

“Artículo 517. El tutor que sin excusa o desechada la que hubiere propuesto no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al incapacitado que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al mismo incapacitado. En igual pena incurre la persona a quien corresponda la tutela legítima, si habiendo sido legalmente citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.”

Es claro precisar que la razón principal de que el ejercicio de la tutela no puede ser renunciable es para no dejar desprotegido al incapaz y que alguien, preferentemente vinculado con su familia, pueda cuidar y vigilar su patrimonio pues es obligación del Estado cuidar los intereses de sus subordinados.

2.6.7. Temporal

Por otra parte, las personas que se encuentran comprendidas dentro de la fracción segunda del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, estarán a cargo de un tutor en tanto subsista el estado de incapacidad en que se encuentren; tratándose de ascendientes o descendientes que ejerzan el cargo será hasta en tanto dure la incapacidad; en relación a los cónyuges uno de ellos ejercerá el cargo hasta en tanto no se divorcien; y por último, si fuese una persona que no tenga ninguna relación de parentesco con el incapaz ejercerá el cargo hasta en un máximo de diez años, si es que desea abandonar el cargo posteriormente como lo establece el artículo 466 del antes referido Código Civil el cual señala:

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

tutela de que se trata tienen derecho de que se les releve de ella a los diez años de ejercerla.”

2.6.8. Unipersonal

Por regla general, la tutela será ejercida por una persona, con excepción en los casos en que haya intereses que por su naturaleza hagan que el cargo de tutor sea ejercido por dos personas, una tanto para administrar sus bienes como otra que cuide de su persona; esto siempre será a juicio del Juez como lo establecen los artículos 455 y 457 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales se citan a continuación:

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

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

Cuando ocurran circunstancias en las que si fuesen más de dos incapaces que tuvieran relación de parentesco entre sí, como en el caso de dos hermanos, coherederos o legatarios de una misma persona, podrán nombrarse un curador y un tutor para todos ellos, incluso si fueren más de tres incapaces, esto último conforme al artículo 456 del descrito Código Civil que establece:

“Artículo 456.- Las personas físicas podrán desempeñar el cargo de tutor o curador hasta de tres incapaces. Sí estos son hermanos o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y curador a todos ellos, aunque sean más de tres.”

Es de vital importancia decir que el ejercicio de tutor y curador no podrán ser ejercidos por dos personas que sean parientes entre sí, ya sea en cualquier grado de línea recta, o dentro del cuarto grado en línea colateral.

No es óbice recalcar que si el ejercicio de tutor y curador se ejercen por dos personas que tienen relación entre sí, no podrían informar al Juez del conocimiento si alguno de ellos incurre en el mal ejercicio por parte de uno de ellos, es por esta razón que no deben ser ejercidos por parientes entre sí, tal como lo podemos constatar en lo dispuesto por el artículo 458 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

Al respecto, la Maestra Sara Montero Duhalt considera que el artículo mencionado en el párrafo anterior no considera a los parientes por afinidad como una excepción para ejercer el cargo de tutor y curador teniendo también el mismo entre los consortes por las razones antes expuestas.

2.6.9. Cargo remunerado

En principio, el tutor por el ejercicio del cargo tiene derecho a que se le otorgue una retribución por todas las erogaciones que tuviese que hacer para mantener el patrimonio en buen estado durante el desempeño de su cargo. Esta remuneración podrá ser fijada por el testador en su caso, pero si los tutores son legítimos o dativos, ésta remuneración será fijada por el juez, como se establece en el artículo 585 del Ordenamiento Sustantivo Civil citado:

“Artículo 585. El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez.”

Dicha retribución fijada por el juez nunca podrá ser menor de cinco ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del pupilo de acuerdo con lo establecido en el artículo 586 del multicitado Código Civil:

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

En razón de lo anterior solo se podrá aumentar hasta un veinte por ciento si el resultado de las ganancias obtenidas fue por cuenta exclusiva del tutor, siempre y cuando este aumento sea aprobado y comprobado previa audiencia del curador. Tal como se advierte en el artículo 587 del Ordenamiento Sustantivo Civil que dice:

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

En este sentido, al dar su punto de vista el Maestro Eduardo García Villegas, menciona en su obra, *De la tutela designada a la tutela voluntaria*⁷¹, que los mencionados preceptos legales antes expuestos se contraponen con el artículo 589 del Código Civil, ya que en razón de este Artículo establece:

“Artículo 589. El tutor o los tutores no tendrán derecho a remuneración alguna, excepto en los casos de tutela cautelar; y restituirán lo que por este título hubiesen recibido, en los siguientes casos:

I. Si ambos tutores fuesen separados del cargo, y

II. Si contraviniese lo dispuesto en el artículo 159.

⁷¹ GARCIA VILLEGAS, Eduardo, *De la tutela designada a la tutela voluntaria*, Colección de temas jurídicos en breviaros del Colegio de Notarios para el Distrito Federal, 1ª edición, Edit. Porrúa, año 2011, pág.19.

Si sólo uno fuese separado, el otro recibirá la totalidad de la retribución.”

Solo por mencionar el artículo 159 aludido en el anterior artículo establece:

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

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

En razón de lo anteriormente expuesto, existe la necesidad por parte del legislador de considerar tal inconsistencia en la ley ya que no se puede establecer si existe o no dicha remuneración para el tutor designado de cualquiera de las maneras que establece la ley, a excepción de la tutela cautelar, por lo que el autor de la presente tesis considera desde mi punto de vista, que dichos preceptos legales sean reformados para evitar un conflicto de intereses en lo futuro.

2.6.10. Personalísimo

Con respecto a este punto, la tutela siempre va a ser ejercida por una persona física previo discernimiento del cargo, ya que la tutela intenta suplir la figura de los padres.

Siendo esta figura ejercida única y exclusivamente por personas físicas, se le da la característica de ser personalísima debido a que no puede ser ejercido por personas morales, ni aun en el caso del Consejo Local de Tutelas, así como tampoco puede sustituirse por un acto jurídico entre dos personas físicas como si fuese un negocio, ni es susceptible de ser heredado.

2.6.11. Removible

Continuando con las características de la tutela, es conveniente mencionar que tiene como particularidad ser removible el ejercicio de tutor o curador cuando en el desempeño de su cargo incurra en una falta haciéndole del conocimiento al juez para que se le remueva del cargo.

En lo que concierne a este punto, dentro del artículo 463 del Código Civil para el Distrito Federal, establece una garantía para el tutor o el curador ya que no pueden ser removidos de sus cargos sin antes ser oídos y vencidos en juicio:

“Artículo 463. Los tutores y curadores no pueden ser removidos de su cargo sin que previamente hayan sido oídos y vencidos en juicio.”

A su vez, en el artículo 504 del Código Civil aludido, establece las causales por los que el tutor será separado de su ejercicio:

“Artículo 504. Serán separados de la tutela:

I. Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;

II. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;

III.- Los tutores que no exhiban los certificados médicos ni rindan sus informes y cuentas dentro de los términos fijados por los artículos 544 bis, 546 y 590;

IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;

V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159;

VI.- El tutor que permanezca ausente por más de tres meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela; y

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

2.6.12. Excluíble

Las personas que son excluíbles del cargo de tutor, aun queriendo desempeñarlo de acuerdo al artículo 503 del Código Civil, son las que se establecen a continuación:

“Artículo 503. No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;

III. 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;

IV. Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;

V.- El que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso;

VI. Los que no tengan un modo honesto de vivir;

VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;

VIII. 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;

IX. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas;

X. El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;

XI.- Los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;

*XII.- El que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela;
y*

XIII. Los demás a quienes lo prohíba la ley.”

2.7. Las diversas clases de tutela

De acuerdo con nuestro ordenamiento civil, el artículo 461 menciona que la tutela puede ser cautelar, testamentaria, legítima y dativa:

“Artículo 461. La tutela es cautelar, testamentaria, legítima, dativa y de los menores en situación de desamparo.”

A continuación se exponen cada una de las figuras anteriormente citadas, a excepción de la tutela cautelar que, por ser materia de la presente tesis, la expondré en el capítulo tercero.

2.7.1. Tutela testamentaria

La tutela testamentaria es definida por los siguientes autores en los términos siguientes:

Sobre este tema el Maestro Ignacio Galindo Garfias, la define como:

Aquella que confiere en testamento y tiene lugar, cuando el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, aunque fuere menor, nombra tutor en su testamento a aquellos quienes la ejerza, incluyendo al hijo póstumo. Ese nombramiento, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado.⁷²

⁷² GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Óp. cit.*, pág. 721.

Por lo que respecta al maestro Edgar Baqueiro Rojas, la precisa como: *La figura que otorga el derecho a las personas que ella misma autoriza para que establezcan la tutela por testamento, a fin de que surta efectos a la muerte del testador incluyendo al hijo póstumo.*⁷³

En lo que concierne a la jurista Sara Montero Duhalt, la considera como:

*Aquella que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley. La podemos concebir como el derecho que la ley otorga al ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado ejerzan la patria potestad, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.*⁷⁴

Ahora bien, los fundamentos legales que hay en el Código Civil del Distrito Federal sobre esta figura, los encontramos en los artículos 470 y 471 que a continuación se transcriben:

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

“Artículo 471. El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.”

No es óbice mencionar que cuando una persona no ejerza sobre el menor de edad la patria potestad pero éste le deja bienes por medio de un testamento, el testador a sabiendas de que el incapaz no tiene un tutor, puede nombrarle uno en dicho testamento, con la salvedad de que solo podrá ejercer la administración de los bienes

⁷³ BAQUEIRO ROJAS, Edgar, *Óp. cit.*, pág. 289.

⁷⁴ MONTERO DUHALT, Sara, *Óp. cit.*, pág. 367.

única y exclusivamente sobre los que le haya heredado o legado en dicho testamento. Su fundamento está en el artículo 473 del Código Civil, el cual señala:

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

Igualmente puedo mencionar respecto a la tutela en comento que si hubiesen varias personas incapaces que tienen relación en grado de parentesco se les podrá nombrar un tutor para que los represente a todos, excepcionalmente si son más de tres incapaces bajo su cuidado, éste podrá excusarse del desempeño de tutor en caso de que fueran un número mayor de hermanos incapaces.

Por otra parte, es importante decir que si quienes ejerzan la patria potestad sobre el incapaz, llegasen a fallecer la madre y el padre al mismo tiempo, cuya hipótesis se le conoce jurídicamente como *principio de conmorencia*, y éstos nombraron por testamento a tutores diversos para su hijo incapaz, el Juez del conocimiento bajo su criterio, decidirá cuál de los tutores llamados para desempeñar el cargo es el más conveniente para el cargo.

2.7.2. Tutela legítima

En principio, esta clase de tutela tiene lugar cuando no exista una persona que ejerza la patria potestad sobre el incapaz y no se tenga conocimiento de que se haya nombrado un tutor por testamento o por alguna otra vía.

Las personas que se encuentran en posibilidades de ejercer la tutela legítima sobre los incapaces comprendidos dentro de la fracción I del artículo 450 del aludido Código Civil son las siguientes:

En primer lugar podemos mencionar a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas y; por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado, inclusive si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá de entre ellos, al que le pareciere más apto para el cargo, pero si el menor ha cumplido dieciséis años él hará la elección convirtiéndose entonces en tutela dativa.

En cuanto a los expósitos o abandonados, la ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya acogido como pueden ser los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia que los reciban como lo mencionan los artículos 492 y 493 del Código Civil en comento:

“Artículo 492.- La ley coloca a los menores en situación de desamparo bajo la tutela de la institución autorizada que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.

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

Se considera como situación de desamparo, la que se produce de un hecho a causa de la imposibilidad, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad, tutela o custodia de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral; ya sea en carácter de expósitos o abandonados.

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

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

quien después de realizar las diligencias necesarias, en su caso, lo pondrá de inmediato bajo el cuidado y atención del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.”

“Artículo 493. Los responsables de las casas de asistencia privada u organizaciones civiles previamente autorizadas, donde se reciban menores en situación de desamparo, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes.”

Es preciso mencionar que en el mencionado artículo 492 define de manera precisa la diferencia entre expósitos y abandonados, esto a partir de la reforma del 25 de diciembre de 1997 en el Código Civil, siendo los primeros los que son colocados en situación de desamparo, desconociendo su origen familiar, mientras que los abandonados son los que tienen conocimiento de su descendencia familiar.

Respecto al precedido artículo 492, a partir de la reforma del 25 mayo del 2000 del antes referido Código Sustantivo Civil, el legislador adiciono en el referido artículo 492, dos últimos párrafos, refiriéndose a dar protección inmediata al menor bajo las circunstancias de abandono, y a la obligación de avisar al Ministerio Público dentro de las 48 horas desde que se tenga conocimiento de tal situación para evitar un riesgo por la vulnerabilidad del menor en situación de abandono.

Por lo que atañe a las personas con incapacidad señaladas dentro de la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, la ley considera para ejercer el cargo de tutela a las siguientes:

1. Si recayera el cónyuge en algún estado de incapacidad, corresponderá al otro cónyuge la tutela del incapaz como lo establece el artículo 486 del Código Civil en comento:

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

2. Ahora bien los hijos mayores de edad pueden ser tutores del padre o madre solteros; si hubiesen dos o más hijos mayores de edad, el Juez de lo Familiar decidirá quién es el más capacitado para desempeñar el cargo dentro del que se considera preferentemente a quien siga viviendo en el hogar donde se encuentre el padre o la madre, como se establece en los artículos 487 y 488 del Código Sustantivo Civil.

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

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

3. Si el incapaz es uno de los hijos mayores de los cónyuges, y éste no tiene hijos, la tutela la desempeñara uno de los padres quienes de común acuerdo decidirán quién desempeñara el cargo, como lo establece el artículo 489 del aludido Código Civil.

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

4. Y si por alguna razón ninguna persona de las nombradas con anterioridad puede desempeñar el cargo, el artículo 490 del Código Sustantivo Civil citado proporciona una lista de las personas que pueden suceder el ejercicio del cargo en relación al parentesco que tengan con el incapaz y que a continuación se mencionan:

“Artículo 490.- A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás

colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 483; observándose en su caso lo que dispone el artículo 484.”

La ley coloca a los hijos menores de edad del incapacitado también bajo la tutela de la persona que este desempeñando el cargo de tutor del padre o madre incapaz, tal y como lo establece el artículo 491 del referido Código Sustantivo Civil:

“Artículo 491. El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.”

Cabe mencionar que en esta clase de tutela siempre se estará bajo el principio de que los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos.

2.7.3. Tutela dativa

Respecto a esta clase de tutela que regula el Código Civil citado, tiene lugar en los casos siguientes:

1. Cuando no existe tutor cautelar, testamentario o persona alguna que le corresponda desempeñar en la tutela legítima; o
2. Cuando existiendo tutor, este impedido para desempeñar el cargo temporalmente o permanentemente y no existan tutores sustitutos o parientes colaterales dentro de cuarto grado.

Lo antes expuesto se desprende del contenido del artículo 495 del aludido Código Civil, que a la letra dice:

“Artículo 495.- Ha lugar a tutela dativa:

- I. Cuando no haya tutor cautelar, ni testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima;*

II. Cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos, y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.”

Dentro de las características de la tutela dativa podemos encontrar las siguientes:

1. Es subsidiaria de la testamentaria y la legítima;
2. El tutor dativo es designado por el menor si ha cumplido dieciséis años, confirmándose esta designación por el juez de lo familiar, si no tiene justa causa para reprobala como lo establece el artículo 496 del Código Civil:

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

3. En el menor incapaz de 16 años, la designación del tutor corresponde al Juez de lo Familiar de entre las personas que estén en la lista que proporcione el Consejo Local de Tutelas, como lo dicta el artículo 497 del Código Civil para el Distrito Federal:

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

4. Por último, es conveniente resaltar que la tutela dativa para el menor de edad emancipado es dada únicamente respecto para asuntos judiciales que tenga, tal y como se dispone en el artículo 499 del Código Civil en cita:

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

2.8. Nombramiento, deferición y discernimiento del cargo

El Juez de lo Familiar en conocimiento, en primer lugar tiene que cerciorarse de que el tutor nombrado en cualquiera de las clases de tutela referidas en el numeral que antecede, cumpla con todos los requisitos legales que establece la ley para poder discernirle el cargo, a esto se le conoce como la *deferición* de la tutela que es el acto de jurisdicción que confirma el nombramiento de tutor por no existir causa legal alguna que le impida desempeñar la tutela⁷⁵.

El deferimiento de acuerdo a nuestro querido profesor Emérito de la Facultad de Derecho, Dr. Jorge Mario Magallón Ibarra, significa adherirse al dictamen ajeno por respeto, modestia con cortesía, también significa comunicar, dar parte de la jurisdicción o poder.⁷⁶

Sobre el particular el artículo 519 del Código Civil para el Distrito Federal, contempla que para poder discernirle el cargo, una vez que el Juez apruebe la designación del tutor, éste deberá otorgar caución que consiste en prenda, fianza o hipoteca.

⁷⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho Civil, Primer curso, Parte General, Personas, Familia*, 20ª ed., Porrúa, México, año 2000., pág. 724.

⁷⁶ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Óp. cit.*, pág. 595 a 596.

Una vez caucionado el cargo, el Juez procede entonces a discernir el cargo, esto es, el acto judicial por medio del cual el Juez de lo Familiar, después de comprobar que los intereses del menor o incapacitado quedan debidamente asegurados con la caución otorgada por el tutor, lo inviste de los poderes de representación y gestión y de la potestad para el cuidado del menor, que requerirá el ejercicio de la tutela. Sólo después del discernimiento del cargo, el tutor puede realizar los actos propios de la función de la tutela.

Cabe destacar que quedan exceptuados de la caución mencionada para poder discernir el cargo, los tutores testamentarios, cuando hayan sido relevados de esta obligación por el testador tal y como se desprende del artículo siguiente:

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

I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador;

Solamente se admitirá fianza al tutor, cuando no tenga bienes suficientes en que constituir hipoteca o prenda, como se advierte del artículo 526 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 526. El tutor no podrá dar fianza para caucionar su manejo sino cuando no tenga bienes en que constituir hipoteca o prenda.

En este caso, tendrá la obligación de actualizar la vigencia de la fianza mientras desempeñe la tutela.”

Sobre el particular la garantía debe comprender el importe de las rentas de los bienes en los dos últimos años y los réditos de los capitales impuestos por el mismo tiempo; el valor de los muebles e inmuebles; el producto de las fincas rústicas en dos años, calculado por peritos o por el término medio de un quinquenio a elección del juez; en veinte por ciento del importe de las mercancías y demás muebles afectos, calculados por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos, en las

negociaciones mercantiles o industriales, como así lo establece el siguiente artículo 528 del ordenamiento sustantivo civil:

“Artículo 528. La hipoteca o prenda y, en su caso la fianza, se darán:

I. 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;

II. Por el valor de los bienes muebles;

III. Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez;

IV. En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos.”

Estas garantías podrán aumentarse o disminuirse durante el ejercicio de la tutela como lo establece el artículo 529 del Código Civil en cita que a la letra establece:

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

Si el Juez no exige la caución al tutor será responsable de los daños y perjuicios que llegare a provocarle al incapaz.

Si el tutor no otorgo la garantía para poder caucionar el manejo durante los tres meses desde que se le notificó entonces se procederá a nombrar a uno nuevo por el Juez quien nombrará a un tutor interino que recibirá los bienes por inventario y su función se reducirá solamente a la conservación de los bienes y percepción de los productos.

Cuando exista la necesidad por parte del tutor interino de realizar actos de administración respecto de los bienes del pupilo, tendrá que solicitar la autorización del Juez para que otorgue licencia, con previa audiencia del curador, en caso contrario, será responsable de los daños causados en los bienes del tutelado además de que será motivo suficiente para removerlo del cargo. Así lo establece el siguiente artículo del multicitado Código Civil.

“Artículo 532.- Durante los tres meses señalados en el artículo precedente, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos que los indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos. Para cualquier otro acto de administración requerirá la autorización judicial, la que se concederá, si procede, oyendo al curador.”

2.9. Publicidad e inspección de la tutela

De conformidad con lo establecido en el artículo 909 del Código de Procedimientos Civiles, en el juzgado de lo Familiar se contará con un registro de todos los discernimientos que se hayan hecho a los tutores y curadores.

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

En primer lugar el objetivo de tener este registro, es hacer público la función del ejercicio de la tutela y la curatela; en segundo lugar tiene por objetivo facilitar el registro de los tutores y curadores al Juez de lo Familiar, al Consejo Local de Tutelas y al Ministerio Público para vigilar el desempeño del cargo de cada uno, así como los actos realizados por ellos. Este registro se deberá actualizar durante los primeros ocho días de cada año.

2.10. Ejercicio de la tutela

Los derechos y obligaciones que tiene el tutor se pueden dividir en tres clases:

1. Respecto de la persona del pupilo.
2. En representación legal del pupilo.
3. En relación al patrimonio del pupilo.

En relación al punto 1. una de las obligaciones principales del tutor es aquella que inicialmente se deriva de la filiación, consistentes en su alimentación y educación del ahora sujeto a tutela, misma que deberá ser de acuerdo a las necesidades del incapaz y a los recursos que el tutor tenga para poder hacerlo de conformidad con los artículos 537 fracción I y 538 del Código Civil que respectivamente a la letra establecen:

“Artículo 537. El tutor está obligado:

- I. A alimentar y educar al incapacitado;*
- II. ...”*

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

Sobre el particular, es importante hacer notar, que en cuanto a los alimentos, éstos no comprenden sólo la comida, sino jurídicamente su contenido de los mismos como lo establece el artículo 308 del aludido Código Civil:

“Artículo 308.- Los alimentos comprenden:

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;*

II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;

III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y

IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia.”

Por otra parte, si el incapaz tiene una enfermedad física o mental, el tutor debe destinar los recursos para su curación o su regeneración. En este caso, para efectos de que el Juez de lo Familiar se cerciore de que los recursos destinados al incapaz sean empleados correctamente, el tutor está obligado a presentar a dicho juzgador un informe del desarrollo físico y mental del incapaz.

Otra de las obligaciones trascendentales del tutor respecto al incapaz, es la de observar una conducta que sirva de buen ejemplo al pupilo de acuerdo a lo señalado en el artículo 577 en relación con el artículo 423, ambos del Código Civil para el Distrito Federal, mismas que se citan enseguida:

“Artículo 577. El tutor tiene, respecto del menor, las mismas facultades que a los ascendientes concede el artículo 423.”

“Artículo 423. Para los efectos del artículo anterior, quienes ejerzan la patria potestad o tengan menores bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

La facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica en los términos de lo dispuesto por el artículo 323 ter de este Código.”

En caso de que el incapaz tuviere una incapacidad de carácter mental señalada en la fracción segunda del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, igualmente estará obligado a presentar al Juez de lo Familiar del conocimiento, un certificado de dos médicos psiquiatras que dictaminen su estado mental, ya que de lo contrario será responsable de los daños y perjuicios que pudiera ocasionarle, lo antes expuesto como así lo dispone el artículo 546 del referido Código Civil, que transcribo:

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

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

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

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

No está por demás mencionar que en relación a la obligación de dar alimentos al menor incapaz, él a su vez está obligado a ser recíproco con su tutor en caso de que en algún futuro lo llegare a necesitar.

En caso de que el incapaz no tuviere dentro de su patrimonio los suficientes recursos para su propia alimentación, el tutor solicitará al Juez de lo Familiar que les exigirá a los parientes más cercanos del pupilo la ministración de los gastos necesarios como lo establece el artículo 543 del Código Civil que menciona:

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

En razón de lo anterior, cuando no se encuentren parientes para pago de alimentos, el tutor lo pondrá a disposición de una institución de asistencia pública, previa autorización por parte del Juez con audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas. Si el juez no autoriza que quede bajo el amparo de una institución de asistencia pública o privada, el tutor procurará que los particulares le proporcionen al incapaz un trabajo con su condición física e intelectual, pero éste seguirá bajo el cuidado del tutor para que no sufra algún daño, como así lo ordena el artículo 544 del ordenamiento legal citado:

“Artículo 544.- Si los menores o mayores de edad con incapacidades como las que señala el artículo 450 en su fracción II no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos, o si teniéndolas no pudieren hacerlo, el tutor con autorización del juez de lo familiar, quien oirá el parecer del curador y el consejo local de las tutelas, pondrá al tutelado en una institución de asistencia social pública o privada en donde pueda educarse y habilitarse. En su caso, si esto no fuera posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por eso el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando a su tutelado, a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta.”

Por último, cabe destacar que el tutor tiene prohibido contraer matrimonio con la persona que ha estado o esté bajo su guarda a no ser que haya obtenido dispensa, y previa aprobación de las cuentas de la tutela, como así lo indica el artículo 159 del Código Civil para el Distrito Federal, que cito a continuación:

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

Por lo que se refiere al punto 2. sobre la representación legal del pupilo señalada precedentemente en este numeral el tutor estará obligado a representar al pupilo en todos los actos civiles, dentro o fuera de juicio, según lo establece así el artículo 537 en su fracción V. Esto no incluye los actos que son considerados personalísimos, tales como el testamento, el reconocimiento de hijos o el matrimonio entre otros reconocidos por la ley, al efecto dicho precepto legal y fracción establecen:

“Artículo 537. El tutor está obligado:

...

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

...”

En relación a la representación legal del tutor en comento, considero importante dar los sendos conceptos de ésta siguientes:

De acuerdo con el maestro Clemente de Diego, citado por el maestro Ignacio Galindo Garfias, define la representación como: *La realización de un acto jurídico por otro ocupando el lugar de éste.*⁷⁷

Para el Maestro De Castro y Bravo, citado por el jurista Alberto Pacheco, la representación es:

*Una institución jurídica que consiste en la substitución jurídica de una persona (el representante) por otra (el representado) con objeto de formar una relación de derecho entre el representado y un tercero... el carácter específico de la representación consiste en la producción de efectos jurídicos respecto de una o varias personas que no han configurado en un acto determinado.*⁷⁸

Y por lo que hace al punto 3. de este numeral, en relación al patrimonio del pupilo, si el incapaz es mayor de dieciséis años y tiene capacidad de discernimiento podrá ser consultado previamente para los actos importantes de la administración dentro de su patrimonio, ya que como se explicó anteriormente esta clase de tutela será dativa.

En cuanto a la rendición de cuentas, éste tiene como objetivo que el pupilo pueda fiscalizar sus bienes para determinar si existe discrepancia en relación al inventario formulado por el tutor y cuando resulte ser así ejercer las acciones en contra de él, siempre y cuando no haya transcurrido el término de cuatro años a partir de que haya recibido los bienes en sus manos de conformidad con el artículo 616 del Código Civil:

“Artículo 616. Todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados

⁷⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Óp. cit.*, pág. 729.

⁷⁸ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, *Óp. cit.*, pág. 152.

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 tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley.”

La rendición de cuentas durante el ejercicio de la tutela es de dos clases:

1. Anuales u ordinarias. Son las rendiciones de cuentas que hace el tutor en forma detallada de su administración en el mes de enero de cada año, independientemente de la fecha en la que se la haya deferido el cargo. La falta de presentar esas cuentas durante los primeros tres meses de cada año, motivara al juez a removerlo del referido cargo como así lo establece el artículo 590 del citado ordenamiento legal, que dice:

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

2. Extraordinarias o especiales. Son las rendiciones de cuentas que el tutor hace a petición del pupilo o de la autoridad en cualquier momento del año, como se desprende del artículo 591 del aludido Código Civil que dice:

“Artículo 591. También tiene obligación de rendir cuenta, cuando por causas graves que calificará el juez, la exijan el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, los propios Incapaces señalados en la fracción II del Artículo 450, o los menores que hayan cumplido 16 años de edad.”

Por otra parte, el tutor al hacer la rendición de cuentas en comento, deberá presentar un balance general de todos los actos que hubiera realizado durante el desempeño de su cargo, anexando toda clase de documentos justificativos de las operaciones realizadas como lo dispone el artículo 592 del Código Civil en cita:

“Artículo 592. La cuenta de administración comprenderá no sólo las cantidades en numerario que hubiere recibido el tutor por producto de los bienes y la aplicación que les haya dado, sino en general todas las operaciones que se hubieren practicado, e irá acompañada de los documentos justificativos y de un balance del estado de los bienes.”

Es de resaltarse, que la obligación de rendir cuentas por parte del tutor nunca podrá ser dispensada, ni aun en el caso que este lo hubiere señalado en testamento como medio de última voluntad para después de su muerte. En caso de haberlo así dispuesto dicha cláusula se tendrá por no puesta por contravenir los intereses del tutelado.

Una vez concluido la rendición de cuentas por parte del tutor, éste podrá solicitar al pupilo el reembolso de todos los gastos que hubiere erogado durante el desempeño de su cargo, aun cuando no hubieren existido utilidades a favor del menor o mayor incapacitado, siempre y cuando no haya sido por negligencia del tutor, de acuerdo a lo señalado por el artículo 597 del aludido Código Civil:

“Artículo 597. Deben abonarse al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente aunque los haya anticipado de su propio caudal, y aunque de ello no haya resultado utilidad a los menores y a los mayores de edad incapaces, si esto ha sido sin culpa del primero.”

2.11. Excusas justificadas para el no ejercicio de la tutela

De conformidad con el artículo 511 del indicado Código Sustantivo Civil, quienes puedan excusarse del cargo de tutor, son las personas siguientes:

“Artículo 511. Pueden excusarse de ser tutores:

I. Los servidores públicos;

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;

VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.”

Del artículo transcrito se deduce que los supuestos señalados en cada uno de sus fracciones, son causas suficientes para no poder desempeñar ese cargo.

2.12. Fin del ejercicio de la tutela

La tutela puede terminar por causas imputables al tutor o del pupilo, las cuales explico de la siguiente manera:

1. Por causas imputables al tutor. Éste puede ser removido del cargo y terminar así con el ejercicio de sus funciones en los casos siguientes:

Cuando el tutor maltrate al pupilo, o sea negligente tanto en su persona como en la administración de los bienes del incapaz. La remoción será solicitada por los parientes del incapaz, por el curador, por el Consejo Local de Tutelas y por el Ministerio Público; como se señala en el artículo 584 del Código Civil en comento:

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

En los casos antes citados, el ilustre Doctor Ignacio Galindo Garfias, menciona que el Juez de lo Familiar, determinará si procede o no la remoción del cargo de tutor, para esto tendrá que observar si el tutor desempeña su cargo como un buen padre de familia, prudente y diligente en la atención y cuidado de la persona y los intereses de sus hijo.⁷⁹

2. Por causas atribuidas al pupilo:

2.1. La mayoría de edad.- Es una causa de terminación de la tutela que se produce cuando el pupilo llega a la mayoría de edad y puede disponer libremente de su persona y bienes como lo indican los artículos 24, 646 y 647 del Código Sustantivo Civil en comento, concluyendo el tutor así su cargo:

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

“Artículo 646. La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.”

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

No sucediendo lo anterior, el incapaz mayor de edad con enajenación mental, aún continuará requiriendo de un tutor para su cuidado y administración de sus bienes.

2.2. El fallecimiento del pupilo.- Es una razón de orden natural de terminar el tutor su cargo.

2.3. Por estar sujeto a la patria potestad el pupilo en virtud de su reconocimiento o adopción del pupilo.

Al efecto, hago notar que las dos últimas causas, se desprenden de lo dispuesto en el artículo 606 del Código Civil que indica:

⁷⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, óp. cit., p. 733

“Artículo 606. La tutela se extingue:

I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;

II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.”

2.13. El tutor interino

El tutor interino es aquella persona que desempeña el cargo de manera temporal y que es designado por el Juez de los Familiar del conocimiento.

Por su parte, el maestro Galindo Garfias, nos menciona que el objeto del tutor interino es: *Hacer frente a los casos de emergencia a fin de que no se vea abandonado el interés del menor o incapacitado, en los casos en que el tutor definitivo no puede o no debe, transitoriamente representarlos.*⁸⁰

Su nombramiento se produce debido a que el tutor que es nombrado por testamento, vía legal o dativa, faltare temporalmente dicho tutor por algún motivo si fue designado por testamento o por exponer alguna excusa o impedimento para el desempeño de su cargo y el Juez califica esa causa, o en caso de remoción, con el objeto de administrar los bienes del pupilo debidamente o en su caso de suscitarse alguna controversia de intereses opuestos entre alguno o algunos incapaces sujetos a tutela, motivara a que el Juez del conocimiento, si considera conveniente, designar a otro que lo sustituya, también con carácter temporal en tanto se designe a un tutor definitivo que desempeñe la tutela que tenía al que sustituyo. Al respecto, los artículos 480, 515, 531, 532 y 457, establecen lo siguiente:

“Artículo 480. Si por un nombramiento condicional de tutor, o por algún otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor

⁸⁰ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Ibidem*, pág. 724.

interino al menor, conforme a las reglas generales sobre nombramiento de tutores.”

“Artículo 515. Mientras que se califica el impedimento o la excusa, el Juez nombrará un tutor interino.”

“Artículo 531. Si el tutor, dentro de tres meses después de aceptado su nombramiento, no pudiere dar la garantía por las cantidades que fija el artículo 528, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.

“Artículo 532. Durante los tres meses señalados en el artículo precedente, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos que los indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos. Para cualquier otro acto de administración requerirá la autorización judicial, la que se concederá, si procede, oyendo al curador.”

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

Previamente al discernimiento del cargo de tutor, el Juez de lo Familiar, protegerá la persona y bienes del incapaz, dictando las medidas conducentes para tales efectos, ayudándose de instituciones médicas, educativas y de asistencia social, como lo dispone el artículo 468 del Código Sustantivo Civil en cita:

“Artículo 468.- 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.”

2.14. Órganos auxiliares en el ejercicio de la tutela

2.14.1. El curador

Es la persona nombrada por testamento, por el Juez de lo Familiar o por el pupilo mayor de 16 años o emancipado, con objeto de vigilar la administración y el desempeño del cargo del tutor, así como también defender los intereses del incapacitado ya sea dentro o fuera de juicio. En otras legislaciones respecto al Derecho Internacional el curador es conocido como protutor.

El diccionario jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, al referirse al curador, lo hace en los términos siguientes: *Mediante la curatela se establece un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y su pupilo.*⁸¹

Abundando lo anterior, el nombramiento del cargo de curador está previsto en los artículos 618 y 623 del ordenamiento legal antes convocado que señala:

“Artículo 618.- Todos los individuos sujetos a Tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de tutor tendrán un curador, excepto en los casos de Tutela a los que se refieren los artículos 492 y 500 de este Código.

La Curatela podrá conferirse a personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas a que se refiere el artículo 450, fracción II de este Código.

⁸¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México, Edit., Porrúa, año 2005, pág. 3819.

*En ningún caso la Tutela y la Curatela podrán recaer en la misma persona.*⁸²

“Artículo 623. Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador.”

Sobre el precepto legal acabado de transcribir, en primer término, quiero resaltar que el curador testamentario es el designado por el testador en su testamento, como última voluntad para después de su muerte; el curador legítimo es el designado por el Juez de lo Familiar y el curador dativo es el designado por el Juez de lo Familiar, o en su caso por el pupilo mayor de 16 años o emancipado.

Respecto a las obligaciones que tiene el curador en el ejercicio de su función las describe el artículo 626 del Código Civil en cita:

“Artículo 626. El curador está obligado:

I. A defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor;

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

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

IV. A cumplir las demás obligaciones que la ley le señale.”

El Doctor Ignacio Galindo Garfias, al tratar las funciones que tiene el curador durante su desempeño dice que estas son:

“a) Sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor; y

⁸² El artículo 500 del referido Código Civil para el Distrito Federal, se encuentra derogado en base al Artículo Octavo del Decreto, publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 4 de enero de 2008.

b) Fiscalizar, vigilar y cuidar de la adecuada administración de los bienes del pupilo. El curador está facultado, para comunicar al juez de lo familiar irregularidades que observe en la gestión del tutor, si parecen perjudiciales a la persona o interés del menor; también dará aviso al Juez de lo Familiar.”⁸³

Así mismo, puedo afirmar que no puede existir la figura del tutor y curador en una sola persona, debido a que estas dos figuras tienen intereses opuestos ya que el curador vigila la gestión del cargo del tutor, así mismo el cargo de tutor y curador puede ser desempeñado por personas que tengan entre sí parentesco consanguíneo o colateral, conforme al siguiente artículo 458 del Código Sustantivo Civil:

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

También quiero resaltar que el ejercicio de la curatela es remunerable y se pagará de conformidad con el arancel para los procuradores cuando intervenga en los casos que la ley señale como se establece en el artículo 630 del Código Sustantivo Civil y que se cita:

“Artículo 630. En los casos en que conforme a este Código tenga que intervenir el curador, cobrará el honorario que señala el arancel a los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución. Si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo, se le pagarán.”

2.14.2. El Consejo Local de Tutelas

Es un órgano de vigilancia e información en relación a la guarda y bienes de personas físicas que, no estando sujetas a patria potestad, tienen incapacidad natural y

⁸³ GALINDO GARFIAS, Ignacio, óp. cit., p.720.

legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismas, como se precisa en el artículo 632 del Código Civil referido:

“Artículo 632. El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

...”

Dicho Consejo está compuesto de un Presidente y dos vocales nombrados por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, solo en el mes de enero de cada año, tal y como lo establece el artículo 631 del mismo Ordenamiento Sustantivo Civil:

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

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

Respecto a las obligaciones que tiene dicho Consejo, se enumeran las siguientes, tal y como se observan en el artículo 632 del Ordenamiento Sustantivo Civil:

Artículo 632. El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

I. Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para

que de entre ellas se nombren a los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al Juez;

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

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

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

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

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

En relación a la fracción segunda del artículo 537 del Código Civil, de la fracción V del precedido artículo, refiere:

Artículo 537. El tutor está obligado:

I. A alimentar y educar al incapacitado;

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

III.-...”.

2.14.3. El Juez de lo Familiar

Es el órgano de autoridad judicial al que la ley le da entre otras facultades, intervención en asuntos inherentes a la familia, los menores y los mayores incapacitados, es competente también para conocer sobre asuntos que tengan que ver con la tutela y curatela, así lo determina el artículo 633 del Código Civil en comentario:

“Artículo 633. Los Jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una sobrevisión sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes.”

En razón de lo anterior, el Juez de lo Familiar es el encargado de entre otros asuntos, declarar el estado de incapacidad de una persona mediante el juicio de interdicción así como nombrar, discernir o deferir el cargo de tutor a quien le corresponda por testamento, por ley o designar al tutor dativo.

Sobre el particular el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, señala sobre dicho juzgador de primera instancia lo siguiente:

“...La concentración en el juez familiar de todos los poderes de dirección, vigilancia, decisión y autorización requeridos para el desempeño de los más importantes actos de la tutela, colocan al tutor en calidad de un subordinado y, como se dice antes, en un mero auxiliar de la administración de justicia para la protección de incapaces...”⁸⁴

El Juez de lo Familiar, será quien tome las medidas necesarias en caso de que algún tutelado se encuentre en una situación precaria que comprometa su patrimonio o incluso su persona, así lo determina el artículo 634 de nuestro Ordenamiento Sustantivo Civil:

⁸⁴ Diccionario Jurídico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, op.cit., p. 3819.

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

2.14.4. El Ministerio Público

Por lo que respecta a este órgano jurisdiccional, tratándose la tutela de una figura de interés público, corresponde al Ministerio Público local como institución dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, observar el cumplimiento y la aplicación estricta de las leyes, y se le otorgan facultades para poder sancionar las acciones u omisiones que ejerzan los tutores sobre sus pupilos que vayan en contra de su bienestar.

El Maestro Héctor Fix-Zamudio, en su obra *La Función Constitucional del Ministerio Público*, trata no de dar una definición, sino más bien una explicación de dicho órgano jurisdiccional:

“En tal virtud, es posible describir, ya que no definir al Ministerio Público como el organismo del Estado que realiza funciones judiciales ya sea como parte o como sujeto auxiliar en las diversas ramas procesales, especialmente, en la penal, y que contemporáneamente efectúa actividades administrativas como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales, realiza la defensa de los intereses patrimoniales del Estado o tiene encomendada la tutela de la legalidad.”⁸⁵

De acuerdo al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal en su Título Octavo, sobre *Delitos Cometidos en Contra de un Integrante de la Familia*, en su Capítulo Único, de la Violencia Familiar, sanciona al tutor por cometer un delito en contra de su pupilo, cito entonces el artículo 200 de la mencionada Ley:

⁸⁵ FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Función Constitucional del Ministerio Público, Tres ensayos y un epílogo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª Edición, año 2004, pág. 42.

“Artículo 200. Al que, por acción u omisión, ejerza cualquier tipo de violencia física o psicoemocional, dentro o fuera del domicilio familiar en contra de:

I. El o la cónyuge, la concubina o el concubinario;

II. El pariente consanguíneo en línea recta ascendente o descendente sin límite de grado, o el pariente colateral consanguíneo o afín hasta el cuarto grado;

III. El adoptante o adoptado, y

IV. El incapaz sobre el que se es tutor o curador.

Se le impondrá de seis meses a seis años de prisión, pérdida de los derechos que tenga respecto de la víctima, incluidos los de carácter sucesorio, patria potestad, tutela y en su caso a juicio del Juez, prohibición de ir a lugar determinado o de residir en él; además se le sujetará a tratamiento especializado que para generadores de violencia familiar, refiere la Ley de Asistencia y Prevención de la Violencia Familiar, que en ningún caso excederá del tiempo impuesto en la pena de prisión, independientemente de las sanciones que correspondan por cualquier otro delito.

Este delito se perseguirá por querrela, salvo que la víctima sea menor de edad; o incapaz.

No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia los menores.”

2.15. Sistemas empleados en el Derecho Privado Internacional en relación al ejercicio de la tutela

2.15.1. De carácter privado

Tiene sus inicios desde el Código Napoleón. Para este sistema el órgano dirigente de la tutela está conformado por un Consejo de Familia el cual tenía a un

representante general denominado “*protutor*” quien es el que tomaba las decisiones en relación a los bienes del incapaz.

El sistema descrito es empleado actualmente en los países de Francia y Portugal entre otros.⁸⁶

2.15.2. De carácter público

Éste sistema se encuentra compuesto de diversas autoridades de carácter administrativo o judicial encargadas de velar por los intereses del incapaz, y dado que esta figura es de interés público, corresponde al Estado su estricta vigilancia.

Los países que siguen éste sistema son Alemania, Austria, Estados Unidos, Brasil, Inglaterra e Italia, entre otros.⁸⁷

2.15.3. De carácter mixto

En este sistema participan tanto las personas que tengan alguna relación de parentesco con el incapaz, como las autoridades judiciales y los organismos públicos incluyendo en estos el Consejo Local de Tutelas, los cuales de manera conjunta, velan por los intereses patrimoniales del incapaz.

Este sistema es empleado en México, así como en los países de Chile, Uruguay, Paraguay y Nicaragua.⁸⁸

⁸⁶ MONTERO DUHALT, SARA, *Derecho de Familia*, 4ª ed., Porrúa, México, año 1990, pág. 361.

⁸⁷ *Loc. cit.*.

⁸⁸ MONTERO DUHALT, *Loc. cit.*.

2.16. La emancipación como medio de adquirir capacidad jurídica gradualmente en el menor de edad

El Doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez, al tratar la emancipación menciona: *La situación jurídica en que un menor de edad está, proveniente de algún acontecimiento previsto en la ley, que lo libera de la patria potestad o de la tutela general en su caso, y que disminuye su incapacidad de ejercicio.*⁸⁹

Derivado de lo anterior, el Código Sustantivo Civil, en su Artículo 641, establece cuando se da esta emancipación en el menor de edad:

“Artículo 641. El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.”

La emancipación es la figura jurídica que consiste en dotar al menor de edad, de manera proporcional, su capacidad de ejercicio e introducirlo a la vida jurídica para realizar actos jurídicos sobre su persona, como lo es otorgar un testamento, reconocer a sus hijos e incluso contraer matrimonio, puesto que estos actos se consideran personalísimos, como lo establece el artículo 537 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 537. El tutor está obligado:

I....

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

VI. ...”

⁸⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Óp. cit.*, pág. 183.

Y en la administración de sus bienes, también se le otorgan facultades para poder hacerlo, siempre y cuando no se trate de negocios que importen gravar, hipotecar o enajenar los mismos, debido a que en estos casos siempre deberá tener autorización del tutor dativo o del Juez de lo Familiar en conocimiento, como lo establecen los artículos 451 y 643 del referido Ordenamiento Sustantivo Civil:

“Artículo 451. Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro.”

Los actos que se mencionan en el capítulo I del Título Décimo del Libro Primero del Código Sustantivo Civil son los que se derivan del artículo 643 que cito:

“Artículo 643. El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

II. De un tutor para negocios judiciales.”

Expuesto lo anterior en el presente capítulo II de la presente tesis, pasaré ahora al análisis del tema que nos ocupa en la Legislación Sustantiva Civil vigente en el Distrito Federal que es la tutela cautelar.

CAPITULO TERCERO

“DE LA TUTELA CAUTELAR A PARTIR DE LA ADICIÓN DE ÉSTA, EN FECHA 15 DE MAYO DEL 2007, EN EL CAPÍTULO I BIS, DEL TÍTULO NOVENO DE LA TUTELA, DEL LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

3.1. Finalidad

La tutela cautelar en el Código Civil para el Distrito Federal, es una figura jurídica por el que una persona capaz designa libremente a un tutor o tutores para cuidar de su persona y administrar sus bienes antes de caer en estado de incapacidad.

Previamente al análisis de los preceptos legales que conforman la figura jurídica en estudio, regulada en el Capítulo I Bis, del Título Noveno, del Libro I, De Las Personas, en el Código Civil para el Distrito Federal; hay que resaltar que esa figura jurídica en comento no estaba regulada desde el Derecho Romano, como se advierte del siguiente numeral que trata el antecedente de la misma, así como el que le sigue sobre la naturaleza jurídica de la mencionada tutela cautelar.

3.2. Antecedente

Cabe destacar que los registros históricos sobre esta figura jurídica son muy escasos, encontrando algunos en Rusia en el año de 1927, de los que se advierte que al cumplir la mayoría de edad podía nombrar para sí mismo, un tutor en un documento privado. La razón de haber hecho esta autodesignación es que en estos se contempla el caso de personas que padecieran de enfermedad hereditaria y degenerativa, en

prevención de esa causa, tal autodesignación fue aprobada por el Tribunal de Tutelas en Rusia, como lo refiere el Maestro Carlos Rendón Ugalde.⁹⁰

Por su parte, el Maestro Ignacio García Villegas en una entrevista que otorgo en la revista *El mundo del abogado*, al tratar la ahora figura jurídica materia de este trabajo de investigación, empleo el término *autotutela legal* del individuo al exponer:

*La autotutela legal del individuo, en pleno uso de sus facultades, 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 de su persona, conforme sus deseos e intereses, confiando en el Derecho como supremo refugio en la vejez o incapacidad.*⁹¹

3.3. Naturaleza jurídica de la tutela cautelar

En cuanto a la naturaleza jurídica de la tutela cautelar, la Teoría Francesa sustenta que esta es un acto jurídico tal como se desprende tanto en lo expuesto por los jurisconsultos Julien Bonnecase y Capitant, éste último citado por el maestro Borja Soriano, quienes respectivamente señalan:

Es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico

⁹⁰ RENDON UGALDE, Carlos, *Fundamentos Teóricos y Prácticos de la Autotutela*, Revista de Derecho Privado, nueva época, año IV, núm. 11., mayo-agosto de 2005, p. 77.

⁹¹ GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *No está de más la autotutela*, Revista El mundo del abogado, año 6, número 57, enero 2004, México, D.F. pp. 43-44.

*limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.*⁹²

Al efecto comparto con lo expuesto por estos sobresalientes Jurisconsultos, de que la naturaleza jurídica de la ahora tutela cautelar es un acto jurídico por virtud del cual el designante mediante la manifestación unilateral o bilateral de voluntad, designa tutor o tutores para que se encarguen de su persona y patrimonio en previsión de que caiga en incapacidad, con los consecuentes derechos y obligaciones inherentes a esta figura.

3.4. Análisis de los artículos que conforman el Capítulo I Bis, del Título Noveno De la tutela, del Libro Primero De las Personas, en el Código Civil para el Distrito Federal

A continuación, transcribiré y analizaré los preceptos legales 469 Bis, 469 Ter, 469 Quáter y 469 Quintus, que integran el Capítulo I Bis, del Título Noveno, Libro Primero del aludido Código Sustantivo Civil, precedentemente descritos:

3.4.1. Artículo 469 Bis

Señala el artículo 469 Bis, del Código Civil para el Distrito Federal, lo siguiente:

“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 ordenamientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.”

⁹² RENDON UGALDE, Carlos, *Óp. cit.*, p. 84

En lo tocante a este artículo, considero pertinente establecer que personas son capaces. En el capítulo segundo de esta tesis se estudio la capacidad, la cual trato de nueva cuenta pero de manera somera en el presente capítulo.

La capacidad de acuerdo a nuestro Derecho Sustantivo Civil parte de los atributos de la persona, inherentes a la misma, incluso si aún no se ha nacido pero si concebido.

El Maestro Fausto Rico Álvarez, define a la capacidad como: *El atributo de la persona que consiste en la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones, así como de ejercitar, asumir, cumplir y defender por sí, tales derechos y obligaciones.*⁹³

Hay que destacar que la capacidad en sentido estricto abarca dos aspectos: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La capacidad de goce consiste en la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio en la de ejercitar, asumir, cumplir y defender por sí tales derechos y obligaciones.

De acuerdo con el notario de origen español, el Licenciado Juan José Rivas Martínez, al tratar este tema en estudio en relación a la capacidad dice:

*... la persona que va a realizar los nombramientos ha de tener para ello, en el momento de hacerlo, la plena capacidad, lo que sólo hace corroborar la regla general. Esos nombramientos han de estar causalizados, en el sentido de hacerse en previsión de una futura declaración judicial de incapacidad... no es imprescindible acreditar la enfermedad, por el respeto a la intimidad del ordenante... sin perjuicio de tenerse en cuenta, en algún caso, para valorar la capacidad del otorgante.*⁹⁴

⁹³ RICO ÁLVAREZ, Fausto, *De la Persona y de la Familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, 1ª edición, Porrúa, México, año 2006, pág. 37.

⁹⁴ RENDON UGALDE, Carlos, *Óp. cit.*, pág. 89.

Por lo que se refiere a las personas capaces de otorgar testamento, el Código Civil, en su artículo 1305, establece:

“Artículo 1305.- Puedan testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho”.

Sobre el particular, el precepto legal que le sigue precisa a las personas que no están capacitadas para otorgar su testamento al establecer:

“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.”

Al respecto, el Maestro Asprón Pelayo señala que en materia sucesoria sí se permite que una persona menor de edad pueda testar, pero en materia de obligaciones aún no se consideran sujetos capaces de obligarse por sí mismos.⁹⁵

Por otra parte, la fracción II del artículo 450 del citado Código Civil, establece que se permite testar a las personas mayores de edad que sufren de incapacidad jurídica pero que tienen intervalos de lucidez como lo ordena el artículo 1307 del Código Sustantivo Civil que indica:

“Artículo 1307. Es válido el testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez, con tal de que al efecto se observen las prescripciones siguientes.”

En cuanto al nombramiento del tutor o tutores, el Artículo 454 del aludido Código Civil, señala que no puede haber más de dos tutores definitivos, salvo las excepciones que se establecen en el Artículo 455 del mismo ordenamiento legal, los cuales a continuación transcribo:

⁹⁵ ASPRÓN PELAYO, Juan Manuel, *Sucesiones*, 2ª ed. McGraw-Hill, México, año 2002, pág. 48.

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

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

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

Hay que hacer notar que la antes mencionada designación de tutor o tutores debe darse previamente a que esa persona que los designo, pueda en su caso, caer en estado de interdicción por alguna de las causas previstas en el artículo 450 del Código Sustantivo en cita, que a la letra dice:

“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 puedan gobernarse , obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que lo supla.

...”

3.4.2. Artículo 469 Ter

Este precepto legal de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, establece lo siguiente:

“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.”

De la lectura del Artículo antes transcrito, se desprende que este precepto legal ordena que el nombramiento del tutor o tutores cautelares, se debe otorgar ante Notario Público para darle seguridad jurídica a este acto jurídico, y por ser este un perito en Derecho y su actuar imparcial, libre y responder a la confianza que tiene la institución del notariado en México, de la que es integrante.

Al respecto, me permito exponer someramente la institución del notariado dentro de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

El Maestro y actual Notario del Distrito Federal Jorge Ríos Hellig al explicar esta institución, dice que el sistema que adopta la misma es el latino, consistente en: *La facultad del notario para dar forma a un acto jurídico bajo su autoría y su autonomía, redactando, conservando, reproduciendo, autorizando y registrando dicho acto en un instrumento...*⁹⁶

⁹⁶ RÍOS HELLIG, Jorge, *La práctica del Derecho Notarial*, 5ª ed. McGraw-Hill, México, año 2002, pág. 30.

Por lo que respecta al concepto de notario, el referido Maestro Ríos Hellig, define al notario en los términos siguientes:

*El notario del Distrito Federal, es un particular, profesional del Derecho, que después de sustentar diversos exámenes, tanto de aspirante como de oposición, ejerce la carrera u oficio notarial, brindando seguridad jurídica y certeza en las transacciones de las que da fe...interpreta la voluntad de las partes... en un documento público y auténtico...*⁹⁷

A su vez, la Ley del Notariado para el Distrito Federal, lo define como:

“Artículo 42.- Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídicas a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

...”

De lo expuesto precedentemente, se concluye que el Notario es el encargado de otorgar seguridad jurídica a los actos jurídicos que ante él se celebran, esto además de que el antes precisado artículo 469 Ter, igualmente ordena que el nombramiento del tutor cautelar, se hará constar en escritura pública, dándole mediante este instrumento, la formalidad que revisten los Notarios a los actos jurídicos que se otorguen ante su fe.

Al efecto, el referido Notario Jorge Ríos Hellig, dice que la escritura es: *La redacción del acto jurídico impresa en el protocolo en forma directa (original e íntegra) o a manera de síntesis en el protocolo notarial.*⁹⁸

⁹⁷ RÍOS HELLIG, Jorge, *op. cit.*, p. 44.

⁹⁸ RÍOS HELLIG, Jorge, *op. cit.*, p.167.

El concepto de escritura pública, también se encuentra contenido en el artículo 100 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que señala:

"Artículo 100.- Escritura es el instrumento original que el notario asienta en los folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos y que firmado por los comparecientes, autoriza con su sello y firma."

Siguiendo con el análisis del precepto legal que nos ocupa en este numeral, el mismo establece que el Notario deberá agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en el que conste que la persona se encuentra perfectamente en relación a su salud mental, y además cuenta con plena capacidad para autogobernarse.

Dicho requisito de solicitarse el certificado médico antes aludido, considero el suscrito no debería solicitarse debido a que es innecesario dado que el Notario en el otorgamiento del referido instrumento, además de tener fe pública, debe cerciorarse de la capacidad jurídica de su otorgante a su juicio, sin necesidad de acreditarlo bajo un certificado médico psiquiátrico, tal y como así se establece tanto el artículo 102 y su fracción XX a), que a la letra dice:

"Artículo 102.- El Notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados, y observará las reglas siguientes:

...

XX.- Hará constar bajo su fe:

a) Su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y que a su juicio tienen capacidad;

..."

En cuanto a la revocación del nombramiento del tutor cautelar, que indica el citado artículo 469 Ter, el mismo señala que deben observarse las mismas formalidades con el que se hubiere otorgado, obligando al Notario Público del

conocimiento a solicitar nuevamente un certificado médico psiquiátrico, para observar que no se encuentre enfermo de sus facultades mentales, documento que a mi criterio, resulta ser innecesario, como se explico en el precedido párrafo.

Finalizando con el análisis del multicitado precepto legal 469 Ter de este numeral, éste señala que en caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.

Hago notar que en las causas últimamente referidas, es pertinente resaltar sobre éstas lo siguiente:

1. La muerte en sentido jurídico, es la pérdida de los derechos y obligaciones de una persona en razón de la extinción de la vida natural del ser humano; por lo que respecta a éste tema, el Maestro Rafael Rojina Villegas, nos explica la muerte como: *El fin de la persona física coincide con su muerte física (de otra manera denominada deceso).*⁹⁹

La muerte por lo tanto es una causa natural que como consecuencia conlleva a la pérdida de la vida de una persona y de su capacidad jurídica.

2. La incapacidad legal de una persona, puedo afirmar que es la excepción a la regla de la capacidad en general; en razón de esto, el Maestro Rojina Villegas, señala al respecto: *La incapacidad no puede imponerse por contrato; únicamente la ley puede decretarla.*¹⁰⁰

A su vez, en su artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

⁹⁹ ROJINA VILLEGAS, *Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo Primero, Introducción y Personas*, edit. Porrúa, 12ª edición, año 2006, pág. 434.

¹⁰⁰ *Ibidem.* pág. 449.

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

3. La excusa, es aquella circunstancia o hecho, que será expresado o expuesto con el objetivo de eludir alguna obligación la cual impide que la persona pueda desempeñar la función que le fue asignada.

En razón del aludido precepto legal de este numeral, la excusa que exponga el tutor cautelar designado tendría que ser de las que se encuentren previstas en el artículo 511 del Código Civil en comentario:

“Artículo 511. Pueden excusarse de ser tutores:

I. Los servidores públicos;

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;

VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.”

4. La remoción, puedo considerar que es aquella situación jurídica en la que el tutor designado, una vez deferido el cargo por el Juez de lo Familiar del conocimiento, lo releva por diversas situaciones que obligan al tutor a no continuar con el ejercicio de sus funciones; estas causales se encuentran

expresamente reguladas en la ley, y principalmente se dan por alguna acción u omisión de las obligaciones que tenga el tutor frente a su pupilo.

5. La no aceptación del cargo de tutor, la puedo equiparar al concepto de excusa, con la única diferencia de que la no aceptación del cargo puede ser de carácter injustificado, el cual conlleva a una sanción por el posible daño que le ocasionaría al incapaz por dejarlo en situación de desamparo.
6. El relevo del cargo del tutor la sitúo como la cesación inmediata del ejercicio de las funciones del tutor, por así considerarlo el Juez del conocimiento, ya que se pondría en riesgo el patrimonio o el bienestar del tutelado.

3.4.3. Artículo 469 Quáter

En relación al artículo 469 quáter del comentado Ordenamiento Sustantivo Civil, dispone:

“Artículo 469 quáter.- En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:

I. Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y

II. Establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código.

El Juez de lo Familiar, a petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su

designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.”

Es conveniente observar que en el referido precepto legal se establecen las facultades u obligaciones del tutor cautelar nombrado.

Refiriéndose a las obligaciones de dicho tutor durante su administración, el mismo en caso de ser necesario y por caer en un estado de incapacidad quien lo haya nombrado tutor, debe tomar decisiones trascendentales con carácter de urgente sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud de su tutelado, esto conforme a lo señalado en la fracción I del citado artículo.

Es conveniente resaltar que conforme a la fracción II del precepto legal indicado, el tutor cautelar tendrá derecho a una retribución en términos del citado Código.

Sobre el particular considero el suscrito que dicha remuneración del tutor cautelar, resulta una excepción al del tutor o tutores de otra clase de tutela, los que no tendrán derecho a remuneración alguna, debiendo restituir por lo que dicho concepto hubiese recibido, ello conforme a lo establecido en el artículo 589 del aludido Código Civil, mismo que a la letra dice:

“Artículo 589. El tutor o los tutores no tendrán derecho a remuneración alguna, excepto en los casos de tutela cautelar; y restituirán lo que por este título hubiesen recibido, en los siguientes casos:

I. Si ambos tutores fuesen separados del cargo, y

II. Si contraviniese lo dispuesto en el artículo 159.

Si sólo uno fuese separado, el otro recibirá la totalidad de la retribución.”

En cuanto al descrito artículo, éste mismo resulta ser incongruente y contradictorio por lo que también debe ser reformado con otras disposiciones legales que regulan las diversas clases de tutela, en los que se menciona el derecho del tutor a

una justa retribución, como se advierte esto en los artículos que a continuación se transcriben:

“Artículo 585. El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez.”

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

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

3.4.4. Artículo 469 Quintus

En relación al último artículo que conforma el Capítulo I Bis del citado Código del presente numeral, el mismo contempla una sanción al tutor cautelar nombrado con antelación por otra persona capaz en caso de excusa. Este precepto legal a la letra dice:

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

Del texto anterior se advierte que el tutor cautelar que se excuse cuando sea requerido por el Juez de lo Familiar para desempeñar dicho cargo, implica en consecuencia, perder todo derecho a heredar por testamento respecto de quien lo haya nombrado tutor cautelar.

Es importante resaltar que el legislador fue omiso de señalar aquellos casos en los que la excusa que haya presentado el beneficiario de la sucesión del incapaz,

nombrado como tutor cautelar, fue debido al motivo de encontrarse en algunos de los supuestos previstos en el artículo 511 del Código Civil para el Distrito Federal, entre estos por ejemplo el de los servidores públicos, los militares en servicio activo, los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes, los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia, los que por el mal estado habitual de su salud hagan imposible cuidar de otra, los que tengan sesenta años cumplidos, los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría y 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; entonces considero que existe una inconsistencia en relación a la hermenéutica jurídica de dicho precepto legal, ya que sin lugar a dudas, podemos deducir que toda persona que se excuse, sea cual fuere la causa, para poder desempeñar el cargo de tutor cautelar, como lo establece dicho ordenamiento, no podrá heredar del incapaz por lo que considero el suscrito que este artículo en comento debe reformarse, para que no sean sancionados con la pérdida del derecho a heredar por testamento de quien los haya nombrado tutor cautelar, sino únicamente quien en forma injustificada no quiera desempeñar tal cargo.

CAPITULO CUARTO

“PROPUESTA DE REFORMAS Y ADICIÓN A DIVERSOS PRECEPTOS LEGALES DEL CAPÍTULO I BIS, DEL TÍTULO NOVENO DE LA TUTELA, DEL LIBRO PRIMERO DE LAS PERSONAS, EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”

En relación a este capítulo, el autor de la presente tesis pretendo determinar si ésta nueva adición de la figura de la tutela cautelar en el Código Sustantivo para el Distrito Federal, se encuentra debidamente regulada para su aplicación en la sociedad.

En los anteriores capítulos expuse detalladamente sobre la tutela, sus diversas clases, en las que se encuentra el tema materia de esta Tesis, la deficiente manera que, desde el punto de vista personal del autor de ésta tesis considero debieran estar redactados los preceptos legales que integran esta clase de tutela, incluyendo en estos, los supuestos que en su redacción omitió el legislador o inexactamente lo hizo.

A continuación expondré la propuesta de reformas y adiciones a los preceptos legales de la tutela cautelar, que sirvieron para la investigación y desarrollo del tema de esta Tesis, con la finalidad de que se regule la misma dentro de sus hipótesis normativas.

4.1. Propuesta de reforma al artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal

Texto vigente del artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal

“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.”

Texto Propuesto como reforma a la actual redacción del artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal

“Artículo 469 Bis.- Las personas que tengan capacidad de ejercicio, pueden nombrar al tutor o tutores cautelares, así como a su curador y a sus sustitutos, que deberán encargarse, de su persona y de su patrimonio, en previsión de caer en estado de incapacidad en términos de la fracción II del Artículo 450 del presente Código. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.”

4.1.1. Justificación de la reforma al artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal

Los motivos por los que considero debe reformarse el precepto legal antes descrito, los expongo a continuación.

1º. En relación a las personas que solo tienen capacidad natural y legal, sostengo que solo estas pueden nombrar un tutor o tutores cautelares, así como a su curador y a sus sustitutos, esto es, las personas que tienen capacidad de goce y de ejercicio; en este último caso, las personas que han cumplido dieciocho años conforme al artículo 646 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que en caso contrario, al ser

menores de edad, tendrían incapacidad legal, como lo establece la fracción I del artículo 450 del aludido Código Civil, y que al hacer dicho nombramiento, no se encuentren en ninguno de los supuestos de incapacidad señalados en la fracción II del indicado artículo 450 del Código Civil, y que como consecuencia de lo anterior, no se debe de aplicar una norma especial de derecho sucesorio, sobre la persona capaz para el nombramiento antes citado, en razón de que la fracción I del artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal, interpretado a contrario sensu, dice que los menores de edad pero mayores de 16 años tienen capacidad para testar, lo que es contrario a las reglas de la tutela en general.

2º. De acuerdo con las reglas de la tutela en general, todo menor de 18 años, al tener incapacidad legal, tendría que estar bajo la patria potestad de quienes la ejerzan, padres o abuelos, según el caso, o a falta de estos o por su estado de incapacidad física o mental, estarán bajo tutor testamentario, legal o dativo.

3º. La finalidad del descrito nombramiento del tutor o tutores cautelares, así como su curador y sus sustitutos que haga la persona con capacidad de ejercicio, es para que el mencionado tutor se encargue tanto de su persona como de su patrimonio, excepto en aquellos casos especiales en que nombren dos tutores en que se dividan su ejercicio, cuide de su persona y en su caso, de su patrimonio si con posterioridad, este cae en un estado de incapacidad que señala la fracción II del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

4º. Respecto a la figura del curador y a sus sustitutos, que se alude en los puntos que antecede, su adición la considero importante debido a que del ejercicio del tutor, debe estar éste acompañado de un curador, sea cualquiera la clase de tutela, lo anterior tal como se desprende de los siguientes preceptos legales 454, 618 y 623, que respectivamente a la letra dice:

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

“Artículo 618.- Todos los individuos sujetos a Tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de tutor tendrán un curador, excepto en los casos de Tutela a los que se refieren los artículos 492 y 500 de este Código.”

“Artículo 623. Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador.”

4.2. Propuesta de reforma al artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal

Texto vigente del artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal

“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.”

Texto Propuesto como reforma a la actual redacción del artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal

“Artículo 469 Ter.- Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, solo podrán otorgarse ante Notario Público y se harán constar en escritura pública, 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 o tutores designados, desempeñarán la tutela quien o quienes sean sus sustitutos, de lo contrario, se regirá por las reglas generales de la tutela legítima o dativa.”

4.2.1. Justificación de la reforma al artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal

Considero el sustentante que el artículo en comento, que establece los lineamientos para otorgar el nombramiento de tutor cautelar, el mismo se realice ante Notario Público, y en consecuencia se haga constar en escritura pública, debiendo dicho fedatario agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría, donde conste que el otorgante se encuentra sano de sus facultades

mentales y en plena capacidad para poder nombrar a su tutor cautelar, tal requisito último contraviene la función del Notario precisada en la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que indica que el correspondiente fedatario es un profesional del Derecho que a su juicio, decide si la persona que le solicita algún servicio se encuentra con la capacidad de ejercicio tal y como se reafirma con fundamento en la Ley del Notariado dentro del marco de los artículos 102, 104 y 105, tal y como se transcriben a continuación:

“Artículo 102.- El Notario redactará las escrituras en español, sin perjuicio de que pueda asentar palabras en otro idioma, que sean generalmente usadas como términos de ciencia o arte determinados, y observará las reglas siguientes:

...

XX.- Hará constar bajo su fe:

*a) Su conocimiento, en caso de tenerlo o que se aseguró de la identidad de los otorgantes, y **que a su juicio tienen capacidad;***

...”

“Artículo 104.- El Notario hará constar la identidad de los otorgantes por cualquiera de los medios siguientes:

...

*III.- Mediante la declaración de dos testigos idóneos, mayores de edad, a su vez identificados por el Notario conforme a alguna de las fracciones anteriores, quien deberá expresarlo así en la escritura. **Los testigos en cuanto tales están obligados a asegurar la identidad y capacidad de los otorgantes, y de esto serán previamente advertidos por el Notario; deberán saber el nombre y apellidos de éstos, que no han observado en ellos manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tienen conocimiento de que están sujetos a incapacidad civil; para lo anterior el Notario les informará cuáles son las incapacidades naturales y civiles, salvo que el testigo sea perito en Derecho. Igualmente les informará su carácter de testigos instrumentales y las***

responsabilidades consiguientes. En substitución del testigo que no supiere o no pudiese firmar, lo hará otra persona que al efecto elija el testigo, imprimiendo éste su huella digital. La certificación y consiguiente fe del Notario siempre prevalecerá sobre la de los testigos en caso de duda suscitada posteriormente salvo evidencia debidamente probada que supere toda duda al respecto. En todo caso, el Notario hará constar en la escritura el medio por el que identificó a los otorgantes. Tratándose de testigos, si alguno no supiere o no pudiese firmar, imprimirá su huella digital y firmará a su ruego la persona que aquél elija.”

*“Artículo 105.- Para que el notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad bastará con que **no observe en ellos manifestaciones de incapacidad natural y que no tenga noticias de que estén sujetos a incapacidad civil.**”*

Por lo que en base a lo anterior, puedo concluir que el requisito en cuestión debe suprimirse por innecesario y al respectivo Notario se le faculta para que bajo su criterio y por tratarse de un perito en Derecho, pueda decidir si la persona que acude a él para realizar algún acto jurídico tiene o no capacidad o incapacidad natural o civil y por lo tanto, acepte o rechace formalizar el acto jurídico en el correspondiente instrumento notarial.

En virtud de lo anterior, sustento entonces innecesario solicitar un certificado médico para que el Notario pueda determinar si es capaz jurídicamente, de lo contrario en cualquier acto jurídico que se otorgue ante él tendría que solicitarse dicho certificado y no solo para el otorgamiento de la tutela cautelar.

4.3. Propuesta de reforma y adición al artículo 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal

Texto vigente del artículo 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal

“Artículo 469 Quáter.- En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:

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

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

Texto Propuesto como reforma y adición a la actual redacción del artículo 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal

*“Artículo 469 Quáter.- En la escritura pública donde se haga constar la designación **del tutor cautelar**, 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 **necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación del tutelado, en caso de encontrarse en alguno de los supuestos de la fracción II del artículo 450 del presente Código Civil.***
- II. Ejercer el cargo durante todo el tiempo que dure la incapacidad del tutelado, excepto si existe una causa justificada que lo obligue a separarse de él una vez deferido, que contempla el artículo 511 del presente Código Civil.*

III.- Notificar al Juez de lo Familiar en aquellos casos de absoluta necesidad o de evidente beneficio cuando sea necesario enajenar o gravar algún bien inmueble del tutelado para que de su autorización.

IV.- Actuar con prudencia cuidando del patrimonio del tutelado como si fuese propio.

El notario será responsable de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al tutelado por el contenido de dicho instrumento, en caso de que dichas facultades y obligaciones en la administración del tutor, sean contrarias a las establecidas en este precepto legal.”

4.3.1. Justificación de la reforma y adición al artículo 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal

En lo que concierne al precepto legal del presente numeral, establece las facultades y obligaciones que contendrá la escritura de designación de tutor cautelar, las cuales deberá observar el tutor durante el desempeño de su cargo.

En relación a la fracción I del artículo que se indica en el presente numeral, se adicionan algunos puntos con el fin de complementar las señaladas en dicha fracción I del citado artículo vigente.

Respecto a la fracción II del artículo 469 Quáter vigente del Código Civil Sustantivo que se refiere al derecho a una retribución que tendrá el tutor en los términos de éste Código, considero el sustentante se debe suprimir el contenido actual de esta fracción, toda vez que como lo expuse en el capítulo segundo de la presente tesis, dicha retribución ya se encuentra contemplada en el artículo 589 del citado Código, al efecto este último precepto legal a la letra dice:

*“Artículo 589. El tutor o los tutores no tendrán derecho a remuneración alguna, **excepto en los casos de tutela cautelar**; y restituirán lo que por este título hubiesen recibido, en los siguientes casos:*

I. Si ambos tutores fuesen separados del cargo, y

II. Si contraviniese lo dispuesto en el artículo 159.

Si sólo uno fuese separado, el otro recibirá la totalidad de la retribución.”

En razón de lo antes expuesto, la redacción de la fracción II del artículo 469 Quáter que se propone, trata sobre el ejercicio del cargo de tutor cautelar durante el tiempo que dure la incapacidad del tutelado, salvo que exista causa justificada para separarse de tal cargo contemplada en el artículo 511 del Código Civil que transcribo a continuación:

“Artículo 511. Pueden excusarse de ser tutores:

I. Los servidores públicos;

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;

VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.”

En cuanto a la fracción III del artículo 469 Quáter que se propone adicionar en éste, que indica notificar al Juez de lo Familiar en aquellos casos de absoluta necesidad o de evidente beneficio cuando sea necesario, enajenar o gravar algún bien inmueble del tutelado para que de su autorización, considero que la adición de la fracción propuesta es benéfica para el incapaz como se desprende de la misma.

Por lo que toca a la fracción IV que igualmente se propone adicionar del artículo 469 Quáter que señala actuar con prudencia cuidando del patrimonio del tutelado como si fuese propio, tiene por objeto que el desempeño del tutor cautelar sobre el patrimonio del tutelado, lo realice con gran responsabilidad, diligencia y cuidando del mismo como si fuera de su propiedad.

En la parte última de la redacción propuesta en el artículo 469 Quáter que trata sobre que el notario será responsable de los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al tutelado por el contenido de dicho instrumento, en caso de que dichas facultades y obligaciones en la administración del tutor, sean contrarias a las establecidas en este precepto legal, la adición de la indicada parte propuesta, considero el sustentante es de gran importancia, debido a que el Notario ante quien se va a otorgar la designación del tutor cautelar y que debe constar en escritura pública, es dicho fedatario, la primer persona que conforme a la ley protegerá los intereses del tutelado al hacer que en el correspondiente instrumento público, las facultades y obligaciones del tutor cautelar no sean contrarias a las establecidas en el antes descrito artículo.

4.4. Propuesta de reforma al artículo 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal

Texto vigente del artículo 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal

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

Texto propuesto como reforma a la actual redacción del artículo 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal

*“Artículo 469 Quintus.- El tutor cautelar que se excuse de ejercer la tutela **de encontrarse en alguno de los supuestos que establece el artículo 511 del presente Código, no perderá el** derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz.”*

4.4.1. Justificación de la reforma al artículo 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal

Conforme a la redacción del artículo objeto de este numeral propuesta por el autor de la tesis, el tutor cautelar que haya sido designado con antelación en el instrumento notarial se excusa de ejercer el cargo referido, tiene una consecuencia, que es el de perder todo derecho sobre los bienes que le hubiere dejado el incapaz por testamento, ya sea como heredero o legatario; ahora bien, la redacción que actualmente se encuentra en vigor, no excluye a ninguna persona, sencillamente con que renuncie al cargo, queda excluido de ser beneficiario si el incapaz le dejó bienes por testamento. De acuerdo con la interpretación del legislador en la redacción vigente de dicho artículo, si se presenta el caso de aquel tutor designado que se encuentre dentro de los supuestos que se precisan en el artículo 511 del multicitado Código Civil, interponiendo alguna de las excusas que se establecen en dicho precepto legal, aun así perdería todo derecho a lo que le hubiere dejado el incapaz por testamento. A continuación se transcribe el referido artículo 511 del Código Sustantivo Civil:

“Artículo 511. Pueden excusarse de ser tutores:

I. Los servidores públicos;

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;

VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.”

El autor de la presente tesis considera conveniente redactar dicho artículo 469 Quintus, sujetándose a la renuncia del cargo en previsión de no encontrarse en los casos previstos por dicho artículo 511 de nuestro Ordenamiento Sustantivo Civil, en virtud de que la redacción en vigor, carece de una correcta interpretación, originando confusión en su exacta aplicación.

La reforma propuesta al artículo 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, como se desprende de su redacción, contrario a lo señalado en el texto vigente del mencionado artículo que indica que el tutor cautelar que se excuse de ejercer la tutela perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz, establece que el tutor cautelar si se encuentra en algunos de los supuestos que señala el artículo 511, no perderá el derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz, debido a que el citado artículo concede el derecho a excusarse los tutores, en los casos que se especifican en éste.

Por lo anteriormente expuesto, cito a continuación las siguientes conclusiones.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- La tutela ha tenido diversas connotaciones durante la historia tal y como podemos observar como por ejemplo en el antiguo Derecho Romano, el que ejercía la misma tenía como finalidad la protección de los impúberos o personas menores de 25 años respecto a la administración de sus bienes para producir efectos jurídicos en el patrimonio del pupilo directamente y ejecutar actos jurídicos sin la intervención del pupilo, sin considerar el cuidado del menor, debido a que esta función únicamente la podía ejercer la madre del menor hijo. En oposición a la curatela, la cual era ejercida por el curador sobre las personas mayores de edad tendientes a ser pródigos debido a la mala administración de sus bienes por parte de éstos, y con objeto de que el curador, el cual es designado mediante un decreto dado por la *gens* y expedido por el pretor, vigile tanto la referida administración como para que los mismos asuman sus responsabilidades y celebren debidamente los actos jurídicos.

SEGUNDA.- Las figuras de tutor y curador que surgieron en el Derecho Romano, mismo que influyo notablemente en el Derecho Comparado, tanto con posterioridad como en la actualidad siguen usándose en el Derecho Europeo, como por ejemplo el Derecho Alemán, el Derecho Francés y el Derecho Español, en el Derecho Canónico y en América Latina en la Legislación Civil Mexicana, entre otros.

TERCERA.- En los Códigos Civiles del Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1870 y 1884, así como la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, la tutela tenía por objeto, la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tenían incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos, así como la representación interina del incapaz en los casos especiales señalados en la ley. Considerándose con incapacidad natural y legal en estas legislaciones a los menores de edad; mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo e imbecilidad aún en intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer y escribir y los ebrios consuetudinarios.

CUARTA.- En el Código Civil para el Distrito Federal, el objeto de la tutela continúa siendo el mismo que se describe en los ordenamientos legales citados en la conclusión que antecede, pero ampliándose en éste Código su aludido objeto para cuidar preferentemente de la persona de los incapacitados, quedando su ejercicio sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades establecidas en dicho Código.

Al igual que en los ya indicados ordenamientos legales, el referido Código considera con incapacidad natural y legal a los menores de edad, pero a diferencia de esos ordenamientos legales, el citado Código Civil vigente considera incapaces a aquellas personas mayores de edad en estado de interdicción, en cualquiera de los casos contemplados en la fracción II del artículo 450 siendo estos: los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que lo supla.

QUINTA.- Clases de tutela que regula el Código Civil para el Distrito Federal:

1ª.- Tutela testamentaria.- Designación de un tutor en el testamento que realizan los padres que aun ejercen la patria potestad de su menor hijo excluyendo a los ascendientes de ulteriores grados para el caso de que ninguno de los dos se encontrare en posibilidad de ejercer dicho cargo.

2ª.- Tutela legítima.- Designación de un tutor hecha por un Juez de lo Familiar, el cual es escogido de entre los parientes colaterales del incapaz para que se haga cargo del cuidado y la administración de sus bienes cuando éste sea menor de edad o en su caso, mayor de edad privado de inteligencia. Excepcionalmente el Juez podrá dividir dicho ejercicio en dos personas.

3ª.- Tutela dativa.- Designación de un tutor hecha por el Juez de lo Familiar por no existir parientes de la persona incapaz. Dicha designación también la podrá realizar el menor de edad siempre y cuando éste haya cumplido 16 años en el cual únicamente el Juez se limitara a aprobar o no la persona propuesta por dicho menor.

4ª.- Tutela cautelar.- Figura jurídica de reciente creación regulada mediante decreto publicado el día 15 de mayo del año 2007, en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, misma que entro en vigor el día siguiente de su publicación, al adicionarse ésta figura jurídica tanto en el Código Civil para el Distrito Federal como en otros ordenamientos legales para el aludido Distrito Federal, y que consiste en la designación de un tutor hecha por una persona capaz de otorgar testamento realizada en un instrumento público otorgada ante Notario Público, en previsión de que dicha persona pueda caer en un estado de incapacidad eligiendo previamente mediante dicho instrumento su tutor que se hará cargo de él respecto de la atención de su persona y administración de sus bienes. El ejercicio de dicho cargo podrá también ser dividido en dos personas, una que cuide de su persona y otra para la administración de sus bienes.

SEXTA.- El curador es la persona nombrada por testamento, por el Juez de lo Familiar o por el pupilo mayor de 16 años o emancipado, con objeto de vigilar tanto la administración y desempeño del cargo del tutor, como también defender los intereses del incapacitado dentro o fuera de juicio.

SÉPTIMA.- El artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal establece que la persona que designe tutor cautelar o tutores, y a sus sustitutos, que deban encargarse de su persona y en su caso, de la administración de sus bienes en previsión de encontrarse con posterioridad en algunos de los supuestos previstos por el artículo 450 del Código Sustantivo en comento, es aquella persona capaz para otorgar testamento, es decir un menor mayor de 16 años, aplicándose al respecto una norma de derecho sucesorio cuyo objeto es la disposición de sus bienes, titularidad de derechos y de sus obligaciones para después de su muerte y que no se extinguen con

la misma, lo que no debe aplicarse a la tutela cautelar, la que se rige por normas de Derecho Familiar y donde quien nombra su tutor cautelar o tutores y a sus sustitutos debe ser una persona con capacidad de goce y de ejercicio y en previsión de algún supuesto de incapacidad antes señaladas, haciéndose notar sin que tenga que fallecer la referida persona, en razón de lo expuesto, el tesista propone deba reformarse dicho precepto legal para que dicho nombramiento sólo lo pueda hacer quien tenga la última citada capacidad, es decir, la capacidad de ejercicio y quedar regulado en la propuesta precisada en los términos señalados en el numeral **4.1.**, del Capítulo Cuarto de la presente tesis, al que solicito se remita para evitar repeticiones innecesarias.

OCTAVA.- El artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, ordena que los nombramientos que se otorguen en el instrumento notarial, en relación a la tutela cautelar, como son el tutor o tutores y a sus sustitutos, tendrá el Notario Público la obligación de solicitar a la persona que haga esos nombramientos mediante el citado instrumento, un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría, con el fin de constatar si la indicada persona se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales.

La aludida escritura podrá ser revocada en los mismo términos, es decir, el mencionado Notario volverá solicitar al interesado que le exhiba de nuevo un certificado médico para poder dejar sin efectos la escritura de nombramiento de tutor cautelar o tutores y sus sustitutos.

NOVENA.- El suscrito considero que el precepto legal citado en la conclusión anterior 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, infringe algunas de las normas de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, que regula al Notario Público y lo considera como un profesional investido de fe pública y un perito en Derecho y en consecuencia cerciorarse de la capacidad o incapacidad legal del otorgante del nombramiento de tutor o tutores cautelares y a sus sustitutos y en razón de lo expuesto, el tesista propone deba reformarse dicho precepto legal para suprimirse el requisito del

ya referido certificado médico y quedar regulado en la propuesta precisada en los términos señalados en el numeral **4.2.**, del Capítulo Cuarto de la presente tesis.

DÉCIMA.- Las obligaciones y facultades mínimas que el tutor cautelar tendrá durante el ejercicio del cargo, se encuentran previstas en el artículo 469 Quáter del referido Código Civil Sustantivo, las cuales establecen los principios de preservar la salud del tutelado en las mejores condiciones posibles, estando facultado para poder decidir el tratamiento médico que esté recibiendo, así como establecer una retribución como pago por el desempeño del cargo de tutor cautelar.

De lo antes referido, propongo dentro del precepto legal en comento, adicionar más obligaciones y facultades contenidas en las fracciones III y IV propuestas, que se indican en el numeral **4.3.**, de la presente tesis.

DÉCIMA PRIMERA.- El artículo 469 Quintus del Código Civil para el Distrito Federal, establece que cuando el tutor cautelar se excuse para ejercer dicho cargo, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz; en este sentido, propongo dentro del numeral **4.4.**, del Capítulo Cuarto de la presente tesis, que las personas que se excusen por encontrarse en alguno de los supuestos que establece el artículo 511 del Código Civil para el Distrito Federal, no pierdan derecho alguno en el testamento.

BIBLIOGRAFIA

- ASPRON PELAYO, Juan Manuel; **“SUCESIONES”**, 2ª edición, México, Edit. McGraw-Hill, año 2002.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, **“DERECHO DE FAMILIA”**, 1ª edición, México, Edit. Oxford, año 2005.
- BRAVO GONZALEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz, **“DERECHO ROMANO”**, 21ª edición, México, edit. Porrúa, año 2004.
- DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo; **“DERECHO CIVIL. Parte General, personas, negocio jurídico e invalidez”**, Novena edición, México, Edit. Porrúa, año 2003.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, **“FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PÚBLICO, tres ensayos y un epílogo”**, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ª edición, México, Edit. UNAM, año 2004.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo; **“EL DERECHO PRIVADO ROMANO, COMO INTRODUCCIÓN A LA CULTURA JURIDICA CONTEMPORÁNEA”**, 7ª edición, México, Edit. Esfinge, año 2001.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio; **“DERECHO CIVIL, PRIMER CURSO”**, 20ª edición, México, Edit. Porrúa, año 2000.
- GARCIA VILLEGAS, Eduardo, **“DE LA TUTELA DESIGNADA A LA TUTELA VOLUNTARIA”**, Colección de temas jurídicos en brevarios del Colegio de Notarios para el Distrito Federal, 1ª edición, México, Edit. Porrúa, año 2011.
- MAGALLON IBARRA, Jorge Mario; **“INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL, TOMO III, DERECHO DE FAMILIA”**, 2ª edición, México, edit. Porrúa, año 2001.

- MONTERO DUHALT, Sara, **“ANTECEDENTES SOCIO-HISTÓRICOS DE LA LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES”**, Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano, México, edit. UNAM, año 1981.
- MONTERO DUHALT, Sara, **“DERECHO DE FAMILIA”**, 4ª edición, México, Edit. Porrúa, año 1990.
- MORINEAU, Marta e IGLESIAS Román, **“DERECHO ROMANO”**, 3ª edición, México, edit. Harla, año 1993.
- PACHECO ESCOBEDO, Alberto, **“LA PERSONA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO”**, 2ª edición, México, Edit. Panorama, año 1998.
- PALAO HERRERO, Juan, **“EL SISTEMA JURIDICO ATICO CLASICO”**, 1ª edición, Madrid, Edit. Dykinson, año 2007.
- PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel, **“HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL I.”**, 1ª edición, Madrid, edit. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, año 1999.
- PETIT Eugéne; **“TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO”**, traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales muy amplias, por D. José Fernández González; 18ª edición, México. Edit. Porrúa, año 2002.
- PUIG BRUTAU, José, **“COMPENDIO DE DERECHO CIVIL, VOL. IV., DERECHO DE FAMILIA, DERECHO DE SUCESIONES”**, 1ª edición, Barcelona, España, edit. Bosch, año 1991.
- RENDON UGALDE, Carlos Efrén; **“LA TUTELA”**, 1ª edición, México, Edit., Porrúa, año 2001.
- RICO ALVAREZ, Fausto, **“DE LA PERSONA Y DE LA FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**, 1ª edición, México, Edit. Porrúa, año 2006.

- RIOS HELLIG, Jorge; **“LA PRÁCTICA DEL DERECHO NOTARIAL”**, 5ª edición, México. Edit. McGraw-Hill, año 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael; **“TRATADO DE DERECHO CIVIL MEXICANO, TOMO I, INTRODUCCIÓN Y PERSONAS”**, 12ª edición, México, edit. Porrúa, año 2006.
- TAJANA DE BRAND, Nelly A, **“DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD: PREVISIONES PARA EL CUIDADO DE LA PERSONA Y LOS BIENES DEL INCAPAZ OTORGADAS DURANTE SU CAPACIDAD”**, Buenos Aires, ed. Astrea, año 1996.
- WESENBERG, Gerard y WESENER Gunter, **“HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO MODERNO EN ALEMANIA Y EN EUROPA”**, traducida de la 4ª edición Alemana por José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, España, edit. Lex Nova, año 1998.

LEGISLACIÓN

- **“CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**, vigente, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 26 de mayo de 1928, Volumen I, México, Edit. Andrade, año 2012.
- **“LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL”**, vigente, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 28 de marzo del 2000, México, edit. Andrade, año 2012.
- **“NUEVO CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL”**, en vigor, Publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 16 de julio de 2002, México, edit. Ediciones Fiscales ISEF, año 2012.

- **“LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES”**, expedida entonces por el Primer Jefe del Ejército Constitucional, del Poder Ejecutivo de la Nación, el 9 de Abril de 1917, México.
- LEYVA, Gabriela y CRUZ PONCE Lisandro, **“CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL 1932-1982”**, México, ed. Facultad de Derecho-UNAM, año 1982.

DICCIONARIOS Y OTRAS FUENTES

- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO; **“DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO”**; 10ª edición, México, Edit. Porrúa, año 2005.
- CARRIEDO ROSALES, Roberto, **“ANTECEDENTES DE LA TUTELA EN EL CODIGO CIVIL”**, Revista Jurídica y Ciencias Sociales, Año I Julio-Agosto-Septiembre de 1933-No.1, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, año 1933.
- GARCIA VILLEGAS, Eduardo **“NO ESTÁ DE MÁS LA AUTOTUTELA”**, Revista “EL MUNDO DEL ABOGADO”, año 6, número 57, México, enero de 2004.
- RENDON UGALDE, Carlos Efrén, **“FUNDAMENTOS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE LA AUTOTUTELA”**, Revista de Derecho Privado, nueva época, año IV, núm. 11, mayo-agosto de 2005.

CONSULTAS POR “INTERNET”

- <http://www.consejeria.df.gob.mx/gacetas.php>
- <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=392>