



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**“EL PROCEDIMIENTO DE INTERDICCIÓN EN LA CIUDAD DE
MÉXICO A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS”**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
ESPECIALISTA EN DERECHO CIVIL**

PRESENTA

ANTONIO PADIERNA LUNA

DIRECTOR DE TESIS

DR. JUAN LUIS GONZÁLEZ ALCÁNTARA CARRANCÁ

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., agosto de 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

Introducción	p. 5.
Capítulo 1. Derecho romano	p. 7.
1.1. Capacidad jurídica.....	p. 7.
1.2. Tutela.....	p. 9.
1.3. Curatela.....	p. 11.
1.4. Procedimiento.....	p. 12.
1.4.1. Aspectos generales.....	p. 12.
1.4.2. <i>Legis actiones</i>	p. 16.
1.4.3. Sistema Formulario.....	p. 20.
1.4.4. Sistema extraordinario.....	p. 25.
Capítulo 2. Europa	p. 27.
2.1. Generalidades.....	p. 27.
2. Alemania.....	p. 29.
2.1. Capacidad jurídica.....	p. 29.
2.2. Tutela.....	p. 29.
2.3. Asistencia.....	p. 31.
2.4. Curatela.....	p. 32.
2.5. Procedimiento.....	p. 33.
3. Francia.	p. 35.

2.3.1. Capacidad jurídica.....	p. 36.
2.3.2. Tutela.....	p. 37.
2.3.3. Curatela.....	p. 39.
2.3.4. Procedimiento.....	p. 41.
2.4. España.....	p. 43.
2.4.1. Capacidad Jurídica.....	p. 43.
2.4.2. Tutela.....	p. 44.
2.4.3. Curatela.....	p. 45.
2.4.4. Defensor Judicial.....	p. 45.
2.4.5. Procedimiento.....	p. 46.
2.5. Argentina.....	p. 49.
2.5.1. Capacidad Jurídica.....	p. 49.
2.5.2. Tutela.....	p. 50.
2.5.3. Curatela.....	p. 51.
2.5.4. Procedimiento.....	p. 51.
2.6. Cuba.....	p. 53.
2.6.1. Capacidad jurídica.....	p. 53.
2.6.2. Tutela.....	p. 54.
2.6.3. Procedimiento.....	p. 55.
2.7. Instrumentos internacionales.....	p. 57.
2.7.1. Convención sobre los derechos de	

las personas con discapacidad.....	p. 57.
2.7.2. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad.....	p. 65.
Capítulo 3. Codificación civil vigente para la Ciudad de México	p. 66.
3.1. Código Civil.....	p. 66.
3.1.1. Capacidad jurídica.....	p. 66.
3.1.2. Tutela.....	p. 68.
3.2. Código Procesal.....	p. 76.
3.3. Proyecto de reforma al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles.....	p. 84.
3.4. Caso práctico.....	p. 87.
3.5. Propuesta.....	p. 94.
Conclusiones.....	p. 99.
Bibliografía.....	p. 102.

INTRODUCCIÓN

El tema de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tiene implicaciones de contenido, en las figuras de capacidad jurídica, tutela, curatela y, desde luego, el procedimiento de interdicción, y en tal sentido, el presente trabajo pretende en el primer capítulo, dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿Quién tenía capacidad jurídica en el Derecho Romano? ¿Qué comprende la capacidad jurídica? ¿Qué era la tutela y curatela? ¿Quiénes podían ser declarados interdictos? ¿El procedimiento de interdicción era sumario u ordinario? ¿Ante quién se acudía para solicitar la interdicción? ¿Quién tenía la *jurisdictio* en materia de interdicción? ¿Cómo se petitionaba el estado de interdicción en el procedimiento de las acciones de la ley, sistema formulario y sistema extraordinario?

Así pues, la capacidad como un atributo de los ciudadanos romanos *sui iuris*, podía ser de dos formas: *de goce y ejercicio*, la primera es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y la segunda, titularidad para ejercer tales derechos y obligaciones.

Por otra parte, sería importante diferenciar la tutela como un cargo público para proteger a las personas que no podían hacerlo a razón de su edad o sexo, y la curatela que implicaba un cargo público para cuidar a los pródigos, *loco furiosi o mente capti*, sordos y mudos, pues actualmente nuestro Código Civil para la Ciudad de México, contempla la tutela y curatela pero no como estaba reglamentado en Roma.

Ahora bien, consta en los documentos históricos que en Roma surgieron tres sistemas: *legis actiones*, *sistema formulario* y *extraordinario*. Tales procedimientos tuvieron instancias procesales y autoridades que administraban justicia, sería importante precisar la rapidez o prontitud de cada etapa del procedimiento de interdicción de una persona.

Así pues, en el segundo capítulo, se estudiará la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde una visión comparativista, a fin de entender las instituciones de tutela y curatela en los Países europeos de Alemania, Francia y España; así como, los países de América Latina, como son: Argentina y Cuba.

No obstante, lo anterior, se explicarán brevemente los instrumentos internacionales que analizan particularmente el estado de interdicción de las personas y su protección en la Organización de las Naciones Unidas, específicamente, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad.

Bajo estas ideas, en el capítulo tercero, estudiaremos la Codificación Civil y Procesal de la Ciudad de México, haciendo una arqueología de las instituciones familiares, desde los Códigos Civiles de 1870- 1884, hasta nuestra codificación civil y procesal vigente, ello, para verificar la evolución que han tenido las figuras de capacidad jurídica, tutela, curatela y el procedimiento de interdicción.

Finalmente, al explicitar nuestro Código Civil vigente en la Ciudad de México, se estudiarán las figuras mencionadas, en relación a un caso práctico del síndrome de asperger, para verificar a la Luz de la Convención sobre las Personas con Discapacidad, si efectivamente puede emplearse un modelo de asistencia social o a uno de toma de decisiones incluida la tutela, curatela y estado de interdicción.

CAPÍTULO 1. DERECHO ROMANO¹

“Neque pupillus autem neque mulier, quae inparentis potestate non est, adrogari possunt: quoniam et cum feminis nulla comitorum communio est et tutoribus in pupillos tantam esse auctoritatem potestatemque fas non est, ut caput liberum fidei suae commissum alienae ditioni ubiciant”²

1.1 Capacidad jurídica

En el derecho romano siguiendo la jurisprudencia clásica (Gayo), sólo se reconocía la capacidad de goce de las personas, teniendo tres requisitos: *status libertatis*, *status civitatis* y *status familiae*. El primer estadio comprende que toda persona sea libre y no esclavo. El segundo, significa que deben ser romanos y no

¹ “Roma: la sola palabra, que reverbera como una campanada, evoca imágenes de legiones en marcha y generales victoriosos, de naciones cautivas y templos resplandecientes en que el humo del incienso sube desde las arras ensangretadas hasta los dioses de la Ciudad Eterna. Es una visión de grandeza intemporal, a la vez cruel y sublime, creada por hombres que rompieron el molde meramente humano. Y sin embargo, los rostros que nos miran desde la piedra tallada no pertenecen a semidioses sino a hombres corrientes, ecuanímenes y de creencias sencillas, que no disimulaban sus arrugas ni ocultaban sus máculas [...]”, *Cfr.*, Álvarez, Emilio, *Tablas sinópticas de la historia externa e interna del derecho romano*, México, Asociación Nacional de Abogados, Ed. Facsimilar, 1980, p. 5.

² Mas no pueden ser arrogados ni un pupilo ni una mujer que no está bajo la potestad de su padre, pues con las mujeres ninguna relación tienen los comicios, y no es lícito que los tutores tengan sobre los pupilos tanta autoridad y potestad que puedan sujetar al dominio ajeno a una persona libre encomendada a su buena fe. *Cfr.* Gelio, Aulo, *Noches áticas*, México, Porrúa, 1999, p. 361.

extranjeros. El tercero, requería la condición *sine qua non* de ser *sui iuris* de la patria potestad.³

De tal suerte, que todo ciudadano romano con tales estatus, Roma les concedía ciertas prerrogativas en el orden público y en el orden privado. Pueden distinguirse tres clases de derechos públicos: a) los derechos políticos que comprenden el *ius suffragii* (derecho de votar en los comicios); b) *ius honorum* (el derecho de ejercer las magistraturas); y c) Los derechos públicos que tiene por objeto proteger la libertad individual, por ejemplo la *provocatio ad populum* (apelar al pueblo), el derecho de invocar el auxilio tribunicio, exiliarse para escapar a una condena inminente, ciertos derechos, que al mismo eran cargas, el derecho a tomar parte de las ceremonias, de figurar en los registros del Censo, las obligaciones de pagar impuestos, el derecho a formar parte del ejército.⁴

En el orden privado, gozan del *connubium*, o sea la aptitud para contraer *iustae nuptiae* y el *comercium*, el derecho activo y pasivo de testar, hacer testamento y tener capacidad para ser instituido heredero.

Por tanto, durante las etapas de la civilización romana, podemos entender a la capacidad jurídica, como aquella aptitud legal que tiene una persona para ejercitar los derechos cuyo disfrute le competen. Se clasificaba en dos formas básicas: a) capacidad de goce, y b) capacidad de ejercicio, si no se tenía la inicial no se era persona; la capacidad de ejercicio no era capital, pues los menores y los locos son personas, no obstante que no ejercitan sus derechos sino a través de tutores o curadores. La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción según la Ley.

³Floris Margadant, Guillermo, *El derecho privado romano*, 26ª Ed., México, Porrúa, 2012, p.119.

⁴Cfr., Bravo González Agustín et al, *Derecho romano, primer curso*, 29ª Ed., México, Porrúa, 2012, pp.111-113.

1.2 Tutela⁵

Una de las instituciones que protegía a los que no estaban sujetos a la *patria potestas*, era la tutela, entendida como:

“(cargas) personales las que se cumplen con dedicación intelectual y esfuerzo físico, sin ningún gasto del que las realiza, como es la de tutela y curatela, o también la administración de los libros de cuentas municipales.”⁶

En tal sentido, la tutela era un cargo público para proteger a quienes no podían hacerlo por si mismos a causa de su edad o de su sexo. Se dividía en: a) Tutela dativa: la propia ley llamaba a ser tutor al pariente agnado más próximo. Si hubiera varios agnados, el más próximo obtendrá la tutela, pero si son varios en el mismo grado todos podrán desempeñar la tutela; b) Tutela Testamentaria, en la Ley de las XII Tablas, se permitió, el tutor testamentario debía ser señalado nominativamente y en forma imperativa; c) Patrono manumisor: un amo le concedía la libertad a un esclavo impúbero, convirtiéndose en tutor.⁷

Las atribuciones jurídicas del tutor⁸ se basaban en lo siguiente: a) Expresar si era deudor del pupilo, bajo la pena de perder su crédito; b) Debía hacer un inventario de los bienes del pupilo, por su omisión puede ser considerado culpable de fraude; c) Daba caución *rem pupilli salvam fore* y dar uno o varios fiadores; d) Recobrar los

⁵ Del latín *tueor, tueri, tiutus, sum*, significa guarda, amparo, protección, defensa, *Cfr.*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Etimología jurídica*, 6ª Ed., México, 2011.

⁶“Personaliasunt, quae animi provisione et corporalis laboris intentione sine aliquo gerentis detrimento perpetrantur, veluti tutela vel cura, kalendarii queque curatio...”, *Cfr.*, Iglesias Redondo, Juan, *Definiciones y reglas de derecho romano*, 2ª Ed, México, Ariel, 2005, p, 40.

⁷Veáse Lagrange, M. Eugenio, *Manual de derecho romano, explicación de las Instituciones de Justiniano por preguntas y respuestas*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1870, pp, 153-174

⁸ El tutor no se encargaba del cuidado físico del incapaz, sólo daba cantidades menores para alimentos y educación del menor

créditos del pupilo y responde de las insolvencias de los deudores sobrevenida por no haberlos perseguido oportunamente; e) Pagar las deudas del pupilo, cuando sean ciertas y exigibles, debe preocuparse de la conservación material de los bienes; f) *Gestio* administrador de los asuntos del pupilo o interrumpe su *interpositio auctoritatis* en los actos hechos por el pupilo; g) Cuando el pupilo es *infans*, que no puede hablar, es considerado del todo incapaz, el pupilo que ya cumplió los 7 años, ha salido de la infancia y puede hacer el solo o si un el consentimiento del tutor válidamente los actos que mejoren su vida.⁹

Por tal razón, las funciones del tutor más importantes eran: *la gestio e interpositio auctoritatis*¹⁰, la primera descansaba en la figura del administrador o gestor, quien jugaba el papel de actor en el negocio jurídico que se efectuaba en nombre del pupilo. Por el contrario, en la *interpositio auctoritatis*, comparecía al escenario jurídico el pupilo, él consentía, cumplía las formalidades y en caso de aparecer el tutor, únicamente era para efecto de que diera su autoridad, pues el tercero solía preguntar al tutor *¿auctor fis? ¿Interpones tu autoridat?*, respondía el tutor *auctor fio*, la interpongo.

La tutela se extinguía a causa del pupilo: a) Con la llegada a la pubertad; b) cuando muere, c) incurre en esclavitud; d) pierde la ciudadanía; e) cambia de familia. También por causas del tutor, cuando: a) llega al término de la condición realizada, b) el magistrado acepta una excusa, c) por *capitis deminutio máxima*, d) por el delito de sospecha, e) en la tutela por *capitis deminutio mínima*.

⁹Cfr., Bravo González Agustín et al, *Derecho romano, primer curso*, 29^a Ed., México, Porrúa, 2012, pp.177-178.

¹⁰*Idem*.

1.3 Curatela

Era un cargo público establecido para proteger a las personas *sui iuris* como los pródigos, *furiosi*,¹¹ sordos, mudos y a todos aquellos a quien una enfermedad grave los imposibilita para administrar su patrimonio.

Se clasificaba en: a) Curatela legitima: cuando la ley la otorga al agnado más próximo y a falta de este a los gentiles; b) Curatela honoraria: cuando el magistrado, a falta de curador legítimo hace la designación; y c) Curatela de los *furiosi*: esta se aplica a los que tienen trastornos mentales, con manifestaciones extravagantes y sin ilación, pero que tiene intervalos lucidos de tiempo, la curatela se aplica en cuanto se manifestaba la locura; y d) Curatela de los *pródigos*: el prodigo según el lenguaje de las Doce tablas, es aquel que disipa tontamente los bienes provenientes de la sucesión legitima de su padre u otro ascendiente paterno.

Finalmente, podemos decir que la gran diferencia entre la tutela y curatela era: i) El tutor mediante la *interpositio auctoritatis* complementa la capacidad del pupilo y el curador mediante la *consensus*; ii) la tutela protege a las personas *alieni iuris* a razón de su edad o sexo y la curatela operaba para los *sui iuris*, *furiosi*, *mente capti*, pródigos, sordos y mudos.

¹¹ Los romanos distinguieron los *furiosi de los mente capti*, los primeros tienen un poco de inteligencia, es un monomaniaco, con facultades intelectuales poco desarrolladas y los segundos son locos permanentes. En la ley de las XII tablas consideraba a los pródigos como aquellos que disipaban los bienes procedentes de la sucesión intestamentaria del padre o del abuelo paterno, de ahí que, tenía que declararse en estado de interdicción, colocándolo bajo la curatela del agnado más próximo. *Cfr.* Petit Eugène, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 25ª Ed. Trad. de José Ferrández González, México, Porrúa, 2009, p, 143.

1.4. Procedimiento¹²

1.4.1 Aspectos generales.

Desde el nacimiento de la cultura romana hacia el año 753 a.c., existió un proceso donde las partes, actor y demandado podían resolver conflictos, el cual tenía como fin respetar los derechos de los ciudadanos romanos –patricios-, y después de los plebeyos, gracias a la *Ley decenviral*.¹³

Así puede explicitarse que dentro de los aspectos esenciales del proceso romano, está la *jurisdictio*¹⁴, quien tenía un guardián denominado en época de la monarquía rey, el cual fungía como juez, sacerdote y soldado, es decir, tenía cada una de las investiduras para administrar justicia. Pero tal poder por razones de territorio tuvo que ser delegada en diversos funcionarios: cónsules, pretores (urbano y peregrino) o magistrados, recuperadores, centuviros, censores, y ediles curules, presidentes y magistrados provinciales.

En este sentido, la autoridad jurisdiccional máxima entre las relaciones de los ciudadanos o no ciudadanos y el Estado, era el magistrado o pretor, quién tenía dos

¹² Algunos opinan que el proceso no surge en Roma, sino en Grecia, pues “los tribunales griegos, al pronunciar sentencias en controversias, deciden a quién de las partes pertenece el título o el derecho en disputa [...] un juicio romano hubiera sido incompatible con la naturaleza de la *diadikasia*, procedimiento mediante el cual se sustentaban las controversias [...]a fin de obtener la *katadike* (resolución)”, Cfr., Tamayo Salmorán, Rolando, *El origen del proceso (A la luz de la obra de Hans Julius Wolff*, México, UNAM, 2010, pp.53-54

¹³ Fue grabada en tablas de bronce o de roble, y expuesta en el foro, se componía de la siguiente forma: I y II. De la organización judicial y del procedimiento. III. De la vía ejecutiva de los juicios de deudores morosos. IV. De la *patria potestas*. V. De las sucesiones y tutelas. VI. De la propiedad. VII. De las servidumbres. VIII. De los delitos y obligaciones en general. IX. Del derecho público. X. Del derecho sagrado. XI y XII. Complemento de las anteriores tablas. Véase Petit Eugène, *op. cit.*, p, 38.

¹⁴ Era el poder de administrar justicia, Cfr., Cuenca Humberto, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1957, p, 1.

potestades: a) *el imperium*, donde tenía amplias facultades para ejercer sus mandatos mediante la fuerza y b) la *jurisdictio*, la declaración del derecho o mejor dicho de administrar la justicia.

La *jurisdictio* comprende cinco atribuciones: i) *ius edicendi*, derecho de emitir edictos¹⁵; ii) *ius iudicari*, derecho de enviar a las partes a un Juez para que emita sentencia; iii) *ius iudicandi*, derecho de juzgar por sí mismos sin mandar a los contendientes con un Juez; iv) *ciertas facultades especiales, así como, presidir el consilium –cuerpo asesor-*, en los casos de nombramiento de un tutor de manumisión por justas causas y ceremonias de apuestas; v) participación en ciertos actos como la *vindicatio in integrum restitutio*, emancipación, adopción, etcétera.¹⁶

Correspondía en tal sentido, diferenciar distintas clases de jurisdicción entre ellas, la *voluntaria* y *contenciosa*, en la primera, el magistrado decidía cuestiones que le fueron planteadas por las partes, de mutuo acuerdo y en forma pacífica, sin choque de intereses en forma de litigio, es decir, las personas se presentan *motu proprio*, a pedir la intervención del magistrado, para ello, existían dos clases: *solemnes* y *no solemnes*, esto es, cumplir de forma rigurosa los actos, frente al *per aest libram*, autoridad y testigos, o aquellas que carecían de tales formalidades, como en los actos de nombramiento de tutores y curadores. En la segunda, implicaba necesariamente un enfrentamiento entre intereses privados, de carácter moral, psicológico, económico, el cual se hacía del conocimiento primero al magistrado y después a un Juez quien sentenciaba.

Por lo que, puede distinguirse las diferencias entre la voluntaria y contenciosa: a) El magistrado podía intervenir en el teatro, su casa o cualquier otro lugar de su elección; b) la presencia de los lictores es necesaria en la forzosa e innecesaria en la voluntaria; c) el pretor puede actuar en la voluntaria fuera del territorio de su jurisdicción, lo cual está prohibido en la contenciosa.

¹⁵ Una comunicación dirigida al pueblo sobre las normas que debían cumplir para administrar justicia, fijadas en tablas blancas (*álbum*), promulgado al comienzo del año que duraba en sus funciones. *Ibidem*, p, 23.

¹⁶*Ibidem*, p. 2.

Otra clase de jurisdicción es la *plena* o *minus plena*, donde se distinguían por razones del lugar donde se aplicaba el derecho, por ejemplo, en la plena, el magistrado tenía el *ius iudicandi*, derecho de pronunciar sentencia personalmente o delegando su atribución; en cambio, en la menos plena, estaba destinada a los magistrados inferiores, provinciales o municipales, y sólo imponían castigos ligeros a los esclavos.

También, se hablaba de una jurisdicción *ordinaria* o *extraordinaria*, en la inicial, el magistrado se limitaba a orientar el debate, pero no dicta resolución, *a contrario sensu*, en la extraordinaria, el magistrado en lugar de mandar a las partes frente a un Juez, él mismo dicta sentencia en el negocio en principal.

Sin perjuicio de lo anterior, existió otra clase de jurisdicción, *retenida* o *delegada*, donde los actos de jurisdicción voluntaria son indelegables, y las cuestiones penales. Además, los pretores acostumbraban por decoro personal, abstenerse de conocer en determinados asuntos, por razones de interés, odio o amistad, con alguna de las partes.

Finalmente, algunos distinguían otra categoría de jurisdicción, en *propia* o *prorrogada*, cuando se ejercía dentro de la competencia territorial o prorrogada, en los supuestos que las partes acordaran someterse a un juez distinto del lugar del demandado.¹⁷

Luego de analizar la jurisdicción, explicitemos la competencia, diferenciadas en materia, territorio, y cuantía. Referente a la materia, se diferenciaban en la *actio publicae*, de carácter penal o criminal perseguible por todo ciudadano; y *la actio privatae*, podía ejercitarlo el titular del derecho. En tal supuesto, el magistrado decidía en su jurisdicción territorial, cuya demarcación era política; sin embargo, el emperador comprendía todo el territorio.

Relativo a la competencia por razón del lugar donde deba ser introducida la demanda, rige el principio de que el actor debe hacerla en el lugar del demandado. Aunque existían un domicilio general para todos los ciudadanos romanos, es decir, la

¹⁷ *Ibidem*, p. 5.

Ciudad de Roma, y un domicilio particular, que es el principal asiento de sus intereses, aunque otras, podían ser demandadas en su lugar de origen.

En cuanto a la cuantía, los magistrados podían conocer de todos los asuntos, por mínimo o máximo que fuera el valor o la cantidad de la cosa discutida, pero los magistrados inferiores no podían decidir sino hasta determina suma que oscilaba entre 300 sólidos o 15, 000 sestercios.

Ahora bien, luego de analizar la estructura jurisdiccional, tendremos que estudiar a la *actio* el cual tiene diversa connotación a lo largo de la historia de Roma: a) No es otra cosa que el derecho a perseguir en juicio lo que a uno le es debido; b) No comprende la excepción; c) Comprende la persecución de una cosa.

El tratadista Rudolph Sohm, refiere que la acción era ejercitar un derecho lícito en protección de la prerrogativa que tiene cada ciudadano.¹⁸

Desde mi perspectiva definir la acción en una sola idea o categoría sería incomprendible dado que durante la etapa de la monarquía, república e imperio, se fue definiendo de diversa manera; sin embargo, debe destacarse lo siguiente:

[...] *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet; nam aequissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat, et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur [...]*¹⁹

¹⁸Sohm Rudolf, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, México, TSJDF-Ilustre y Nacional Colegio de Abogados A.C., 2006, p, 359.

¹⁹ El que pretenda poner demanda, debe exhibir su acción; porque es muy justo que la manifieste el que pide, para que por ella conozca al reo, si debe ceder o litigar; y si juzga que ha de litigar, venga instruido para defenderse, vista la acción con que es reconvenido. *Cfr., El digesto del Emperador Justiniano*, México, TSJDF, 2007, t. 1, p. 95.

Por ello, el proceso civil romano, en los primeros tiempos, el interesado solía hacerse justicia por sí mismo, como una especie de justicia privada. Pero en años posteriores la mayoría de los juristas distinguen tres etapas fundamentales: *acciones de la ley*, *sistema formulario*, y *sistema extraordinario*.²⁰

1.4.1 *Legis actiones*

Las acciones de la Ley, eran formas solemnes de actuar, integradas por pantomimas y palabras determinadas con rigurosa precisión, que el error más sencillo, el menor cambio en las palabras consagradas podía entrañar la pérdida del proceso. Había cinco acciones: el *sacramentum*, la *judicis postulatio*, la *condictio*, la *manus injectio* y la *pignoris capio*.

El *sacramentum*, consistía en una especie de apuesta frente al magistrado con ademanes y palabras sacramentales, a consecuencia de la cual cada uno de los litigantes depositaba en manos del pontífice una suma que se llamaba *sacramentum*, porque se perdía por el que sucumbía en el proceso, empleándose en servicio del culto. Se aplicaba a la realización de un derecho real (*in rem*), enteramente como en la demanda relativa a una obligación (*in personam*), y no eran las mismas ceremonias en ambos casos. Cumplidas las formalidades del sacramento, las partes pedían un juez, que el magistrado les otorgaba solo después de un plazo de treinta días. Cuando se trataba de una cuestión de propiedad, antes de instituir el juez o el jurado, decidía el magistrado a que litigante correspondía la posesión provisional del objeto litigioso: el que obtenía esta posesión, debía garantizar a su adversario la restitución del objeto y de los frutos en el caso en que éste ganara el pleito.²¹

²⁰Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, p.140.

²¹ Un ejemplo, de tales actos formales, es el siguiente: “Si al estipular el esclavo Estico, yo pienso en uno (Estico) y tú en otro (Pánfilo) (¿es válida la estipulación?)”. Paulo, 72 ed. D.45.1.83.1. *Cfr.*, *El digesto del Emperador Justiniano*, México, TSJDF, 2007, t. 1, p. 411.

En relación a la *judicis postulatio*, era peligrosa pues se exponía a perder la cantidad apostada, además los poderes del Juez eran muy limitados, porque sólo podía declarar el *sacramentum*, es decir, hacer ganar o perder cada parte por el todo. La demanda era admitida o rechazada, sin que el Juez pudiera cambiar nada, está se utilizó en obligaciones de dar.

La *condictio*, comenzaba por la *in jus vocatio* o *citación a juicio*, es decir, que el demandante llamaba en términos consagrados, y si era preciso llevaba a su adversario ante el magistrado, donde exponía solemnemente su demanda, y llenaba, como el demandado, las formalidades especiales, ya del *sacramentum*, en casos excepcionales, de la simple *judicis postulatio*. Después el magistrado emplazaba a las partes para comparecer de nuevo a su presencia, treinta días más tarde, para nombrar juez: las partes se comprometían recíprocamente a no faltar en el día indicado. Para evitar esta primera comparecencia ante el magistrado, así como las formalidades que a ella seguían, se autorizó al demandante para denunciar extrajudicialmente al demandado el objeto de su reclamación, requiriéndole a fin de que se presentara el día treinta ante el magistrado para recibir un juez. Esta denuncia se hacía sin duda en términos solemnes; era seguida probablemente de garantías mutuas que se daban las partes para comparecer el día indicado.

En la *manus injectio* y *pignoris capio* eran medios de ejecución, la primera sobre la persona y la segunda sobre los bienes del deudor. La *manus injectio* se había primitivamente establecido como vía ordinaria de ejecución forzosa de la sentencia, extendiéndose después a casos, en los cuales se autorizó a los acreedores a proceder como si hubiese habido juicio. Tenía por objeto constituir al deudor en una especie de esclavitud que duraba hasta que la deuda era pagada.

La *pignoris capio*, que consistía en el embargo real de una cosa perteneciente al deudor, hecho por autoridad privada, con ciertas solemnidades de ademanes y

palabras, no tenía lugar sino en un pequeño número de casos determinados, el deudor no podía entonces recobrar la cosa tomada en prenda, sino pagando al acreedor.²²

De las anteriores acciones, podemos decir que tenían las siguientes características: a) las tres primeras estaban destinadas durante el proceso romano, las segundas, se aplicaban en ejecución de sentencia; b) los ritos de cada acción se realizaban *in ure* delante del magistrado, las partes pronunciaban determinadas palabras solemnes; c) sólo podían proceder a los ritos de las acciones de la ley durante los días fastos; sin embargo, la *pignoris capio*, podía ejecutarse en día nefasto y fuera de la presencia del magistrado; d) fue reservado a los ciudadanos romanos, siendo cierto que en su origen podían usarlo los peregrinos; e) nadie puede en asuntos de justicia figurar por otro, pues se requería la presencia de las partes, es decir, no estaban representadas por ningún ciudadano o peregrino, pues se comprometía la obligación de las partes; y f) el objeto de la pena es pecuniario, aun en las acciones reales, como la reivindicación, cuando el demandado que ha perdido el proceso, rehusaba devolver la cosa litigiosa, el demandante sólo obtenía una indemnización en dinero.

Sentado lo anterior, se procede a responder a las siguientes interrogantes: ¿Qué personas están sujetas a interdicción? ¿Cómo operaba el proceso de la interdicción? ¿Qué medidas se tomaban para proteger a la persona y bienes del interdicto?

En la época monárquica y republicana, los sujetos a interdicción eran básicamente: *los furiosi y los pródigos*, donde se les designaba un curador para proteger su persona y sus bienes; de ahí que la institución que contemplaba a tales personas, era la curatela, entendida como una carga publica establecida para proteger a las personas que no pueden hacerlo por sí mismas, aunque cuenten con la mayoría de edad.²³

²²Cfr., Adame Goddard, Jorge, *Curso de derecho romano clásico I*, México, 2009, pp. 54-56, publicación electrónica en http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/.

²³Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.*, p. 219

Por lo que, ahora corresponde poner un ejemplo y el procedimiento a seguir en esta etapa: “Marco Coponio, tenía una enorme fortuna, al morir dejó una tienda de productos de trigo, y la cantidad de 50, 000 sestercios, sus dos hijos Cayo y Ticio se encargaban del negocio, el primero se dedicó al comercio y el segundo, se la pasaba siempre en “lugares de perversión”, transcurridos 10 meses después de la muerte de Marco Coponio, Cayo tenía adquirió otra tienda de trigo y Ticio quien administraba los 50, 000 sestercios, únicamente le quedaban 25, 000 ¿Qué podía hacer Cayo para que su hermano Ticio no perdiera más dinero de los bienes del difunto?”

La respuesta es muy sencilla, Cayo tenía que declarar en estado de interdicción a Ticio, nombrando un curador en las condiciones aun previstas en la Ley de las XII tablas, es decir, se nombraba al agnado más próximo, pero como no tenía ascendientes, debería ser Cayo el que cuidara de su hermano Ticio.

Así, Cayo acude de acuerdo a su jurisdicción ante la presencia del magistrado o pretor, en la vía voluntaria, mediante la *in ius vocatio*, operaba con una sencillez totalmente primitiva. Es el mismo demandante quien ordena por citación a Ticio para que compareciera ante el pretor. Ticio al ser notificado debía acudir frente al magistrado y garantizar por una *vindex*-caución-, que comparecerá en todo momento a la instancia, y en caso contrario, podía Cayo nombrar testigos para que obligaran a Ticio para acudir.

Llegadas las partes frente al magistrado y después de haber expuesto el asunto, tienen que cumplir el rito de la acción de la ley que se aplicaba al proceso. Todo el procedimiento se hacía oralmente, para comprobar el cumplimiento, las partes, antes de salir del auditorio, tomaban por testigos las personas presentes. En este momento, se fijaba la *litis contestatio*, y el magistrado podía mandar a las partes a un Juez que designarán los mismos para que emitiera la sentencia; sin embargo, en materia de

interdicción, el magistrado por virtud de su *imperium* decretaba a Ticio como incapacitado por la ley, y nombraba como curador a su hermano Cayo.²⁴

Por tal razón, la prodigalidad no es una causa natural de incapacidad como la locura, pues para hacer al pródigo incapacitado es necesaria una decisión, creando una incapacidad legal y fijando su extensión

1.4.3 Sistema formulario.

Fue un procedimiento ordinario (*ordo iudiciorum*), inicio durante el imperio o llamada época clásica del derecho romano, es impuesto por la Ley Aebutia, cuya promulgación se sitúa en la segunda mitad del siglo II a.c., (duró hasta el siglo III d.c.), de tal suerte que, en esta etapa, surgen dos instancias, la primera denominada *in iure, frente al magistrado e in iudicio –apudiudicium-, ante el Juez, árbitro o jurado*.

Una de las características de las acciones de la ley y el procedimiento formulario, no era precisamente el remitir el negocio a un juez o jurado, sino en que las partes no tienen ademanes solemnes, ni estaban obligadas a ello.

Para acudir ante el magistrado era indispensable, en primer lugar, tener la acción, el demandante acudía previamente al colegio de los pontífices para obtener la acción o al pretor para obtener la fórmula. La reclamación judicial podía tener uno de dos objetos: ejecutar lo que ya había sido juzgado o confesado judicialmente, equivalente a lo que

²⁴ Existen criterios dispersos en este sentido, pues algunos opinaban que Cayo debía agotar las dos instancias: *in iure e in iudicio*, pero por cuestiones de la naturaleza del asunto, al tratarse de jurisdicción voluntaria, los magistrados o pretores, urbano o peregrino, mediante su decreto nombraban curador.

en derecho procesal moderno se llama proceso ejecutivo o ejecución de sentencia; o el reconocimiento de un derecho mediante la acción intentada.²⁵

La fórmula llegó a ser, el acto importante del procedimiento, pues es verdaderamente la clave del derecho romano; a este sistema de procedimiento se refieren los escritos de los jurisconsultos clásicos que sirvieron para componer el Digesto y las Instituciones.

El procedimiento comenzaba, como anteriormente, por la *in jus vocatio*, es decir, por la citación hecha por el demandante al demandado de seguirle ante el magistrado que ejercía jurisdicción, esto es, el pretor en Roma, y el presidente en las provincias. Si el demandado no quiere, el demandante puede también compelerle por la fuerza. El empleo directo de la fuerza, aunque siempre reconocido por la ley, resultaba, por otra parte, inútil, después que el pretor estableció una multa y una acción *in factum o de hecho* contra el que, citado *in jus*, rehusaba seguir a su adversario. En fin, el demandado podía dispensarse momentáneamente de comparecer delante del magistrado, dando caución de presentarse en el día convenido. Llamando a su adversario *in jus*, el demandante no estaba obligado para hacerle conocer el objeto su solicitud antes de haber comparecido en presencia del magistrado. Mas el uso de denunciar al demandado la naturaleza y el objeto de la demanda (*litis denunciatio*), y de comprometerse mutuamente a constituirse en día fijo, era cada vez más frecuente, hasta que se generalizó, y la citación por simple denuncia parece haber reemplazado, en tiempo de Marco Aurelio, a la antigua *in jus vocatio*.²⁶

Una vez citadas las partes en presencia del magistrado, el demandante explicaba el objeto de su demanda, y designaba a su adversario la fórmula de acción de que quería servirse, y que pedía al magistrado *postulatio actionis*. El demandado no podía oponerse a la concesión de la acción por motivos deducidos del hecho, porque la

²⁵Floris Margadant, Guillermo, *op. cit.* p. 152.

²⁶*Ibidem*, pp. 626-627.

cuestión debatida ante el magistrado no consistía en saber si las alegaciones del demandante eran verdaderas o falsas, sino solo sí, suponiéndolas verdaderas, eran de tal naturaleza que podían ocasionar la condena reclamada por el demandante.

El demandado, pues, solo podía sostener que, en derecho, la acción pedida no era admisible. Si la admisión de la acción no podía negarse o si había sido declarada por el pretor, el demandado podía pedir también que se insertasen en la fórmula las excepciones que los hechos de la causa podían presentar. El pretor rechazaba la acción o la excepción propuestas cuando no se fundaban en derecho.

La confesión equivalía a una sentencia, el pretor autorizaba las mismas vías de ejecución que hubiese autorizado al haberse pronunciado sentencia.

Declarada la acción admisible y fijado el punto de derecho, cuando no se trataba de comprobar las alegaciones contradictorias de las partes, se pasaba al nombramiento de juez o jurado. Después, el magistrado redactaba la fórmula, que instituyendo el juez, determinaba los puntos que había de aclarar y la extensión de los poderes que se le confieren.

Se distinguían cuatro clases de fórmulas: *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* y *adjudicatio*. La *demonstratio*²⁷ es la parte de una fórmula que indica el hecho acerca del

²⁷ En materia de pruebas, únicamente eran admisibles los testimonios, que eran declaraciones de personas que les constaban determinados hechos y por lo general acudían voluntariamente a dar su testimonio pues no están obligados a declarar, salvo cuando intervienen en un acto solemne, como por ejemplo en un testamento; y los documentos o *instrumenta*, como el documento más antiguo es el que se redacta sobre unas tablillas cubiertas de cera. También solían presentarse como pruebas las cartas privadas y los libros de cuentas, especialmente los bancarios. Los principios que regían a tales medios eran: “a) El juez solo considera las pruebas que le presentan las partes, de modo que no puede él, por su propia iniciativa allegarse otras. Esta regla sobre la admisión de las pruebas que limita el arbitrio del juez se llama «principio dispositivo» y fue la que regía en el procedimiento ordinario. Posteriormente, en el procedimiento *cognitorio* regirá otra regla, el «principio inquisitivo», conforme al cual el juez puede

cual versa el litigio²⁸. La *intentio* es la parte de la fórmula que enuncia la pretensión del demandante, el punto donde el juez deberá buscar el fundamento de la demanda. La *condemnatio* es la parte de la fórmula que daba al juez el derecho de condenar o absolver al demandado. La *adjudicatio* es la parte de la fórmula que concedía al juez el poder de adjudicar, es decir, de transferir la propiedad de la cosa en litigio a las partes que mejor le parezca. La adjudicación solo se vinculaba en las acciones *familiae erciscundae* (división de una herencia).²⁹

Entregada la fórmula al Juez,³⁰ transcurrían las etapas anteriores, hasta pronunciarse la sentencia, donde la misión del juez había concluido. Para la ejecución era preciso volver ante el magistrado, ya se quisiera proceder por la *manus injectio*, ya se quisiera conseguir la posesión de los bienes del condenado.

Entonces, debe recordarse que las cuatro partes de la fórmula no necesariamente estaban juntas, sino únicamente en las tres acciones divisorias, porque, como acabamos de decir, solo en ellas había adjudicación.

Ordinariamente, la fórmula contenía la demostración, la intención y la condenación. En algunos casos, la fórmula consistía solamente en una *intentio*, y entonces tomaba el nombre de acción perjudicial, la misión del juez se limitaba, en tal caso, a resolver la cuestión propuesta en la *intentio*, sin pronunciar ni condena, ni adjudicación. En gran número de acciones, la fórmula se componía solo de la *intentio* y de la *condemnatio*. Así sucedía en la acción *in rem*, derechos reales, y aun en la acción *in personam*, personales, cuando ésta tenía por objeto una cosa, o, por lo menos, una suma cierta.

inquirir otras pruebas además de las que las partes le ofrezcan.” Adame Goddard, Jorge, *Op.cit.*, p. 79.

²⁹*Ibidem*, p. 631-632.

³⁰ En este período designado por las partes, muchas veces también árbitros los cuales no requerían conocimientos especiales sobre la materia que iban a sentenciar.

Bajo este contexto, el proceso de interdicción de una persona seguía todas las etapas anteriores, verbigracia, “Un padre (Julio) instituyó como único heredero a un hijo (Cicerón) de 25 años³¹, quien para la mayoría de sus familiares consanguíneos era un *mente capti*, y dispuso que si éste no recobrará la lucidez, todos sus bienes los transmitiría a su cónyuge Atia. El testador no designo curador ni tutor, y el hijo celebraba contratos de mutuo, compraventa con Estico y cualquier otra persona. La cónyuge Atia pidió al pretor la posesión de bienes hereditarios, alegando que Cicerón estaba loco”.

Atia debía comparecer ante el pretor para demandar o solicitar en la vía de jurisdicción voluntaria o proceso sumario que su hijo Cicerón fuera declarado incapaz e interdicto; el magistrado una vez presentado el escrito, mandaba citar a Juicio a Cicerón, quién al comparecer a Juicio, podía oponer una excepción, en el caso en concreto, de que si estaba en pleno uso de sus facultades, pero tenía que forzosamente dar una *cautio*, para obligarse a seguir todas las etapas procesales.

El magistrado previo a estudiar las cuestiones de la acción, como parte de la intentio, dictaba medidas provisionales, precautorias o prejudiciales, donde aseguraba los bienes del incapaz, nombrando a un tutor o curador provisional, luego, revisaba que tipo de acción pedía Atia, y creaba la fórmula, es decir, que pretendía demostrar, cuáles eran los elementos probatorios de la demandante, para estar en posibilidad de evidenciar en la locura que padecía Cicerón, a finde llegar a obtener una sentencia favorable, donde se le otorgará la posesión de los bienes, y en su defecto, fuera nombrara curador o tutor del incapaz.

Una desventaja para Cicerón era que en este período los colegios de expertos en psiquiatría o médicos que diagnosticarán su estado mental no contenían una metodología adecuada; por lo que, el pretor ordenaba que fijada la acción, se pasaban

³¹ Excluyó a sus hijos, Seyo (14 años), Gayo (16 años), Justiniano (26 años) y Julia (15 años). Debiendo precisarse que en vía de varones ya no existían ascendientes del testador.

las constancias al Juez, quién debía seguir detenidamente cada peldaño de la fórmula. Así pues, el Juez o árbitro, estudiaba la *intentio*, *demonstratio*, *condemnatio* y *adjudicatio*, para estar en posibilidad de nombrar tutor, curador, para la guarda del incapaz en su persona y la administración de sus bienes. En el caso de Atia, era difícil que obtuviera sentencia a su favor, toda vez que por disposición desde la ley de las XII tablas, si el testador no designa tutor o curador, el agnado más próximo detentaba su guarda; por lo que, si Cicerón tenía más hermanos, y en caso de que fuera declarado *mente capti*, su hermano Justiniano por ser el más grande de su familia, se le concedía la curatela de Cicerón.

Así también, a guisa de síntesis puede decirse que la sentencia del Juez o árbitro declarando la incapacidad de Cicerón ponía conclusión al procedimiento *in iudicio*, y en caso de que, Atia no hiciera caso a la resolución, podía acudir nuevamente al magistrado para la ejecución de la sentencia, quien tenía el *imperium*; de ahí que, los efectos de la sentencia eran: a) extingue de pleno derecho la obligación contraída mediante la *litis contestatio*; b) en caso de condena crea una nueva obligación a cargo del demandado; c) existirá cosa juzgada.

Pero, ahí no concluía el procedimiento, pues a finales de la República, la sentencia era *res iudicata*, y las partes no podían atacarla para obtener nueva sentencia, aunque, excepcionalmente podía obtenerse, la *revocatio in duplum o in integrum restitutio*, pero en el bajo imperio, quedó abierto un recurso denominado *appellatio*, que permitía reformar la decisión del juez, se presentaba ante el magistrado superior, hasta llegar al emperador.³²

1.4.4 Sistema extraordinario

³²*Ibidem*, pp, 546-646.

El sistema surge a finales de la época clásica, multiplicándose en las provincias. La acción comenzaba por la *litis denuntatio*, las partes podían estar representadas por el *cognitor* o *procurador*.

El magistrado, es el que conoce la demanda del presunto incapaz, y podía ser dicha autoridad quien conociera en una sola instancia o podía enviarlo a un Juez para que decida por sí mismo el pleito, llamado con el nombre de *judicium extraordinarium*, *extraordinem cognitio*.³³

En tal consideración, una vez presentada la *denuntatio*, se manda a llamar a Juicio al presunto incapaz, fijándose la *litis contestatio*, y el pretor o magistrado mediante audiencia pública examinará las pretensiones del demandante y examinará cuidadosamente las pruebas que ofrecieron las partes, cobrando relevancia la prueba testifical; y después de desahogadas las pruebas emitía sentencia escrita, la cual leía en público y se transcribía en un registro.³⁴

Por todo lo anterior, el proceso de interdicción en Roma era de carácter eminentemente sumario, y aun no contenía instituciones protectoras del incapaz, pues únicamente se les nombraba curador pero nadie vigilaba su actuar, como en la actualidad lo hace el Ministerio Público, el Juez Familiar, los parientes más próximos, o como algunos países europeos, el Consejo de Familia, ello, para cuidar el patrimonio y persona del incapaz.

³³ Estos casos se multiplicaron y se vio con más frecuencia instruirse los negocios y juzgarse directamente en el *oficium* de los magistrados imperiales, sin el auxilio de un *judex*.

³⁴ Cfr., Lagrange, M. Eugenio, *op cit.*, pp. 564-567.

Capítulo 2. Europa

“Derecho natural y derecho positivo nos invitan hoy a ser considerados más bien como polos animadores de un único proceso de positivización jurídica, que combina la inevitable emisión de juicios de valor con su necesario contraste procedimental”³⁵

2.1. Generalidades

Luego de una gran evolución del derecho romano, en cuanto a sus instituciones procesales, a partir del siglo XII y debido al descubrimiento del gramático Irnerio, en la Universidad de Boloña, comienza a difundirse en los reinos de Europa Occidental por medios de los estudios universitarios, dando lugar a los glosadores³⁶, posglosadores o comentaristas³⁷, humanistas³⁸, racionalistas³⁹ y la ciencia pandectística alemana.⁴⁰

³⁵Ollero, Andrés, *Derechos Humanos, entre la moral y el derecho*, México, UNAM- IJ, 2007, p. 344.

³⁶ Seguían un método en hacer anotaciones o glosas al Digesto, tratando de explicar cada párrafo y relacionarlo con los demás, la cual duró aproximadamente dos siglos. *Cfr.*, Adame Goddard, Jorge, *Curso de derecho romano clásico I, México, publicación electrónica en http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/. 2009. p. 19.*

³⁷ Era una escuela basada en que sus intérpretes realizaban comentarios y daban opiniones jurídicas con el objeto de aplicar el derecho civil a la solución de los problemas de su tiempo, el jurista más importante era Bártolo de Saxosferrato. *Ibidem*, p. 18.

³⁸ Con el renacimiento y principalmente en Francia, se dio una nueva forma de estudiar, el método francés, estimando al *Corpus* no como derecho vigente, sino como fuentes o testimonios antiguos del derecho romano, aun con valor propio. *Ibidem*, p. 20.

³⁹ Debido al Humanismo, se desarrolló en los siglos XVII y XVIII, el denominado racionalismo, y sus representantes: Hugo Grocio, Samuel Pufendorf (Alemania), Juan Domat y Roberto José Pothier (Francia), sostenían que el *Corpus* como la razón jurídica escrita, partía de principios y reglas jurídicas de valor permanente, integrados

En materia procesal, Francia tuvo el éxito de la historia en Europa pues se considera como relevante la necesidad de citar el Código de Procedimiento Civil francés de 1806, el cual entró en vigencia en 1807, mismo que fue conservador, y mantenía algunos elementos de la Ordenanza Real del procedimiento civil de Colbert del año de 1667, promulgada bajo el Imperio de Luis XIV⁴¹.

En este sentido, se formó el derecho común, basado en la interpretación del *Corpus Iuris Civilis*, como base fundamental de los pueblos europeos y, específicamente, la escuela racionalista creó los códigos civiles, cuyo contenido era esencialmente romanístico, publicados en los siglos XVIII y principios del Siglo XIX, siendo el más influyente el Código Civil francés, denominado Código de Napoleón, publicado en 1804⁴².

Más tarde, fue importante en los demás pueblos; verbigracia, en Alemania, era objeto de una revisión exhaustiva de carácter científico, que dio origen en el siglo XIX, al derecho de pandectas. Los principales precursores fueron F.C. Savigny y B. Windscheid. De tal ciencia derivó en 1879, las leyes del Imperio integradas por Código Procesal Civil (Civilprozessordnung) y Código Procesal Penal. Asimismo, el Código Civil Alemán (conocido como BGB), fue promulgado en 1896, en vigor en el año de 1900.⁴³

en un sistema conceptual, basado en axiomas vía proceso de deducción silogística, donde se originaban las reglas jurídicas de un caso concreto. *Idem*.

⁴⁰ Adame Goddard, Jorge, *Ibidem*, p. 17.

⁴¹ Van Rhee C.H. Remco, "Tradiciones Europeas en el procedimiento civil: una introducción" *Revista de Estudios de Justicia*, Chile, Año 2011, núm. 15., p. 19.

⁴² *Cfr.*, Halpérin, Jean Louis, *El Código civil francés, 2ª Ed.*, Trad., Gustavo Cajica Lozada, CAJICA, 2009, p. 4.

⁴³ *Cfr.*, René David, *et al*, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 1ª reimp, 10ª Ed., Trad., Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, CM, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010, pp. 27-49.

2. Alemania⁴⁴

2.1. Capacidad jurídica

En el Código Civil Alemán (BGB), en sus primeros artículos 1 y 2, alude que la capacidad jurídica de las personas comienza con la finalización del nacimiento, pues la mayoría de edad se produce después de los dieciocho años;⁴⁵ de ahí que, en general podría distinguirse entre capacidad de goce, como la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones; y capacidad de ejercicio, como aquella aptitud para ejercitar tales prerrogativas y obligaciones.

2.2. Tutela.

La tutela surge cuando el hijo “no se encuentre bajo el cuidado paterno o cuando sus padres no estén facultados para su representación respecto del cuidado personal ni para la administración patrimonial”, o cuando el menor no pueda determinarse su estado familiar, lo cual implica que no se encuentre sujeto a patria potestad, para poder ser representado en su persona y bienes.⁴⁶ Los tutores tendrán capacidad jurídica, y

⁴⁴ En 1992 abrogó su Ley de Tutela. “Actualmente ha establecido que las personas con discapacidad (emocional o física) tienen el absoluto derecho respecto de sus habilidades para desarrollar sus vidas de acuerdo con sus opiniones. Un procurador puede manejar sus acciones completa o parcialmente debido a una enfermedad psicológica, física o mental, o discapacidad intelectual. Este procurador estará limitado a lo que sea considerado necesario. El modelo de procurador alemán es distinto del modelo del tutor ya que el primero no priva a la persona con discapacidad de la capacidad legal, es decir, la persona con discapacidad aún tiene la capacidad de actuar en todas las cuestiones, [...] Las facultades del procurador se limitan a los casos en que no hay declaraciones personales tales como el matrimonio de la persona con discapacidad. *Cfr.*, González Ramos, Alonso Karim, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, México, CNDH, 2010, pp. 102-103.

⁴⁵ *Cfr.*, Eiranova Encinas, Emilio, “Código Civil Alemán, comentado”, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 23.

⁴⁶ El artículo 1791, prevé que el tutor recibirá una carta de tutoría, que contendrá: apellido y hora del nacimiento del pupilo, apellidos del tutor, protutor y de los cotutores y, en su caso, la naturaleza de la tutoría compartida. *Cfr.*, Eiranova Encinas, Emilio, *op. cit.*, p. 514.

podrán fungir con tal carácter una institución o centro de asistencia a la juventud del Land en cuestión. Tal institución ejercerá la tutela a través de uno o varios de sus miembros o colaboradores.

En tal sentido, el encargado de vigilar los actos del tutor será el Tribunal tutelar, quién podrá designar un cotutor o un protutor.⁴⁷

El tutor tendrá las siguientes funciones: a) derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del pupilo⁴⁸, y b) representarlo; sin embargo, tal representación no incluye los siguientes supuestos: a) negocios jurídicos de éste con su cónyuge o con uno de sus parientes en línea recta, salvo que el negocio jurídico sólo se constituyan para el cumplimiento de una obligación; b) negocios jurídicos que tengan por objeto o constituya una obligación del pupilo respecto a la transmisión o recargo de un crédito del pupilo contra el tutor, garantizada mediante derecho prendario, hipoteca, o fianza; c) en caso de un litigio entre las personas mencionadas en los incisos a y b.

Bajo estas ideas, el artículo 1840 del Código en estudio, dispone que el tutor deberá rendir cuentas de su administración en los siguientes términos: a) informar al Tribunal tutelar sobre la situación personal del pupilo al menos una vez al año; b) rendir cuentas al sobre la administración patrimonial; c) la rendición de cuentas será anualmente; y d) Si la administración confiere cantidades menores, el Tribunal tutelar

⁴⁷ El protutor deberá ser nombrado cuando exista una administración patrimonial ligada a la tutela, salvo que dicha administración no sea relevante o que la tutela sea ejercida por varios tutores en común. Sus funciones se sintetizan en: a) vigilar que el tutor ejerza su función correctamente; b) informar inmediatamente al Tribunal tutelar de los incumplimientos del tutor y sobre cualquier supuesto en el que deba interferir el Tribunal, especialmente los casos de muerte del tutor, o el surgimiento de otras circunstancias que determinen la finalización de su cargo o la necesidad de su destitución; b) proporcionarle información acerca del ejercicio de la tutela y asegurar la inspección de los documentos referentes a la misma; y c) asistencia social y vigilancia por parte del Tribunal tutelar. *Ibidem*, p. 515.

⁴⁸ El artículo 1794, establece que los derechos y obligaciones del tutor respecto del cuidado de la persona y del patrimonio del pupilo no alcanzan a los asuntos de éste para los que haya sido nombrado un curador. *Ibidem*, p. 516.

podrá ordenar que la rendición de cuentas se realice en períodos más largos, de tres en tres años.

2.3.- Asistencia.

La *asistencia*, procede: a) en caso de que un mayor de edad no pueda valerse por sí mismo, bien en parte, bien en absoluto, por consecuencia de una enfermedad psíquica o de un impedimento corporal, espiritual o psíquico, el Tribunal tutelar le nombrará, a petición suya o de oficio, un asistente⁴⁹; b) el asistente sólo será nombrado para el ámbito de las funciones imprescindibles. La asistencia no será necesaria en tanto que los asuntos del mayor de edad puedan ser administrados por apoderados u otras personas sin representantes legales de forma igual que por un asistente; c) como ámbito funcional del asistente podrá considerarse asimismo el ejercicio de derechos del asistido contra sus apoderados; c) La decisión sobre la correspondencia del asistido y la recepción, apertura y guarda de la misma sólo se entenderán incluidos en el ámbito funcional del asistente cuando el Tribunal así le determine expresamente.⁵⁰

El asistente es una persona física que resulte idónea para el cuidado de los asuntos comprendidos por decisión judicial en el ámbito funcional de éste, a fin de asistir al necesitado de forma personal en la medida en que resulta oportuno, en caso de que el mayor de edad proponga a una persona que pueda ser nombrada asistente se atenderá a esta propuesta, siempre que no resulte contraria a los intereses del mayor. Si éste propusiera que no debe nombrarse a una determinada persona como su asistente, ello será tomado en cuenta.

En caso de que el mayor de edad no propusiera a persona alguna que pudiera ser nombrada tutor se tomarán en cuenta en la selección del asistente las relaciones de parentesco y demás relaciones personales del mayor, especialmente las relaciones con sus padres, hijos y cónyuge, y los posibles conflictos de intereses.

⁴⁹ La petición podrá ser presentada por el mismo incapaz para obrar. En la medida en que el mayor de edad resulte impedido para valerse por sí mismo a causa de un impedimento físico, el asistente sólo podrá ser nombrado a petición suya, salvo que no sea capaz de expresar su voluntad.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 529.

En esta temática, podrían designarse varios asistentes, nombrados por el Tribunal tutelar, los cuáles responden solidariamente de los asuntos mayores.

Los deberes del asistente, serán: a) Administrar los asuntos en aras del bienestar de éste⁵¹; a) atender los deseos del asistido en cuanto que no resulten contrarios a su bienestar; c) procurar emplear los medios posibles para eliminar o mejorar la enfermedad o impedimento del asistido, o bien evitar su empeoramiento o atenuar sus consecuencias; d) representación del asistido dentro y fuera del juicio.⁵² Además, cuando el asistente no cumpla con alguna de las facultades referidas, podrá solicitarse su destitución, y el Tribunal tutelar emitirá una determinación al respecto.

2.4.- Curatela

Es una institución que surge de forma complementaria a la tutela, para los asuntos que resulten impedidos los padres o el tutor. Además, en caso de resultar necesaria una curatela, deberá ser inmediatamente comunicado al Tribunal tutelar por los padres o el tutor.

En tal sentido, el artículo 1911 del Código Civil Alemán, establece que al mayor de edad ausente, cuya residencia se desconozca, se le asignará un curador para sus asuntos patrimoniales, en la medida en que necesiten ser administrados. Asimismo, se asignará un curador al mayor ausente especialmente cuando haya recibido asistencia a través del otorgamiento de un mandato o un poder, que, a causa de las circunstancias surgidas, deban ser revocados⁵³.

También se nombrará curador, al concebido cuando se suponga que el hijo nacerá fuera del matrimonio, para la salvaguarda de sus futuros derechos si éstos necesitan de asistencia.

⁵¹ El bienestar del mayor comprende asimismo la posibilidad de que su vida transcurra, dentro de sus capacidades, según sus propios deseos y aspiraciones.

⁵² *Ibidem.*, 531.

⁵³ Lo mismo será de aplicación respecto de un ausente cuya residencia se conozca, pero sea incapaz en orden a la devolución y cuidado de su patrimonio. *Ibidem.*, p. 536.

Además, si no se sabe o no se conoce a la persona que es parte de un determinado asunto se le podrá nombrar un curador respecto de dicho negocio jurídico en la medida en que precise administración, en el entendido de que serán de aplicación para la curatela las disposiciones referentes a la tutela salvo que del texto de la ley se desprenda otra cosa.

Así las cosas, la curatela terminará: a) respecto de una persona bajo cuidado paterno o bajo tutela termina al finalizar uno de los dos anteriores; b) la curatela de un concebido aún no nacido termina con el nacimiento del niño; c) la curatela para la administración de un único asunto terminará cuando éste se haya llevado a cabo.⁵⁴

2.5. Procedimiento⁵⁵

Las reglas que regulan el procedimiento de interdicción o mejor conocido como proceso de alojamiento o cuidado, no están contempladas en el Código Procesal Alemán, pues el artículo 621 dispone que para las causas familiares, deberá regirse por las normas de la Ley de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria (Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit)⁵⁶, la cual actualmente es denominada Ley de Procedimiento en Materia Familiar y de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, en

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 537.

⁵⁵ El poder judicial, es ejercido por jueces distribuidos entre el Estado federal y los Estados que integran la República Federal Alemana (GG). Existe también ejercicio de función administrativa para la organización y funcionamiento de los tribunales, que es desempeñada por la administración de justicia (Gerichtsverwaltung o Justizverwaltung) federal o estatal, según corresponda. La función judicial contempla tres instancias: a) juzgados (AG) o Tribunales del Estado (LG); b) Superiores Tribunales de los Estados (OLG) y c) el Supremo Tribunal Federal (BGH). El ejercicio concreto en un proceso de la función judicial corresponde a los jueces unipersonales, salas o senados que constituyen a cada uno de los tribunales. *Cfr.*, Pérez Ragone Álvaro *et al*, “Código Procesal Civil Alemán”, trad., Hanns Prutting y Sandra De Falco, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 36.

⁵⁶ Pérez Ragone, Álvaro J, et al, *Código Procesal Alemán (ZPO)*, Uruguay, Konrad-Adenauer, 2006, p. 319.

vigor desde el año 2009, modificada por la Ley de 20/04/2013, publicado en el Boletín Oficial I ⁵⁷

Los aspectos generales son los siguientes: a) Existen medidas provisionales o temporales para asegurar una condición existente o regular un momento; b) Son competentes: el Tribunal del Distrito en el que la persona tenga su residencia habitual; el Tribunal del Distrito donde surge la necesidad de la atención; y el Tribunal de Distrito de Schöneberg de Berlín, cuando la persona es el alemán; c) son partícipes del procedimiento: la persona en cuestión, el supervisor, cónyuge o pareja, sus padres, abuelos, hijos, hermanos, y una persona de su confianza, y el representante de la Tesorería del Estado, en la medida en que el interés de las arcas del Estado puede verse afectada por el resultado del procedimiento; y d) El nombramiento de un método conservador por los intereses de la persona en cuestión.⁵⁸

El proceso inicia con una solicitud al Tribunal de lugar de residencia del presunto incapaz, tal tribunal oír a la persona interesada antes de la designación de un supervisor o la colocación de un contrato con reserva.

Además, debe efectuar un consentimiento formal de pruebas mediante la obtención de una opinión sobre la necesidad de la medida. El experto debe ser un psiquiatra o médico con experiencia en el campo de la psiquiatría.

El experto deberá examinar a la persona interesada antes de la presentación del informe o de consulta personal, a fin de que cuando emita el dictamen puedan comprender las siguientes áreas: cuadro clínico de la enfermedad, incluyendo el desarrollo; investigaciones realizadas y la investigación que subyace a estos hallazgos; condición física y mental de la persona en cuestión; extensión y el alcance de las tareas; y la duración prevista de la medida.

⁵⁷ *Cfr.*, traducción de la codificación en comento del alemán al español, <http://dejure.org/gesetze/FamFG/337.html>.

⁵⁸ *Idem*.

El tribunal podrá, después de consultar a un experto, que la persona pueda observarse por un período determinado. Para lo cual, precisará el alojamiento que no podrá superar el plazo de seis semanas.⁵⁹

En este contexto, el Tribunal tendrá que dar la fórmula de la decisión en el caso del nombramiento de un supervisor. Los efectos de la decisión son: el alcance, el contenido, o la existencia de la orden de un supervisor, la colocación de un contrato de reserva o consentimiento para la adopción de medidas provisionales entrarán en vigor después de la notificación al cuidador; Si la notificación del supervisor no es posible o inminente peligro, el tribunal puede ordenar la eficacia inmediata de la decisión; y el tutor *ad litem* será anunciado; el supervisor o tutor recibe un certificado de su nombramiento,

Las partes involucradas podrán interponer en contra de las decisiones de los Tribunales, el recurso de apelación está disponible a la autoridad competente en contra de las decisiones relativas al nombramiento del supervisor, *tutor ad litem* y certificados médicos.

3. Francia

En la conformación del régimen de la tutela y las reglas generales del Código Civil Francés de 1804, los redactores dieron muestras de eclecticismo, pues se basaron en diversas fuentes del derecho antiguo, haciendo que en la parte que nos ocupa, dan preeminencia al padre, quien durante el matrimonio es el administrador de los bienes propios de sus hijos menores, ya que con el fallecimiento del padre o madre, surge la tutela testamentaria, tutela legal, y a falta de ascendientes, considerando las dispensas o incapacidades, el tutor⁶⁰ es designado por un consejo de familia⁶¹.

2.3.1. Capacidad jurídica.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Daban prioridad a los hombres, excluyendo a las mujeres.

⁶¹ Halpérin, Jean Louis, *Op. Cit.*, p. 55.

La institución en estudio está ligada al estado de la persona, es decir, tiene relación con la personalidad, pero más aún sobre el estado civil, que “sirve para determinar la existencia de los derechos y, de las obligaciones que le incumben y su aptitud para ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones. Se expresa corrientemente esta distinción hablando del *goce y ejercicio de los derechos*. Esas expresiones adolecen de un doble defecto; no señalan claramente la antítesis, porque la palabra goce, en su sentido usual, designa más bien el uso que la existencia de un derecho; además, no despiertan sino la idea de derechos, cuando es preciso pensar también en las cargas y obligaciones”⁶².

Además, si la capacidad es la regla, la incapacidad como excepción tiene un doble sentido. Ordinariamente se aplica a personas que tienen todos sus derechos, pero no el libre ejercicio de los mismos: menores, interdictos. Pero tal connotación también designa a personas completamente privadas de ciertos derechos, como el derecho de suceder.⁶³

Por su parte, el especialista Laurent Francois, refiere que “la distinción de los derechos privados, en civiles y en naturales, está consagrada implícitamente por el Código Civil (art. 7 y 11). Del goce de los derechos civiles y del ejercicio de los derechos civiles. No deben confundirse las dos palabras. Conforme a los términos del artículo 8, todo francés goza de os derechos civiles; pero no todo francés los ejercita”⁶⁴.

En este orden, la legislación francesa distingue claramente la capacidad de goce y de ejercicio, pues alude que la primera podrán tenerlo todos los franceses que nazcan vivos y viables; sin embargo, la incapacidad surgiría en el momento en que dichas personas no puedan ejercer sus derechos y obligaciones debido a una enfermedad irreversible, idiotez, imbecilidad, entre otras causas.

⁶² Cfr., Planiol Marcelo y Jorge Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tomo I, México, TSJDF, 2003, p. 10.

⁶³ *Ibíd.*, p. 269.

⁶⁴ Cfr., Planiol Marcelo y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 467.

2.3.2. Tutela⁶⁵

Dicha institución está regulada por el Código Civil Francés, en el título X “De la minoría de edad, de la tutela y de la emancipación”, Capítulo II “De la tutela”, Sección I “De los casos en que procede la administración legal o la tutela”⁶⁶, del cual se advierte que la tutela⁶⁷ surge cuando los padres han fallecido o se encuentran privados del ejercicio de la patria potestad. También será aplicable cuando un infante no tenga padre ni madre.⁶⁸

El tutor puede ser designado por: testamento, declaración especial ante Notario, designación del ascendiente y el consejo de familia.

De tal suerte que, tiene relevancia en materia de tutela el consejo de familia, el cual se integra de cuatro a seis miembros, incluido el protutor⁶⁹. El Juez de tutelas designará la duración de la tutela y elegirá los miembros del consejo de familia entre los parientes por consanguinidad o afinidad de los padres del menor, justipreciando, la proximidad del grado, el lugar de residencia, la edad y aptitudes de los interesados.⁷⁰

⁶⁵ Había sido definido como: “Una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrar sus bienes”, *Cfr.*, Planiol Marcelo y Jorge Ripert, *op. cit.*, p. 416.

⁶⁶ En sus inicios este Código “[...] el tutor es el que toma a su cuidado la persona del menor y establece que, al entrar en ejercicio de la tutela que no sea la del padre o la madre, el consejo de familia determinará la suma a qué pueden elevarse los gastos del menor [...]”, *Cfr.*, Laurent Francois, *Principios de derecho civil francés*, tomo V, vol. II, México, TSJDF, 2008, p. 3.

⁶⁷ Es un cargo personal, de carácter público, no se transmite al cónyuge del tutor, ni a sus herederos, aunque si se involucra responde de forma solidaria.

⁶⁸ *Cfr.*, J. Francisco *et al*, *Código Civil francés/Code Civil*, trad., Álvaro Núñez Iglesias, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 291.

⁶⁹ Procedía únicamente cuando un menor Reside en Francia pero tiene bienes en las colonias, designado por el Consejo de Tutelas. *Ibidem*, p. 296.

⁷⁰ Aunque también podrían ser llamados para el consejo de familia, amigos, vecinos o cualquier otra persona interesada por el hijo. El consejo delibera cuando lo decide el Juez de tutelas, y en tal reunión cada uno podrá, hacerse representar por un pariente consanguíneo o afín de los padres del menor. *Ibidem*, p. 297

Con el nombramiento del tutor, también habrá un protutor, nombrado por el consejo de familia entre sus miembros. Sus funciones consistirán en vigilar la gestión tutelar y representar al infante cuando sus intereses estén en oposición con los del tutor.

En tal sentido, el consejo de familia, regula las condiciones generales del mantenimiento y educación del menor. El tutor procurará velar por la persona del menor, lo presentará en todos los actos civiles, administrará sus bienes como buen padre de familia y responderá de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión.

Por otra parte, dicha codificación civil, dispone en el Título XI “De la mayoría de edad y de los mayores que están protegidos por la Ley”, del cual evidentemente, la mayoría de edad se fija a los dieciocho años cumplidos y podrán ejercitar sus derechos y obligaciones; sin embargo, el mayor de edad que sufra de alteración de sus facultades personales lo imposibilita por sí sólo de sus intereses.

Puede estar también protegido el mayor de edad que, por su prodigalidad, su intemperancia o su ociosidad se expone a caer en la necesidad o compromete las obligaciones familiares.

Por tal razón, cuando las facultades mentales estuvieren alteradas por una enfermedad, una dolencia, un debilitamiento debido a la edad, alteración de facultades corporales, alteración de facultades mentales, los intereses de la persona serán subvenidos por los regímenes de protección.

En relación a los bienes del presunto enfermo mental, el poder de administrar permite únicamente los pactos de posesión en precario, y el Fiscal del lugar de tratamiento y el Juez de tutelas podrán visitar o hacer que se visite a los mayores de edad protegidos por la Ley.⁷¹

⁷¹ Puede ponerse bajo la salvaguarda de justicia al mayor de edad que necesite estar protegido en los actos de la vida civil. La salvaguarda de justicia tiene su origen en una declaración formulada por el Fiscal. *Ibidem*, p. 298

La tutela se abre cuando un mayor de edad, por una de las causas previstas en el numeral 490, necesite ser representado de una manera continua en los actos de la vida civil. La apertura será pronunciada por el Juez de tutelas a petición de la persona que haya que proteger, de su cónyuge, a menos que la convivencia conyugal haya cesado entre ellos, de sus ascendientes, de sus descendientes, de sus hermanos y hermanas, del curador así como del ministerio público; también podrá abrirse de oficio por el juez. Los otros parientes consanguíneos, y afines, los amigos sólo podrán dar al juez su opinión sobre la causa que justifica la apertura de la tutela. Lo mismo sucede con la del médico asistente y la del director del establecimiento. Las personas previstas en los dos apartados anteriores podrán, incluso si no han intervenido en el proceso, interponer un recurso ante el Tribunal de grande instancia contra la sentencia que haya abierto la tutela.

El juez sólo podrá pronunciar la apertura de una tutela si la alteración de las facultades mentales o físicas del enfermo hubiera sido constatada por un médico especialista seleccionado de una lista establecida por el Fiscal.

2.3.3. *Curatela*.⁷²

En los numerales 508 al 514 del Código Civil Francés, está regulada la curatela, donde se destaca:

- a) Surge cuando un mayor de edad, sin estar inhábil para actuar por sí mismo, tiene la necesidad de ser aconsejado o controlado en los actos de la vida civil;
- b) Los mayores de edad que por su prodigalidad, intemperancia u ociosidad comprometan las obligaciones familiares;

⁷² En el Código de 1804, se nombraba curador a un menor emancipado, cuyas funciones no eran representativas sino únicamente de asistencia y podía ser dativa o legal, en la primera intervenía el consejo de familia y la segunda, en caso de asistencia pública. *Cfr.*, Planiol Marcelo y Jorge Ripert, p. 588.

- c) Se abre y finaliza de la misma forma que la tutela;
- d) El único órgano de la curatela es el curador⁷³;
- e) Son aplicables al cargo de curador, las disposiciones relativas a los cargos tutelares;
- f) El mayor de edad sometido a curatela, no podrá efectuar ningún acto, sin la autorización del consejo de familia;
- g) En caso de que el mayor de edad no acepte el curador, el consejo de familia nombrará una autorización supletoria;
- h) En la apertura de la curatela o en resolución posterior, el Juzgador tras el dictamen del médico de cabecera, podrá enumerar ciertos actos que la persona tendrá la capacidad de realizar individualmente, o añadir otros actos para aquellos donde se requiera asistencia del curador;
- i) Podrá donar bienes siempre con autorización de su curador;
- j) Si desea contraer matrimonio, se requiere autorización del curador, y a falta de éste, el del Juez de tutelas.⁷⁴

De lo antes advertido, podemos afirmar que cobra relevancia el consejo de familia, pues es propiamente un tribunal doméstico colocado al lado del tutor, que cuida de la persona y bienes del menor.

Luego entonces, también dicha codificación disponía la sujeción a interdicción de los mayores que se encuentran en una situación habitual de imbecilidad, demencia o furia extrema.

⁷³ Los esposos son curadores de su cónyuge, y los demás curadores serán nombrados por el Juez de tutelas. *Ibidem*, p. 299.

⁷⁴ Domingo, Rafael (coord.), *Código Civil Francés/Code Civil*, Edic., bilingüe, Trad., Álvaro Núñez Iglesias, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 200-220.

Tal estado emocional alterado, interesaba a la familia del posible interdicto y era solicitada únicamente por un solo familiar. El ministerio público estaba obligado a intervenir en caso de furia extrema, y a falta de acción de los padres, a fin de proteger y salvaguardar la persona y bienes del presunto incapaz, de ahí que, deba nombrarse un tutor y resultaba asimilada a la figura de la tutela.

De tal forma, que el tutor del *loco furiosi*, debía ser diligente en su actuación para hacer menos gravosa su suerte y para acelerar la cura del incapacitado.

Después, los redactores del código en análisis, incluyeron la figura del pródigo, a fin de que se le nombrará un asesor, pues estaban impedidos para comparecer en juicio, solicitar préstamos y enajenar bienes, ello, a fin de que no puedan dilapidarse los bienes de la familia por la fantasía de un lunático.

2.3.4. Procedimiento⁷⁵

El éxito de la historia del procedimiento en Europa siempre considera como relevante la necesidad de citar el Código de Procedimiento Civil francés de 1806, el cual entró en vigencia en 1807, el cual aunque fue conservador, y mantenía algunos

⁷⁵ A principios del siglo XIX, la demanda se presentaba ante el Tribunal del demandado de interdicción, debiendo expresar los hechos imbecilidad, demencia o de furor, acompañando los documentos justificativos; así como, la lista de testigos. Esta primera etapa, se desarrolla sin presencia del alienado, hasta el momento en que sea sometido a interrogatorio. Recibida la demanda, el Presidente del Tribunal, ordena su comunicación al Ministerio Público y nombra un Juez para la sentencia. El juicio aún no es contradictorio. En caso de que el Juzgador acepte que padece de alguna enfermedad, llamará al proceso al Consejo de Familia, quien elaborará un informe, y ésta autoridad decide si aconseja incapacitar a esa persona afectada. Luego se pasa al interrogatorio del presunto interdicto con el desahogo de los testigos. En esta parte, el Juez puede designar un administrador provisional. Asimismo, la segunda etapa, se desarrollaba cuando era emplazado a Juicio contradictorio el presunto interdicto, para allegarse de los peritos de médicos especialistas, y el fallo se pronunciaba en la audiencia pública. *Cfr.*, Planiol Marcelo y Jorge Ripert, pp. 623-638.

elementos de la Ordenanza Real del procedimiento civil de Colbert del año de 1667, promulgada bajo el Imperio de Luis XIV⁷⁶.

En Francia, existen los procedimientos contenciosos y los especiales o específicos, que tienen reglas diferentes a los juicios ordinarios, como es el caso del procedimiento de interdicción, el cual de forma sumaria se explicita en el libro III “Disposiciones específicas”, Título I “Las personas”, Capítulo X “Protección jurídica de los menores y adultos”.⁷⁷

Los aspectos generales, están contemplados en los numerales 1211 al 1219 del Código de Procedimiento Civil Francés, donde se destaca: a) la competencia territorial será la residencia habitual de la persona protegida o el hogar del tutor; b) interviene el Juez de tutela y el fiscal quienes examinarán al menor o adulto por un médico; c) la demanda puede ser formulada por la parte interesada o de oficio; d) el protegido puede elegir un abogado o pedir al tribunal que designe uno de oficio; e) La solicitud para la apertura de una medida de protección requiere del certificado médico detallado y la identidad de la persona protegida; f) El consejo de familia es convocada si es necesario: 1 ° por dos de sus miembros; 2 ° por el tutor o padre sustituto; 3 ° por los menores a sí mismo dieciséis años; 4 ° por el adulto protegido; g) El consejo de familia se convoca a petición de la antigua edad de dieciséis años y menor discernimiento, a menos que lo contrario especialmente motivada la decisión del juez.⁷⁸

Bajo tal sentido, la demanda o solicitud por parte interesada se presenta ante el tribunal de tutela, quien analizara detenidamente el estado físico del adulto, señalando día y hora para que tenga verificativo una audiencia⁷⁹, la cual no es pública y el Juez

⁷⁶ Van Rhee C.H. Remco, “Tradiciones Europeas en el procedimiento civil: una introducción” *Revista de Estudios de Justicia*, Chile, Año 2011, núm. 15., p. 19.

⁷⁷ Cfr., <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006135958&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130605>, consultado el 15 de febrero de 2015.

⁷⁸ *Ídem*.

⁷⁹ La decisión del Juez diciendo que no es conveniente proceder a la audiencia de los protegidos se notificará al solicitante y, en su caso, el abogado importante, ello, con el

podrá, si lo considera oportuno, realizar esta audiencia en presencia del médico o cualquier otra persona.⁸⁰

El fiscal y, en su caso, el abogado de la persona a ser protegida serán notificados de la fecha y lugar de la audiencia.

En tal audiencia, el Juez escucha al solicitante en la apertura de la medida de protección, pudiendo asegurar los bienes y la persona del presunto incapaz⁸¹, sea menor o mayor de edad, para la debida prestación de las cuentas de gestión, pudiendo emitirse una copia del consejo de familia. Una vez que el Juez se cerciore del estado mental del presunto interdicto, emitirá la declaración para los efectos de la protección judicial, siguiendo los lineamientos del Código de Salud Pública, y hecho lo anterior, se manda informar al fiscal del lugar de tratamiento adulto protegido, el grado de afectación psicoemocional para proceder a nombrarle un curador o un asistente. En caso de que alguna de las partes éste inconforme, podrá apelar, y su substanciación será de forma oral, donde se escucharán las reclamaciones de los abogados.

objeto de que el Juzgador escuche a los parientes más cercanos del presunto incapaz, si es el caso de que exista ese vínculo parental. *Ídem*.

⁸⁰ Al menos un mes antes de la fecha fijada para la audiencia del juicio de la solicitud de apertura de una medida de protección a un mayor, el archivo se envía a la Fiscalía. Después de quince días antes de esa fecha, el fiscal vuelve al registro con, en su caso, una opinión o conclusiones sobre si y cómo la protección. Tales retrasos pueden ser reducidos por el juez en caso de emergencia. *Ídem*.

⁸¹ Las operaciones de inventario de propiedad se llevan a cabo en presencia de una persona protegida, si su estado de salud o la edad lo permite, su abogado, si lo hay, y, si el inventario no está hecha por un funcionario público, de dos testigos que no están al servicio de la persona protegida o la persona que ejerce la medida de protección. Este inventario contiene una descripción de los muebles, una estimación de los bienes muebles e inmuebles, con la designación de especies en efectivo y un estado de cuentas bancarias, inversiones y otros valores. El inventario está fechada y firmada por los presentes. *Cfr.*, http://pendientedemigracion.ucm.es/info/civil/jgstorch/leyes/cc_0107.htm#CAP%C3%8DTULO%205PRIMERO.%20De%20las%20personas%20naturales, consultado el 15 de febrero de 2015.

2.4. España

2.4.1. Capacidad jurídica.

La codificación civil española, al explicitar la capacidad jurídica, habla que se encuentra ligada a la personalidad jurídica, pues en su numeral 29, indica que el nacimiento determina esta esfera, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que el feto tuviera figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno.⁸²

Sin que se óbice a lo anterior, la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas, y en vida las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

2.4.2. Tutela

El Código Civil Español dispone que estarán sujetos a tutela: i) Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; ii) 2º. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; iii) Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela; y iv) Los menores que se hallen en situación de desamparo.⁸³

La tutela podrá otorgarse en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Entonces, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla.

⁸² *Ídem.*

⁸³ *Ídem.*

Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.

Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y, si no lo hicieren serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

2.4.3. Curatela

Funciona cuando se presenten las siguientes hipótesis: a) Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley; b) Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad; c) Los declarados pródigos.⁸⁴

La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.⁸⁵

Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela.

2.4.4. Defensor judicial

⁸⁴ Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento. *Ídem*.

⁸⁵ Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. *Ídem*.

Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguna hipótesis siguiente: a) Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o el curador; b) En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; y c) En todos los demás casos previstos en este Código.⁸⁶

El defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

2.4.5. Procedimiento.

En España, específicamente en Valencia, se encuentra vigente la Ley de Enjuiciamiento Civil, publicado en el BOE., número 7, el ocho de enero del año dos mil, donde el procedimiento sobre la capacidad de las personas y la declaración de prodigalidad de una persona, se guía por las reglas previstas en el Libro IV “De los procesos especiales”, Título I “De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”.⁸⁷

Las reglas generales del procedimiento se resumen de la siguiente forma: a) interviene el Ministerio Fiscal; b) acuden los abogados de las partes o procuradores que sean designados; c) No procede renuncia, allanamiento ni transacción de las partes durante la substanciación; d) En relación a las pruebas, se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento; e) Los procesos son de forma verbal, pero el Secretario judicial dará traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, cuando proceda, y a las demás personas que, conforme a la ley, deban ser parte en el procedimiento, hayan sido o no demandados, emplazándoles para que la contesten en el plazo de 20 días; f) El día de

⁸⁶ Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores. *Ídem*.

⁸⁷ *Cfr.*, <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm>, consultado el 16 de febrero de 2015.

la audiencia del juicio verbal y comparecencia de las partes, una vez desahogadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones; y g) También podrán decidir los tribunales, mediante providencia, de oficio o a instancia de parte, que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas, siempre que las circunstancias lo aconsejen.

La competencia de los negocios relativos a la capacidad de las personas, se rige por el domicilio del presunto incapaz o pródigo, pudiendo ser presentada la demanda por el mismo incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.⁸⁸

En esta tesitura, el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado. Aunque, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación.

La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos.

El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. En caso contrario, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

Bajo tal idea, cuando el tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, adoptará de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio

⁸⁸ Ídem.

y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación.⁸⁹

En el desahogo de las pruebas, el día que tenga verificativo la audiencia, el tribunal oirá a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes⁹⁰.

Si la sentencia que decida sobre la incapacitación se apela, deberá ordenarse de oficio en la segunda instancia la práctica de las pruebas preceptivas a que se refieren los apartados anteriores de este artículo.

La resolución que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento.⁹¹

Los efectos de la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad serán a fin de nombrar a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él. Además, se determinará los actos jurídicos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento de la persona que deba asistirle.

Pero, la sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.

⁸⁹ El Ministerio Fiscal podrá también, en cuanto tenga conocimiento de la existencia de posible causa de incapacitación de una persona, solicitar del tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior. *Ídem*.

⁹⁰ Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal. *Ídem*.

⁹¹ El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. *Ídem*.

2.5. Argentina.

2.5.1. Capacidad jurídica

Las personas son entes susceptibles de adquirir derecho o contraer obligaciones. Son de existencia ideal o existencia visible, pues pueden adquirir los derechos, o contraer las obligaciones que este código regla en los casos, por el modo y en la forma que él determina. Su capacidad o incapacidad nace de esa facultad que en los casos dados, les conceden o niegan las leyes.

Desde la concepción en el seno materno, inicia la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.⁹²

Termina la existencia de las personas por la muerte natural. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas.

Por otra parte, en relación a la incapacidad, tal codificación contempla, que toda persona que padezca de alguna enfermedad demente será previamente verificada y declarada por juez competente, pues se consideran que no tienen aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes.

Así las cosas, al lado de la incapacidad, surge la inhabilitación por los siguientes supuesto: Por embriaguez habitual o uso de estupefacientes; disminuidos en sus

⁹² Cfr., http://www.codigocivilonline.com.ar/codigo_civil_online_30_50.html, consultado el 16 de febrero de 2015.

facultades; y a los pródigos en los actos de administración y disposición de sus bienes.⁹³

2.5.2. Tutela

El Código Civil de la República Argentina vigente, en el Título VII “De la tutela, Capítulo I, regula la institución en comento, en el sentido de que es el derecho que la Ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.⁹⁴

Los aspectos generales de la tutela son: a) parientes de los menores huérfanos están obligados a poner en conocimiento de los magistrados el caso de orfandad, o la vacante de la tutela; si no lo hicieren, quedan privados del derecho a la tutela que la ley les concede; b) Es un cargo personal, que no pasa a los herederos;⁹⁵c) Se ejerce bajo la inspección y vigilancia del ministerio de menores y se da, o por los padres, o por la ley, o por el juez; c) puede nombrarse tutor en escritura pública; d) quedan prohibidas las cláusulas que eximan al tutor de hacer inventario de los bienes del menor, o de dar cuenta de su administración; e) Debe servirse por una sola persona, y es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y f)La tutela dada por los padres debe ser confirmada por el juez, si hubiese sido legalmente dada.

Así las cosas, la tutela se clasifica de la siguiente forma:

- i) **Legal.** Tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela, o dejan de ser

⁹³ *Ídem.*

⁹⁴ *Ídem.*

⁹⁵ El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles.

tutores; para lo cual le corresponde ejercer tal cargo a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexos;

- ii) **Dativa.** Por ausencia de padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legal, el Juez nombra al tutor.
- iii) **Especial.** Cuando los intereses de los pupilos están en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; cuando el padre o madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos; cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres; y cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor general o especial.⁹⁶

2.5.3. Curatela

La curatela es una figura jurídica que nace cuando un mayor de edad incapaz se encuentra imposibilitado para administrar sus bienes; por ejemplo, el demente, aunque tenga intervalos lúcidos, el sordomudo que no sabe leer ni escribir.⁹⁷

En esta temática, la incapacidad puede solicitarse por un Juez, el ministerio de menores y los parientes del incapaz.

Bajo esta idea, la obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes.

En relación a los bienes del incapaz, los curadores deberán administrarlos y sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas.

⁹⁶ *Ídem.*

⁹⁷ *Ídem.*

2.5.4. Procedimiento.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, en el Libro IV, regula que el estado de incapacidad de las personas se sujetará a las reglas previstas en los procesos especiales, especialmente en el Título II “Procesos de declaración de incapacidad y de inhabilitación.

En cuanto a la declaración de demencia, ésta se deberá pedir ante el juez competente⁹⁸ exponiendo los hechos y acompañando dos certificados médicos⁹⁹, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual¹⁰⁰.

En tal sentido, con la demanda, se dará vista al asesor de menores e incapaces, y una vez que desahoga dicho requerimiento, el Juez resolverá: 1) El nombramiento de un curador provisional, que recaerá en un abogado de la matrícula¹⁰¹; 2) La fijación de un plazo no mayor de treinta días, dentro del cual deberán producirse todas las pruebas; 3) La designación de oficio de tres médicos psiquiatras o legistas, para que informen, dentro del plazo preindicado, sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano.

El denunciante podrá aportar pruebas que acrediten los hechos invocados y el presunto incapaz las que haga su defensa.

El Juez una vez cerciorado de la presunta incapacidad de la persona pretendida o ante la demencia notoria e indudable, oficiosamente, adoptará las medidas

⁹⁸ Siguen la regla del domicilio del presunto incapaz.

⁹⁹ En caso de no poder acompañar dichos certificados, el Juez requerirá la opinión de dos médicos forenses, quienes deberán expedirse dentro de cuarenta y ocho horas. A ese solo efecto y de acuerdo con las circunstancias del caso, el juez podrá ordenar la internación del presunto incapaz por igual plazo, si fuere indispensable para su examen. *Ídem*.

¹⁰⁰ Cada informe médico deberá expedirse con la mayor metodología y precisión posible, sobre lo siguiente: 1) Diagnóstico; 2) Fecha aproximada en que la enfermedad se manifestó; 3) Pronóstico; 4) Régimen aconsejable para la protección y asistencia del presunto insano; y 5) Necesidad de su internación. *Ídem*.

¹⁰¹ Cuando el presunto incapaz careciere de bienes o éstos sólo alcanzaren para su subsistencia, el nombramiento del curador provisional recaerá en el curador oficial de alienados, y el de psiquiatras o legistas, en médicos forenses. *Ídem*.

precautorias como: inhibición general de bienes e indisponibilidad de los bienes muebles y valores. Sólo para el caso de que el presunto demente fuera peligroso para sí o para terceros, se ordenará su internación en un establecimiento público o privado.

Antes de pronunciarse la sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejaren, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación.

La sentencia de declaración de incapacidad será dictará en el plazo de quince días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, en su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior.¹⁰²

Por lo anterior, si no se verifica la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades, **el Juez podrá declararlo inhabilitado**¹⁰³.

Contra la sentencia se podrá apelar dentro de quinto día por el denunciante, el presunto demente o inhabilitado, el curador provisional y el asesor de menores.

Por otra directriz, la codificación procesal en comento, regula la declaración de sordomudez y prodigalidad, y regirán las disposiciones del capítulo analizado, sólo se diferencia en que estas últimas figuras se gradúan su inhabilitación.

2.6. Cuba

2.6.1. Capacidad jurídica.

¹⁰² El declarado demente o inhabilitado podrá promover su rehabilitación, para ese efecto, el Juez designará tres médicos psiquiatras o legistas para que lo examinen.

¹⁰³ En este caso, o si se declarase la demencia, se comunicará la sentencia al registro del estado civil y capacidad de las personas.

El Código Civil de la República de Cuba, en su Título II, “Sujetos de la relación jurídica”, Capítulo I “Personas Naturales”, Sección Primera, dispone en el numeral 24 que la personalidad inicia con el nacimiento y se pierde con la muerte.¹⁰⁴

En esta idea, la persona natural tiene capacidad para ser titular de derechos y obligaciones desde su nacimiento. El ejercicio de la capacidad se rige por las disposiciones de este Código y la legislación especial, según el caso.

Ahora bien, el ejercicio de la capacidad jurídica denominada civil, se adquiere: i) Por arribar a la mayoría de edad, que comienza a los 18 años; ii) por matrimonio del menor; y iii) La ley, puede establecer otras edades para realizar determinados actos.

105

En tal orden, las personas que detentan la capacidad antes referida están restringidos para realizar actos jurídicos: los menores de edad que han cumplido 10 años de nacidos, los que alcancen la edad laboral, de la retribución por su trabajo; los que padecen de enfermedad o retraso mental que no los priva totalmente de discernimiento; y los que no pueden manifestar su voluntad de modo inequívoco.

Por tanto, la incapacidad se da a los menores de diez años y mayores que hayan sido declarados incapaces en su patrimonio y persona.¹⁰⁶

2.6.2. Tutela

¹⁰⁴ El concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables a condición de que nazca vivo. *Cfr., Código Civil de la República de Cuba*, Publicación digital del Ministerio de Justicia, véase: <http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#1111>, consultado el 15 de febrero de 2015.

¹⁰⁵ *Ídem.*

¹⁰⁶ La cual está regulada en el Código de Familia de la República de Cuba, pues en sus artículos 137 fracción II, 138 fracción II, dispone que los mayores de edad que sean declarados incapaces, se les nombrará un tutor para que los cuide en su persona y bienes, y para fungir con tal cargo, se requiere: ser mayor de edad y estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos; no tener antecedentes penales por delitos contra la propiedad o contra las personas o por otros que a juicio del tribunal inhabiliten para ser tutor; gozar de buen concepto público; ser ciudadano cubano; y no tener intereses antagónicos con los del incapacitado. *Ídem.*

El Código Familiar de la República de Cuba, regula la institución de la tutela, destacando los siguientes aspectos: a) Guarda y cuidado, educación, defensa de los derechos y protección de los intereses patrimoniales de los menores de edad y mayores declarados judicialmente incapaces; b) La aceptación del cargo de tutor es voluntaria; pero una vez aceptado no es renunciable sino a virtud de causa legítima debidamente justificada a juicio del tribunal; y c) Informará al fiscal sobre la posible incapacitación de las personas.¹⁰⁷

La figura del fiscal, siempre que se estime necesario, fungirá como vigilante del actuar del Tribunal que conozca del asunto en la vía de jurisdicción voluntaria.

2.6.3. Procedimiento.

El Código Civil Título IV denominado de la Tutela, regula el procedimiento para ocupar el cargo de tutor de una persona que se estima es incapaz, la solicitud se presenta ante el Tribunal competente del lugar en que resida la persona que debe estar sujeta a este régimen, es el facultado para: “proveer el cuidado de su persona y bienes hasta que le constituya la tutela; 2) constituir la tutela mediante resolución fundada [...]”¹⁰⁸, el trámite es en la vía de Jurisdicción Voluntaria¹⁰⁹.

Las personas facultadas para promover son: cónyuge; uno de los padres; uno de los hijos; uno de los abuelos; uno de los hermanos; y las personas que convivan con el incapacitado y los vecinos próximos del mismo, o el Comité de Defensa de la Revolución más inmediato.

En la solicitud se expresará su objeto y se acompañarán a la misma las justificaciones de que intente valerse el promovente para declarar incapaz a una persona mayor. Tanto las justificaciones que ofrezca el peticionante como las que el

¹⁰⁷ Cfr., <http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo%20de%20lafamilia.html#T4>, consultado el 15 de febrero de 2013.

¹⁰⁸ *Ídem*.

¹⁰⁹ La jurisdicción voluntaria tiene por objeto hacer constar hechos o realizar actos que, no litigiosos entre partes, hayan producido o deban producir efectos jurídicos. *Ídem*.

Tribunal disponga de oficio, se practicarán en la misma forma y plazo que los de la prueba en el proceso sumario.¹¹⁰

Los tribunales que conozcan de la designación de tutor, llevarán para tal efecto, un libro en el cual se tomará razón de los asuntos que conozcan. Tales libros estarán al cuidado del secretario del Tribunal y tendrán la función de que en ellos se anotará la inscripción de la tutela, el año que comienza, y si el tutor ha rendido cuentas de su administración.

Las actuaciones de jurisdicción voluntaria referidas a actos acontecidos fuera de la jurisdicción nacional, en que estén interesados nacionales cubanos, podrán promoverse ante los cónsules cubanos en el país respectivo, con la validez y eficacia que esta Ley atribuye a las de los Tribunales cubanos.

De toda petición de declaración de incapacidad, se notificará al Fiscal, para que manifieste lo que a su interés convenga, pues deberá escuchársele por la posible afectación a los intereses públicos¹¹¹.

Aunado a lo anterior, los solicitantes deberán proporcionar el nombre completo del presunto incapaz, estado civil, domicilio o residencia actual, enfermedad que sufre, bienes y parentesco, acompañando certificado del médico de asistencia.

El Tribunal examinará al presunto incapaz por dos médicos distintos del de asistencia, a fin de que informen acerca de la realidad y grado de su incapacidad. El Tribunal, revisando las pruebas que fueron presentadas, si lo considera determinará las medidas para confirmar o no dicha incapacidad, y si fuera comprobada se nombrará tutor al incapacitado.¹¹²

¹¹⁰ Aunque, si a la solicitud se hiciera oposición por una persona a quien pudiera perjudicar, se sobreseerá en la continuación del expediente, y quedará expedito el derecho de los interesados para promover la cuestión en la vía contenciosa. *Ídem*.

¹¹¹ El Fiscal emitirá por escrito su dictamen, a cuyo efecto se le entregará el expediente.

¹¹² *Ídem*.

2.7. Instrumentos internacionales.

2.7.1. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En la década de los años setentas del siglo XX, podemos encontrar diversas resoluciones del Consejo de Derechos Económicos y Sociales; así como de la Asamblea General de la ONU en materia de interdicción tratándose de las personas que padecen de sus facultades mentales. Todas ellas, desde una perspectiva médico-asistencialista.

En 1970 la Asamblea General de la ONU adoptó dos declaraciones que comienzan a cambiar la perspectiva en la que la discapacidad es tratada en la comunidad internacional. La primera es la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, del 20 de diciembre de 1971.

La segunda declaración, denominada Declaración de los Derechos de los Impedidos, del 9 de diciembre de 1975. Asimismo, se refiere a la autonomía de los mal llamados “impedidos” y algunos otros derechos de especial importancia para las personas con discapacidad.¹¹³

El año 1981, es proclamado el Año Internacional de los Impedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas y busca hacer hincapié en la igualdad de oportunidades, la rehabilitación y la prevención de la discapacidad, siendo su lema “la plena participación y la igualdad”.

¹¹³ González Ramos, Karim Alonso, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, México, CNDH, 2010, pp. 13-34-

Posteriormente, se realizaron dos estudios de Naciones Unidas sobre discapacidad, titulado “Los derechos humanos y las personas con discapacidad”, conocido como Informe *Despouy*.¹¹⁴

El 17 de diciembre de 1991, la Asamblea General de la ONU adoptó los “Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Salud Mental”. Este instrumento fue resultado de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías.

En el año 2002, en las Naciones Unidas se empieza analizar el proceso de adopción del paradigma de derechos humanos en materia de discapacidad, tomando en consideración los tratados siguientes: a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; b) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; c) Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; d) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; e) Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; f) Convención sobre los Derechos del Niño; y g) la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Sentado lo anterior, debemos precisar el contenido de tal Convención, el cual de forma genérica se compone de cinco partes: i) Parte introductoria (preámbulo y artículos 1 y 2); ii) Artículos de aplicación universal (artículos 3 al 9); iii) Derechos sustantivos (artículos 10 a 30); iv) Mecanismos de implementación y seguimiento (artículos 31 a 40); y v) Reglas operativas de la Convención (artículos 41 a 50).¹¹⁵

¹¹⁴ El Informe señaló que las personas con discapacidad se encontraban en una situación de desventaja frente a otros grupos en situación de vulnerabilidad, tales como los refugiados, las mujeres y los trabajadores migratorios, ya que estos últimos contaban con convenciones específicas, así como mecanismos de supervisión de las violaciones a dichas convenciones. *Íbidem*, pp. 25-26.

¹¹⁵ *Cfr.*, <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>, consultado el 16 de junio de 2015.

La Convención establece: “*las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.¹¹⁶

Esta especie de acepción debe ser interpretada en el sentido que el concepto discapacidad es evolutivo, resultante de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Luego, tal Convención adopta el modelo social de la discapacidad al establecer que es la interacción con las barreras, tanto del entorno como de actitudes, lo que impide la participación en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad y no las deficiencias de la persona, en otras palabras, que es la sociedad la que discapacite a la persona con deficiencias, a través de las mencionadas barreras.

La Convención en otro apartado, prevé que por discriminación por motivos de discapacidad, se entiende cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Por otra parte, el artículo 3 se refiere a los Principios Generales de la Convención: a) respeto a la dignidad inherente; b) autonomía individual; c) no discriminación; d) participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; e) respeto por la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; f) igualdad de oportunidades; g) accesibilidad; h) igualdad entre el

¹¹⁶ El término *discapacidad* como modelo social nace a finales de la década de los años sesentas del siglo XX en Estados Unidos e Inglaterra, momento en que las personas con discapacidad y las organizaciones de personas con discapacidad hacen notar su situación de “*ciudadanos de segunda clase*”, y comienzan a hablar de las barreras sociales y ambientales. Véase González Ramos, Alonso Karim, *op. cit.*, p. 43.

hombre y la mujer; e i) respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

El artículo 4 establece las obligaciones generales de los Estados Partes en la Convención. Tales obligaciones se sintetizan de la siguiente forma: i) Asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna; ii) Adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles por cada Estado Parte para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales; iii) Celebrar consultas estrechas y colaborar activamente con las personas con discapacidad en la elaboración y aplicación de la legislación y políticas para hacer efectiva la Convención; iv) Asimismo, se prevé que todo aquello que la legislación interna u otros tratados internacionales establezcan y provea de mayores beneficios de lo que la propia Convención establece no será afectado por la Convención; y v) obligación de aplicar la Convención en todas las partes de los Estados Federales.

El artículo 5 establece que los Estados Partes deberán asegurar la igualdad de las personas con discapacidad en sus sociedades, prohibiendo todo tipo de discriminación por razones de su origen patológico.

Los artículos 6 y 7 se refieren a grupos de personas que, en virtud de su situación, están sujetos a múltiples formas de discriminación.

El artículo 8 establece la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas urgentes, inmediatas, efectivas y pertinentes, a fin de erradicar las causas actitudinales de la discriminación por motivos de discapacidad.

Los derechos sustantivos, pueden ser de varios tipos: a) De igualdad; b) De protección; c) De libertad y autonomía personal; e) De participación; f) Sociales básicos.

En ese orden, el numerario 12 de la Convención en análisis, es de mayor relevancia para comprender los derechos personalísimos que tienen los discapacitados, ello es así, pues refiere de forma expresa: *“1. Los Estados Partes reafirman que las personas*

con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. [...] 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria."¹¹⁷

El artículo transcrito fue el que mayor debate produjo en el proceso de elaboración de la Convención, pues parte del modelo social de discapacidad e implica un cambio de paradigma en la forma en que muchos Estados han regulado la capacidad de las personas con discapacidad hasta ahora, pues el artículo adopta un modelo de *asistencia en la toma de decisiones*, contrario al modelo de *sustitución en la toma de decisiones, como la tutela*.

Verbigracia, algunos países europeos contemplan las instituciones de la tutela, curatela y la asistencia, para el caso de las personas discapacitadas, muestra de ello es Inglaterra, quien el 2 de abril del 2007, promulgó la Ley de Capacidad Mental¹¹⁸.

¹¹⁷ Véase González Ramos, Alonso Karim, op. cit., p. 55.

¹¹⁸ Tiene cinco principios: 1) una persona se presume capaz, a menos que sea probado lo contrario; 2) una persona debe ser apoyada para tomar sus decisiones, y debe proporcionársele toda la ayuda posible antes de ser tratada como no teniendo la posibilidad de tomar sus decisiones; 3) una persona no debe ser tratada como carente de capacidad porque tomó una decisión no inteligente o una decisión que va en contra

Por su parte, en 1989, Suecia se convirtió en el primer Estado en abolir la tutela para adultos con discapacidad. En 1994 promulgó una ley sobre apoyo y servicios para personas con algunos tipos de discapacidades, que provee de amplias garantías para personas con severas discapacidades intelectuales y físicas.¹¹⁹

La institución más importante en Suecia y menos restrictiva es la denominada *god man*¹²⁰. De especial importancia es también la institución del *forvaltare*,¹²¹ que debido a las restricciones que implica, es el último recurso a utilizar, solamente cuando otros recursos no han funcionado.

El mentor, actualmente es la institución predominante sobre servicios de apoyo en Suecia, pues, la tutela fue abolida (excepto para menores de edad) en el año 1989, debido a que tenía como consecuencia la marginalización de la persona con discapacidad, a la que se le imponían otras limitaciones legales que estigmatizaban al individuo y fortalecían la idea de inferioridad de la persona frente a la sociedad.

La designación de un mentor, a diferencia del tutor, no altera el disfrute de los derechos civiles por la persona con discapacidad. El mentor actúa exclusivamente con el consentimiento de la persona y los derechos y deberes que, a grandes rasgos, corresponden a una persona que actúa con un mandato, es decir, un representante.

Al designar al mentor, el Juzgado diseñará la relación que existirá entre el mentor y la persona con discapacidad, de acuerdo con las necesidades de esta última. El mentor puede representar al individuo para hacer una aplicación para servicios especiales,

de las normas sociales; 4) si una decisión se toma por cuenta de la persona incapaz, debe ser en su mejor interés, y 5) todo lo que se haga en virtud de una persona con capacidad limitada debe ser lo menos restrictivo de sus derechos básicos y libertades. *Cfr.*, Secretaría de Salud, *Informe final del Seminario sobre capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en México*, México, CONADIS, WEIL GOTSHAL, 2010, pp. 33-34.

¹¹⁹ Incluyen personas con discapacidad intelectual, autismo o condiciones afines al autismo, personas que tuvieron un daño cerebral severo de adultos y otras personas con discapacidades físicas y psiquiátricas que manifiestan severas dificultades en la vida diaria.

¹²⁰ Puede traducirse al inglés como *good man o mentor*, al español mentor. *Ídem*

¹²¹ Del inglés *administrator*, en español administrador. *Ídem*.

para supervisar cuestiones financieras o atendiendo otras necesidades de apoyo y orientación, con la voluntad de la persona con discapacidad.

Los mentores son nombrados para las personas con discapacidades intelectuales y enfermedades, cuyo estado les requiere de apoyo con sus cuestiones legales, financieras o personales.

El procedimiento de designación es relativamente informal, rápido (tarda entre dos y tres semanas) y gratuito para el que aplica. Puede aplicar la persona con discapacidad, un familiar cercano o un funcionario público determinado.

El servicio de mentor es retribuido y generalmente un mentor solamente presta sus servicios a una persona, aunque en ocasiones puede ser más de una. Si la persona con discapacidad no tiene fondos, los costos los asume el gobierno local.

Bajo esta semblanza, paralelo al mentor, se encuentra el administrador, que es el mecanismo que se emplea una vez que otras formas de asistencia no han sido suficientes como, por ejemplo, cuando la persona con discapacidad rechaza las decisiones o designación del mentor y la propiedad y otros intereses personales pueden correr serios riesgos.¹²²

Además, existen otras formas de asistencia de personas con discapacidad: la persona de contacto¹²³, el asistente personal¹²⁴ y el acompañante.¹²⁵

¹²² El administrador puede tomar decisiones en sustitución de la persona con discapacidad, a diferencia del mentor. La institución del administrador es muy parecida a la del tutor, sin embargo, en el caso del administrador, la persona con discapacidad mantiene su derecho al voto en elecciones generales, de esta manera la persona con discapacidad no es excluida de la participación política por motivo de discapacidad.

¹²³ No tiene un poder económico o legitimación legal para llevar a cabo los asuntos de otra persona. Las personas de contacto tienen por objeto acompañar en algunas actividades a la persona con discapacidad que, de otra manera estaría inactiva. Por medio de la persona de contacto la persona con discapacidad tiene la oportunidad de realizar actividades recreativas y contactos sociales.

¹²⁴ tiene por objeto maximizar la autonomía de la persona con discapacidad. La persona con discapacidad contrata y, si es necesario, despide al asistente personal.

Por otra parte, en Alemania, a principios de 1992 abrogó su Ley de Tutela. Actualmente Alemania ha establecido que las personas con discapacidad tienen el absoluto derecho respecto de sus habilidades para desarrollar sus vidas de acuerdo con sus opiniones¹²⁶.

En Irlanda, no existe legislación que defina la capacidad; por lo que, se presume la capacidad, hasta que se pruebe lo contrario; sin embargo, no hay procedimientos que determinen el nivel de capacidad de la persona y el apoyo

También Dinamarca, ha promulgado en 1995 que tratándose de la tutela, debe designarse al pupilo un representante, que no implica la pérdida automática de la capacidad de la persona. El objetivo es que la persona con discapacidad mantenga el derecho de autodeterminación tanto como sea posible.

Finalmente en Escocia se promulgó la Ley de Adultos con Discapacidad, en el año 2000. Dicha Ley adopta un enfoque basado en los derechos humanos en lo relativo a las salvaguardias del bienestar y la propiedad de las personas que no tienen la capacidad para tomar todas, o algunas de sus decisiones.

La Ley se basa en principios fundamentales que incorporan los valores de la autodeterminación y protegen la autonomía de las personas con discapacidad. Los principios establecen que todas las decisiones tomadas por un adulto con discapacidad intelectual deben beneficiar al adulto, implicar la menor restricción posible, considerar los deseos o sentimientos pasados o presentes de la persona, considerar la opinión de

Por medio de la ley de 1994, el gobierno sueco asumió los costos de los asistentes personales.

¹²⁵ es un servicio de apoyo que, en un principio, era exclusivamente para personas con discapacidad visual, que requerían de un apoyo para asistir a un evento determinado. Bajo la nueva ley, el acompañante es un servicio con que cuenta una persona con discapacidad que no tiene un asistente personal y requiere de un acompañante para actividades recreativas.

¹²⁶ Sin embargo, la autoridad puede nombrarle un procurador: si una persona no es capaz de manejar sus acciones completa o parcialmente debido a una enfermedad psicológica, física o mental, o discapacidad intelectual.

los miembros de la familia cercana y fomentar en la persona el uso de habilidades o desarrollar nuevas habilidades para mejorar el poder de toma de decisiones.

La incapacidad es definida como: *“incapacidad de desenvolverse, o tomar decisiones, o comunicar decisiones, o comprender las decisiones, o retener en la memoria las decisión, por razones de discapacidad intelectual o incapacidad de comunicarse debido a razones de discapacidad física, sin embargo, una persona no caerá dentro de esta definición por la exclusiva razón de una deficiencia en la capacidad de comunicarse, si la deficiencia puede suministrarse mediante apoyo humano o mecánico”*.¹²⁷

Si una persona cae dentro de la definición transcrita, una tercera persona podrá tomar una decisión en lugar de esa persona, sin embargo, atendiendo a la autonomía de esa persona, la intervención deberá ser lo menos restrictiva posible. Favorecer la alternativa menos restrictiva es parte de la prueba que se debe efectuar para determinar la capacidad de una persona, en orden a cumplir con los requerimientos de la Ley en términos de actuar siempre en favor de los intereses de la persona con discapacidad, mientras que se respeta su autonomía personal.

2.7.2. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad.

La Presente Convención prevé en su numerario I, que la discapacidad “significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.”¹²⁸,

Del cual se advierte que efectivamente contempla toda enfermedad física, mental psicológica, que padece una persona y por tal causa se limita su actuar, lo cual no

¹²⁷ Cfr., González Ramos, Alonso Karim, *op. cit.*, p. 60.

¹²⁸ Cfr., <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>, consultado el 17 de febrero de 2015.

debería ser, pues la intención primordial de la referida Convención es fijar un régimen asistencia para el discapacitado.

En ese tenor, también indica la Convención que deben eliminarse todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, lo cual implica distinción, exclusión o restricción por su naturaleza.

Los Estados que firme y ratifiquen dicha Convención se obligan a realizar las medidas subsecuentes: a) Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad; b) Medidas de control para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades; c) Medidas para que los edificios, vehículos e instalaciones que se construyan o fabriquen en sus territorios respectivos faciliten el transporte, la comunicación y el acceso para las personas con discapacidad; y d) Medidas para eliminar los obstáculos arquitectónicos, de transporte y comunicaciones que existan, con la finalidad de facilitar el acceso y uso para las personas con discapacidad.¹²⁹

Máxime que los Estados miembros para lograr los objetivos de esta Convención, deberán: i) Cooperar entre sí para contribuir a prevenir y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad; ii) Colaborar de manera efectiva en la investigación científica y tecnológica relacionada con la prevención de las discapacidades, iii) El desarrollo de medios y recursos diseñados para facilitar o promover la vida independiente, autosuficiencia e integración total, en condiciones de igualdad, a la sociedad de las personas con discapacidad.

¹²⁹ *Ídem.*

Capítulo 3. Codificación Civil vigente para la Ciudad de México

“En la literatura sabia la locura también actúa en el centro mismo de la razón y de la verdad. Ella embarca indiferentemente a todos los hombres en su navío insensato y los resuelve a lanzarse a una odisea en común.”¹³⁰

3.1 *Código Civil vigente para la Ciudad de México.*

3.1.1 *Capacidad jurídica*

¹³⁰Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica, 2ª reim.*, México, FCE, 1998, t. I, p. 15.

Previamente, debemos decir que los artículos 23, 24 y 646 del Código Civil para esta Ciudad estatuyen:

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

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y de más 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.

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

En glosa, podemos advertir que la capacidad es un atributo de la personalidad, el cual “alude a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismo (capacidad de goce y de ejercicio).¹³¹

El artículo 23 transcrito (reformado por decreto del 14 de julio de 1992), dispone restricciones a la capacidad, los cuáles no deben menoscabar la dignidad humana ni atentar contra la familia.

Así pues, puede distinguirse en dichos dispositivos, los conceptos de estado de una persona, su capacidad o incapacidad. En tanto que el estado se refiere a la

¹³¹ Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho Civil*, 19ª Ed., México, Porrúa, 2000, p. 399

situación jurídica de la persona, frente a la sociedad (estado civil, político), la capacidad e incapacidad aluden a la posibilidad o imposibilidad de ejercitar sus prerrogativas y obligaciones.

3.1.2 Tutela

La tutela, ha evolucionado notablemente, pues varios tratadistas han estudiado en la doctrina su alcance jurídico y efectos, verbigracia, Ignacio Galindo Garfias, afirma: “Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados”.¹³²

Por otro lado, el Doctor Julián Güitrón Fuentevilla, especialista de gran prestigio a nivel internacional y Nacional, fue el jurista que fundó toda una doctrina en materia de Derecho Familiar, basta recordar el Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil en México, celebrada en Acapulco, Guerrero, del 23 al 29 de octubre de 1977, destacando la presencia del “Doctor Henri Mazeud, miembro del Instituto de Francia y Catedrático Honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad de París. También España estuvo representada por juristas como Diego Espín Cánovas y José Manuel Almanza Pastor; de Alemania el profesor Gunther Beitzke. De Polonia, el doctor Witold Czachorski; de Italia el doctor Alberto Trabucchi; de la Universidad de Regensburg, la doctora Katherin Schenk; la doctora Agrawala de la Universidad de la India; de Latinoamérica, el Doctor Guillermo Cabanellas de la Torre, catedrático de la Universidad de Ciencias Económicas, de la Universidad de Buenos Aires; la doctora Marina Hart Dávalos, de la Universidad Nacional de la Plata, Argentina, el doctor

¹³² *Ibidem*, p. 712.

Augusto César Belluscio; el doctor Silvio Rodrigues, representante de la Universidad de Sao Paulo, Brasil.”¹³³

Con tal magnitud del evento, haré únicamente énfasis en las siguientes palabras de inauguración del evento referido:

“... Dr. HENRI MAZEAUD: Sr. Presidente, estimados colegas, fue anoche, durante una cena excelente y muy prolongada, cuando supe qué debía presentar a los diferentes países de Europa y pronunciar un mensaje, por parte de todos los juristas europeos. Como era ya muy noche y que esta mañana, el sol me incitó, antes de presentarme a esta sala de ir a echarme el Pacífico, no tuve realmente tiempo de preparar ese pequeño mensaje y por lo tanto falté a una de las tareas fundamentales....pues quiero, sobre todo dar gracias a los organizadores de este Congreso, sobre todo al Dr. Julián Güitrón Fuentevilla...nos han recibido magníficamente y en un país hermoso, y por lo tanto, estos agradecimientos vienen del corazón; y es desde el fondo de mi corazón, como quiero expresar estos reconocimientos...”¹³⁴

Con las palabras pronunciadas por el doctor HENRI MAZEAUD, se precisa el prestigio que tiene actualmente el Doctor Julián Güitrón Fuentevilla¹³⁵, en el ámbito

¹³³ Güitrón Fuentevilla, Julián, *Veinte años de derecho familiar, Memoria del Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil*, México, Promociones Jurídicas y Culturales, 1978, p. V.

¹³⁴ *Ibidem*, pp.28-29.

¹³⁵ “Doctor en Derecho, graduado en la Universidad Nacional Autónoma de México en 1970. Maestría en Derecho Civil, en la UNAM en 1966 y Licenciatura en Derecho en la UNAM en 1961. Catedrático en Derecho penal en la Universidad Femenina de 1964 a 1967. Profesor de carrera, de tiempo completo, definitivo, en Derecho Civil. Profesor de Derecho Familiar en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Secretario General del Colegio de Profesores de Carrera de la Facultad de Derecho UNAM, 1973. Secretario del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Facultad de Derecho de 1981 a 1982. Director de Tesis de Licenciatura, Maestría y Doctorado en la UNAM. En 1984, Profesor invitado a la Universidad de París XII, Val-

familiar, el cual en materia de tutela afirma: “es un acto jurídico, cuyo objetivo es representar a la o al menor de edad, no sometidos a la patria potestad a la o al mayor incapacitada o incapacitado, así como su protección y la administración de sus bienes. La tutela se ejerce por la tutora o tutor, vigilados por el Consejo de Familia, o por determinadas personas morales”.¹³⁶

De tal suerte que, se puede distinguir claramente la capacidad de goce de la capacidad de ejercicio, pues la primera se adquiere si una persona nace viva y viable y es presentada al Juez del Registro Civil¹³⁷, y la de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, es decir, a los dieciocho años.¹³⁸

de-Marne, Francia, en la cátedra de Derecho Familiar... Miembro distinguido del Claustro de Doctores de la UNAM, desde 1970. Miembro distinguido de la Barra de Abogados de Nuevo Laredo, Tamaulipas. Miembro de Honor del Colegio de Abogados del Foro de Jalisco. Diploma y Venera al Mérito Docente del Doctorado, UNAM. Consejero Técnico de la Facultad de Derecho de la UNAM por treinta y cinco años de cátedra ininterrumpida otorgada por la UNAM, el 15 de mayo de 2002. En la investigación, formuló los Proyectos de Código Familiar, para los siguientes Estados: Tamaulipas, Aguascalientes, Estado de México, Chiapas, Sonora. Autor del Código Familiar de Hidalgo, en vigor desde 1983 y del Código Familiar de Zacatecas en vigor desde 1986...En 2012, rindió protesta ante el Pleno del Senado de la República como legislador y el nuevo integrante del Grupo Parlamentario de Movimiento Ciudadano en sustitución de Luis Walton Aburto, quien pidió licencia por tiempo indefinido. Tomó posesión como presidente del Tribunal Universitario (TU) de la Universidad Nacional Autónoma de México, para los próximos seis años y cuya función será la de garantizar el cumplimiento de la Ley General de la máxima casa de estudios y reglamento del TU. Desde 2008 es conductor y responsable del Programa de Derecho Familiar transmitido por el Canal Judicial. Tiene 10 millones de televidentes cautivos por diversas repetidoras de televisión...” *Cfr.*, Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004, pp.9-10.

¹³⁶ Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Nuevo derecho familiar, en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000*, México, Porrúa, 2003, p. 324.

¹³⁷ Los numerales Artículo 22, 337 y 646 del Código Civil para el Distrito Federal, establecen lo siguiente: “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.”

“Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad.”

Bajo esta óptica, existe dentro de la persona el atributo de la personalidad denominado capacidad, por una parte, de ser sujeto de derechos y obligaciones, y la otra, facultad o posibilidad de obrar o ejercer tales derechos, constituyendo la regla general; *contrario sensu*, todas aquellas personas en calidad de menores, interdictos, etc., se consideran incapaces, siendo la excepción a la referida regla.¹³⁹

Así las cosas, tiene importancia, el numeral 450 del Código Civil vigente, el cual establece:

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. [...]¹⁴⁰

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

¹³⁸ La doctrina jurisprudencial ha establecido: “...la capacidad jurídica se distingue entre la de goce y la de ejercicio; la primera es la cualidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y, por consiguiente, es inherente e inseparable a toda persona, y la segunda consiste en la posibilidad de efectuar manifestaciones de voluntad jurídicamente eficaces...”, [...], cuyo rubro es el siguiente: *EMPLAZAMIENTO DE MENOR DE EDAD. DEBE ENTENDERSE CON SU REPRESENTANTE LEGAL.*, Cfr., tesis aislada número VI.2º.150 C, sustentada por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, localizable en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VII, de Enero de 1998, en la página 1092.

¹³⁹ Cfr., el siguiente rubro: “*CAPACIDAD DE DERECHO Y CAPACIDAD DE EJERCICIO (PERSONALIDAD EN JUICIO)*”, de la tesis aislada pronunciada por la Tercera Sala Familiar de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la Quinta Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo LXXXI, de Agosto de 1944, Pág. 4865.

¹⁴⁰ Reformada la fracción II y derogadas las fracciones III y IV por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 23 de julio de 1992. Además, la fracción II, fue reformada por Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, vigente desde el primero de junio del mismo año.

Del artículo en glosa, se advierte que la doctrina actual eliminó la curatela que operaba en los primeros códigos civiles de 1870-1884, y 1932, toda vez que ahora unifica las cuestiones de incapacidad natural y legal en un precepto, el cual analizado conforme a las reglas de la interpretación jurídica, se estima que en el ámbito local, toda persona que ese encuentre en estado de minoridad o mayor de edad que por causa de su padecimiento o estado de discapacidad, físico¹⁴¹, sensorial, emocional, mental, intelectual u otra diversa, no pueden conducirse por sí mismos, su voluntad es suplida y exteriorizada por un tercero, un representante legal.¹⁴²

Por lo cual, surge una figura importante, el representante legal, quien “está legitimado (con legitimación indirecta) para realizar los actos que implican ejercicio de un derecho o facultad cuya titularidad corresponde a otra persona (representado). El fundamento de la legitimación del representante y la esencia de la representación misma, es el poder suficiente para participar en un acto en nombre del representado y con efectos únicamente para éste [...] La representación de los incapaces tiene su fundamento en la necesidad de suplir la incapacidad de obrar de las personas [...]”¹⁴³

En ese orden, es preciso hacer mención especial en que la tutela presenta las siguientes características: a) es de orden público; b) una persona brinda asistencia, cuidado, protección y representación a otra; c) Es aplicable a personas que carecen de capacidad de ejercicio y que no están sujetas a patria potestad; d) confiere derechos y

¹⁴¹ El Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos, discrepa de los términos utilizados por el Código Civil vigente, toda vez que establece: “Las inválidas, inválidos, niñas, niños, adultos mayores, drogadictos, alcohólicos, alcohólicas, enfermas y enfermos mentales, tienen derecho a la protección integral por cuenta y a cargo de la familia”.

¹⁴² El numerario 23 de la Codificación Civil para esta Ciudad, contempla: “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.”. Énfasis añadido

¹⁴³ *Cfr.*, Tesis aislada, emitida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la Séptima Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Volumen 51, Cuarta Parte, de Marzo de 1973, Pág. 51.

obligaciones recíprocas; e) recae sobre la persona y patrimonios del incapaz; y f) orden público e interés social.¹⁴⁴

Los sujetos que intervienen en la tutela son: i) tutor¹⁴⁵; ii) curador¹⁴⁶; iii) Juez Familiar¹⁴⁷; y iv) Consejo Local de Tutelas¹⁴⁸, como lo establece el numeral 454 del Código Civil para esta Entidad.

¹⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tutela*, México, SCJN, 2010, serie *Temas selectos de derecho familiar*, núm. 6, p. 14.

¹⁴⁵ El cargo es público, personalísimo, y 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. Aunado a que existe impedimento para dicho cargo, los curadores las personas que se desempeñen en el Juzgado de lo Familiar y las que integren los Consejos Locales de Tutelas; ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta, sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive. (aa. 454-460 del Código Civil para esta Ciudad)

¹⁴⁶ En términos del artículo 618, toda persona sujeta a tutela, testamentaria, legítima o dativa, además de tutor tendrán un curador. La Curatela podrá conferirse a personas morales sin fines de lucro.

¹⁴⁷ La autoridad jurisdiccional que conocerá del proceso de interdicción, será el domicilio del presunto incapaz, ello se confirma con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que a la letra establece: “[..]IV. De los demás asuntos que determinen las leyes.”

¹⁴⁸ Por reforma del 25 de mayo del año 2000, publicado en el Diario Oficial de la Federación, cambio la denominación del título “De los Consejos locales de tutela y de los Jueces Pupilares”, para quedar “Del Consejo Local de Tutelas y de los Jueces de lo Familiar”; de tal suerte que, dicho órgano se compone en “cada demarcación territorial del Distrito Federal[...] 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 [...]”, de conformidad con el artículo 631 del Código en estudio. Aunque por ejemplo, en algunos Códigos como de Hidalgo, Zacatecas, y el Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos, en lugar del Consejo de tutelas, crea la figura del Consejo de Familia, integrado por: “I. Una licenciada o licenciado en Derecho, quién serpa la presidenta o el presidente del Consejo. II. Una sicóloga o sicólogo con dos años de ejercicio en su especialidad, contados a partir del día siguiente de su examen profesional y fungirán como secretaria o secretario del Consejo. III. Una trabajadora o trabajador social. IV. Una pedagoga o pedagogo; y V. una médica o médico general.”

Bajo tal tenor, si bien es cierto que todos los órganos de la tutela se encuentran enlazados y cada uno de ellos tiene una función de carácter evidentemente social; también lo es que existe una preeminencia respecto del Juez como rector de procedimiento, encargado del orden público e interés social, de ahí que, resultan pertinentes las facultades que puede realizar dicha autoridad para proteger los intereses pecuniarios y la persona del presunto interdicto; como son: a) Dictar las medidas necesarias para que el incapaz no sufra perjuicios en su persona y bienes; b) Elegir a la persona que sea más apta para ejercer la tutela; c) Nombrar al tutor, en los casos señalados por la Ley; d) Discernir el cargo de tutor; e) Nombrar un tutor interino en los casos expresamente enunciados en la norma; f) Fijar, con audiencia del tutor, la cantidad que se utilizará en los alimentos y educación, si fuera menor de edad; g) Autorizar que el pupilo pueda colocarse en un establecimiento de beneficencia pública o privada, en donde se le pueda educar y habilitar; h) Autorizar la venta o hipoteca de los bienes del tutelado; e i) Fijar la retribución de los tutores dativos y legítimos.¹⁴⁹

Ahora bien, la tutela se clasifica en: i) Cautelar: se presenta cuando una persona es capaz y nombra en testamento a un tutor y sus sustitutos, para que lo represente en sus actos jurídicos, se hace ante notario y constará en escritura pública; ii) testamentaria: se instituye en el acto jurídico de que se efectúa el testamento¹⁵⁰; iii)

Güitrón Fuentevilla, Julián, *Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, op.cit., pp. 35-36.

¹⁴⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, pp.53-55

¹⁵⁰ Por tal motivo, la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que: [...] no resulta correcto **declarar** la validez de la **designación de un tutor testamentario** sobre un **menor de edad**, a quien el padre en su carácter de testador también instituye como único y universal heredero en el testamento, cuando al denunciarse la sucesión **sobrevive la madre** del menor que **legalmente ejerce la patria potestad** sobre él, dado que esa condición resultaría legalmente imposible de cumplir en razón a que, de lo dispuesto en los artículos 397 y 358 del referido Código Civil [...] *Cfr.*, la tesis aislada, emitida por el Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, *en la séptima época, Volumen 169-174, Sexta Parte, Pág. 21º, con el siguiente rubro: TUTELA TESTAMENTARIA. NO ES VALIDA LA DESIGNACION HECHA POR UNO DE LOS PROGENITORES SOBRE SU MENOR HIJO CUANDO A LA MUERTE DEL TESTADOR SOBREVIVE EL OTRO PROGENITOR QUE LEGALMENTE EJERCE LA PATRIA POTESTAD.* Énfasis añadido.

legítima: se abre cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario; y cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio, ponderando si se trata de un menor de edad, de un mayor de edad incapaz o menor abandonado o expósito¹⁵¹; iii) Dativa: es la establecida por disposición judicial únicamente respecto de menores de edad¹⁵²; y iv) Menores en situación de desamparo: destinada a los expósitos, es decir, al menor situado en desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen¹⁵³.

Siguiendo estas ideas, la tutela se constituye a partir de la declaración del estado de minoridad o de incapacidad de la persona que estará sujeta a ella, y que todos los actos de administración ejecutados, y los contratos celebrados por los incapacitados, sin la autorización del tutor, “no significa que la incapacidad legal de ejercicio se pueda tener por existente sólo a partir de la fecha en que se dictó la sentencia que la declaró y nombro al tutor, porque puede suceder que la falta de aptitud de la persona para ejercitar por sí misma sus derechos y obligaciones, no sea manifiesta, y se advierta precisamente con motivo de algún acto celebrado en ejercicio de sus derechos u obligaciones, y tal acto sea la base que originó se acudiera al juicio de interdicción.”¹⁵⁴

¹⁵¹ De conformidad con el numerario 483 de la Ley Sustantiva Civil, “la tutela legítima corresponde: I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas; II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive. El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela”.

¹⁵² Tiene lugar en tres supuestos: cuando no existe tutela testamentaria, ni persona a quien, conforme a la ley, le corresponda ejercer la tutela legítima; cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente para fungir con el cargo y el pupilo no tiene hermanos o parientes colaterales hasta el cuarto grado; y cuando sean asuntos judiciales de un menor emancipado.

¹⁵³ EL artículo 492 de la codificación civil en comentario, prevé: [...] El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor, si éste tiene bienes, el juez decidirá sobre la administración de los mismos.

¹⁵⁴ *Cfr.*, Tesis XI.2o.21. C, publicado en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, septiembre de 2002, p. 1378, con el siguiente rubro: INCAPACIDAD DE EJERCICIO. PUEDE TENERSE POR EXISTENTE DESDE ANTES DE LA FECHA EN QUE FUE DECLARADA EN SENTENCIA EJECUTORIADA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).

3.2 Código Procesal Civil vigente para esta Ciudad¹⁵⁵

Actualmente, la declaración de incapacidad¹⁵⁶ de una persona puede ser solicitada por diversos sujetos: a) el propio menor si tiene cumplidos 16 años o incapaz; b) su cónyuge; c) sus presuntos herederos legítimos; d) su albacea; e) Ministerio público; y f) Institución pública, privada, de asistencia social, que acoja al hijo o hijos del presunto incapaz.¹⁵⁷

Dicha solicitud se tramita en la vía de Jurisdicción Voluntaria, es decir, que aún no existe conflicto entre las partes, el Juez de lo Familiar,¹⁵⁸ deberá emitir una

¹⁵⁵ Reformada su denominación, el 23 de diciembre de 1974, publicada en el Diario Oficial de la Federación, y republicada el 31 de diciembre de 1974.

¹⁵⁶ Para el Doctor en Derecho Julián Güitrón Fuentesvilla, la declaración de interdicción “significa vedar, prohibir, privar de derechos por mandato de la ley o estado de una persona, declarada judicialmente incapaz para realizar actos de la vida familiar, civil, privada, así como para la administración de su persona y sus bienes. *Cfr.*, Güitrón Fuentesvilla, Julián, *Nuevo Derecho Familiar, en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000*”, *op.cit.*, p.339.

¹⁵⁷ Conforme lo dispone el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

¹⁵⁸ Algunos Códigos Familiares de los Estados de Hidalgo y Zacatecas, así como el Proyecto de Código de Procedimientos Familiares tipo para los Estados Unidos Mexicanos, distingue entre la incapacidad, interdicción e inhabilitación. La solicitud será presentada con un certificado de médica o médico alienista para justificar la necesidad de interdicción, y la Jueza o Juez ordenará: asegurar la persona y bienes de la incapacitada o incapacitado; poner a disposición de tres médicos o médicas alienistas a la incapacitada o incapacitado, en el plazo de 72 horas para ser examinada o examinado; oír a la afectada o afectado o a su representante; y prevendrá a quien, bajo cuya guarda se encuentra la incapacitada o incapacitado. Y en caso de que dicha incapacidad resultará probada, la Jueza o el Juez: nombrará tutora interina o tutor

determinación, para lo cual ha de estarse a las reglas generales de la legislación procesal civil; verbigracia, si se peticiona a la autoridad judicial la declaración de incapacidad de una persona mayor de edad, tendrán que seguirse las reglas contenidas en los artículos 904 y 905 del Código en estudio¹⁵⁹, que literalmente disponen:

[...] Artículo 904.- La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que se refiere el artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal; se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona y bienes del señalado como incapacitado; ordenará que la persona que auxilia a aquél de cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos

interino, de reconocida honorabilidad y que no tenga intereses opuestos a la incapacitada o incapacitado; pondrá los bienes de la presunta incapacitada o incapacitado bajo la administración de la tutora interina o tutor interino; efectuará un reconocimiento médico de la presunta incapacitada o incapacitado, con peritos diferentes. Declarada la incapacidad, inhabilitación o estado de interdicción, la Jueza o el Juez procederá al nombramiento de tutora o tutor definitivo. De tal tramitación, se dará aviso al Ministerio Público y al Consejo de Familia. *Cfr.*, Guitrón Fuentevilla, Julián, *Proyecto de Código de Procedimientos Familiares tipo para los Estados Unidos Mexicanos, op.cit.*, pp.47-49.

¹⁵⁹ Una de las reformas importantes en estos preceptos, fue la publicada el 14 de marzo de 1973, pues se cambió del juicio sumario al Juicio ordinario, con plazos más largos en caso de controversia entre las partes. Además, el día 17 de enero de 2002, se reformó el primer párrafo del artículo 904, el cual establecía: “La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.”, para quedar como sigue: “La declaración de incapacidad por alguna de las causas a que re (sic) refiere el artículo 450, fracción II, del Código Civil para el Distrito Federal: se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.”, *Cfr.*, Diario Oficial de la Federación, publicación del 14 de marzo de 1973 y 17 de enero de 2002.

alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilie u otro medio de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

II. Los médicos que practiquen el examen deberán ser designados por el juez y serán de preferencia alienistas o de la especialidad correspondiente. Dicho examen se hará en presencia del juez previa citación de la persona que hubiere pedido la interdicción y del Ministerio Público.

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

De la resolución en que se dicten las providencias mencionadas en este artículo procede el recurso de apelación en el efecto devolutivo que será de tramitación inmediata.

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

V. Hecho lo anterior el juez citará a una audiencia, en la cual si estuvieren conformes el Tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dictará la resolución que la declare. En caso de que en la resolución se haya declarado la interdicción, ésta deberá establecer el alcance de la capacidad y determinar la extensión y límites de la Tutela, en los términos enunciados en el segundo párrafo del Artículo 462 del Código civil para el Distrito Federal.

Si en dicha audiencia hubiera oposición de parte, se substanciará un Juicio Ordinario con intervención del Ministerio Público. Énfasis añadido.

Artículo 905.-En el juicio ordinario a que se refiere el artículo anterior, se observarán las siguientes reglas:

I. Durante el procedimiento subsistirán las medidas decretadas conforme al artículo anterior y se podrán modificar por cambio de circunstancias o por la aportación de nuevos datos que funden su conveniencia;

II. El presunto incapacitado será oído en juicio, si él lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino;

III. El estado de incapacidad puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción; pero en todo caso se requiere la certificación de dos médicos o psicólogos, por lo menos, preferentemente de instituciones de salud oficiales. Cada parte puede nombrar un perito médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen. El examen del presunto incapacitado se hará en presencia del Juez, con citación de las partes y del Ministerio Público. El juez podrá hacer al examinado, a los médicos, a las partes y a los testigos cuantas preguntas estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

IV. Mientras no se pronuncie sentencia irrevocable, la tutela interina debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes del incapacitado. Si ocurriere urgente necesidad de otros actos, el autor interino podrá obrar prudentemente, previa autorización judicial.

V. Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción se procederá a nombrar y discernir el cargo de tutor o en el caso de excepción, los cargos de tutores definitivos, delimitando su responsabilidad de acuerdo a la ley.

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

VII. Las mismas reglas en lo conducente se observarán para el juicio que tenga por objeto hacer cesar la interdicción.

VIII. El que dolosamente promueva juicio de incapacidad, será responsable de los daños y perjuicios que con ello ocasione, independientemente de la responsabilidad penal que fije la ley de la materia.

De la interpretación literal y armónica de los numerarios antes transcritos, se advierte dos tipos de procedimientos: uno voluntario y otro contencioso. Las medidas precautorias comienzan con la solicitud de la parte actora, y subsisten durante el procedimiento.

Tales medidas prejudiciales, en el año 2001, fueron motivos de una acción de inconstitucional que le correspondió resolver a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 579/1999, promovido por José Melgar Castillejos, el asunto consistía básicamente, en que dicho quejoso precisó que se había violado en su perjuicio el artículo 14 Constitucional, toda vez que tuvo conocimiento de que existía un Juicio de Interdicción en la vía de Jurisdicción Voluntaria, donde se le había privado de la administración de sus bienes, sin que se le hubiera oído y vencido en juicio. El argumento toral de la mayoría de la Sala, fue en el sentido de que “las medidas consagradas por la ley impugnada tienden a salvaguardar el patrimonio del señalado como incapaz; también cierto es que dada la entidad de la afectación que se le produce, consistente en la limitación absoluta de su capacidad de ejercicio, la cual puede prolongarse indefinidamente, ante la omisión de la ley de establecer un plazo perentorio para el ejercicio de la acción en juicio ordinario, debe concluirse que se actualiza un **acto privativo de derechos, que se diferencia de los actos de molestia**

a que se alude la jurisprudencia relativa, por el hecho de que los segundos se refieren a medidas provisionales que no alteran la personalidad...”¹⁶⁰.

Bajo esta tesis, la primera postura sostenía que eran actos privativos fuera del juicio de interdicción; mientras la otra postura, la minoritaria, afirmaba que no existía violación a la garantía de audiencia, sino que eran simples actos de molestia dentro del citado procedimiento.

Por otra parte, el dispositivo en comento prevé que la declaración de incapacidad requerirá de peritajes médico alienistas que confirmen la imposibilidad para ser autosuficiente. Si se demuestra, el Juez Familia deberá citar a una audiencia, en la que sólo puede ser declarada la interdicción, si, están conformes tanto el promovente, como el Ministerio Público y el tutor cautelar que le designe al presunto incapacitado; pues, si entre ellos existe controversia, es necesario, seguir el juicio ante las reglas del Ordinario Civil.¹⁶¹

Por lo que, a fin de nombrar tutor, debe asignarse al tipo de tutela de que se trata, pues, en cada caso rigen reglas distintas. Hecho el nombramiento, la persona

¹⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Inconstitucionalidad de los actos prejudiciales en el procedimiento de interdicción*, Serie Debates Pleno, México, 2001, pp. 41-72

¹⁶¹La doctrina jurisprudencial ha establecido que: [...] Los artículos 14 y 16 constitucionales, en relación con el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, llevan a determinar que las **medidas que el Juez debe adoptar desde luego ante la solicitud de declaración de estado de interdicción a una persona, llegan a ser para ésta verdaderos actos de privación respecto a los cuales debe regir la garantía de audiencia** [...] Por tanto, las afectaciones a la esfera jurídica del presunto incapaz, tanto las iniciales como las que se toman con motivo del resultado del primer reconocimiento, tienen el carácter de actos de privación, dado que han de prolongarse por todo el tiempo que dure el procedimiento hasta el dictado de la resolución donde se declare o no el estado de interdicción, en la audiencia respectiva. [...], *Cfr.*, el siguiente rubro: “INTERDICCIÓN. LAS MEDIDAS ADOPTABLES ANTE SU SOLICITUD PUEDEN TRADUCIRSE EN ACTOS DE PRIVACIÓN”, Tesis I.4o.C228 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2866.

designada puede, hacer valer impedimentos o excusas: pero si éstos no existen o no se hacen valer y el cargo es aceptado, el Juez Familiar, previa verificación de que reúne los requisitos legales debe deferir la tutela, es decir, convalidar el nombramiento de tutor.¹⁶²

Una vez aceptado y discernido del cargo, el tutor debe otorgar garantía para asegurar su manejo, aunque, de conformidad con la Ley Sustantiva Civil para esta Ciudad, algunos sujetos no están constreñidos para este efecto. Por ejemplo: los tutores testamentarios, cuando el testador los releva expresamente de dicha obligación; el tutor que no administra bienes; el padre, la madre, los abuelos, los hijos o el cónyuge, en determinados casos; y los que acogen a un expósito, lo alimentan y educan convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

Luego entonces, los tutores que deben otorgar garantía, que podría consistir en prenda, hipoteca o fianza, será para cubrir los siguientes elementos: importe de las rentas de los bienes raíces; valor de los bienes muebles; valor de los productos de las fincas rústicas, de dos años o del término medio de un quinquenio; el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles de las negociaciones mercantiles.

Finalmente, una vez que se hace el discernimiento, debe inscribirse en el registro que se lleva en los Juzgados Familiares, y dicho Juez debe remitir copia

¹⁶² Se enuncia tal idea, en el artículo 906 del Código Procesal Civil que a la letra indica: “Todo tutor cualquiera que sea su clase, debe aceptar previamente y prestar las garantías exigidas por el Código Civil para que se le discierna el cargo, a no ser que la ley lo exceptuare expresamente. El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En igual término debe proponer sus impedimentos o excusas disfrutando un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente. Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento o a la causa legal de excusa. La aceptación o el lapso de los términos en su caso, importan renuncia de la excusa.”

certificada del auto de discernimiento al Juez del Registro Civil, para que levante el acta de tutela.¹⁶³

Así las cosas, cuando el tutor desempeña su cargo, puede ser objeto de suspensión y separación, la primera, implica su cesación temporal en el ejercicio de la tutela, los supuestos son: cuando el tutor es procesado por algún delito, y en el momento en que se emite el auto de formal prisión con sujeción a proceso y hasta que se pronuncia sentencia irrevocable. Por su parte la separación, requiere de los siguientes supuestos: el tutor ejerza la administración sin otorgar caución; el tutor no rinda cuentas de su administración en el término de Ley; el tutor sea inhábil para el cargo; el tutor o sus descendientes contraigan matrimonio con el pupilo; el tutor permanezca ausente del lugar en que debe desempeñarse; el tutor ejerza violencia familiar o cometa delito doloso contra el pupilo; y el tutor se conduzca mal en el desempeño de su cargo, en la persona o bienes del pupilo¹⁶⁴.

3.3 *Proyecto de Reforma al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, ambos para esta Ciudad.*

El diputado Efraín Morales López, Presidente de la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa para la Ciudad de México, de la VI Legislatura, presentó el 17 de abril de

¹⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tutela, op.cit.*, pp.90-95.

¹⁶⁴ La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que: “La ley no exige que los actos de un tutor que son perjudiciales para el pupilo, deban ser en beneficio de aquél, para que pueda ser removido de su cargo, pues de acuerdo con el artículo 457 del Código Civil del Estado de Puebla, basta con que los tutores se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del menor, para que sean separados de su cargo. “ *Cfr.*, el siguiente rubro: “TUTORES, REMOCION DE LOS (LEGISLACION DE PUEBLA)”, Tesis aislada, emitida por la Tercera Sala de nuestro Máximo Tribunal, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en la Quinta Época, Tomo XCI, Marzo de 1947, Pág. 2094.

2013, el Proyecto de Decreto por la que se reforman, adicional y derogan diversos artículos del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, ambos para la Ciudad de México, ello con sustento en la reforma del 6 de junio de 2012 en materia de Derechos Humanos, especialmente tratándose de las personas con discapacidad, toda vez que México firmó el 13 de diciembre de 2006, y el Senado de la República ratificó el 27 de septiembre de 2007, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual tiene como propósito: promover y asegurar el goce pleno y condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.¹⁶⁵

En esencia, la reforma pretende que las personas con discapacidad tengan el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, donde se les reconozca la capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto del pueblo mexicano. Tratando de distinguir entre quienes no tienen capacidad de autogobernarse de quienes, por padecer discapacidades derivadas de cuestiones físicas, no pueden expresar su voluntad sin ayuda de otra persona.

Por tal razón, resulta importante enunciar los aspectos relevantes de dicha reforma, al tenor siguiente:

- La sentencia de divorcio fijará la situación de los mayores sujetos a interdicción;
- La patria potestad sobre los descendientes quedará prorrogada: cuando sean declarados interdictos durante la minoría de edad y alcanzada la mayoría de edad continúen en ese estado; cuando el hijo mayor de edad soltero viva con sus padres o abuelos y fuera declarado interdicto;

¹⁶⁵ Michel Espino, Adrián, Iniciativa con proyecto de Decreto por la que se reforman, adicional y derogan diversos artículos del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, Gaceta Parlamentaria de la VI Legislatura de Asamblea Legislativa del Distrito Federal, México, Segundo Ordinario, Año 01, N. 60, 17 de abril de 2013, pp. 16-17

- Los efectos de la sentencia de interdicción principiaron a partir de que el menor alcance la mayoría de edad, sea que se prorrogue la patria potestad o designe tutor;
- Se adiciona el capítulo de la tutela, para agregar la institución de la custodia;
- La tutela o custodia podrá ser definitiva, siguiendo los lineamientos del código procesal para la declaración de incapacidad;
- La incapacidad para comunicarse de una persona o su avanzada edad no implican por sí misma una restricción a su capacidad legal;
- Durante el procedimiento de interdicción, el Juez deberá allegarse de toda información disponible, de la opinión de los parientes o relaciones cercanas al interdicto, pero sobre todo de dos diagnósticos de psiquiatras quienes aplicarán las Guías elaboradas ex profeso por expertos en salud mental;
- Se deberá declarar en la incapacidad, el grado de capacidad de la persona y señalará los actos que ésta podrá realizar por sí misma; los que requerirán de la asistencia de un custodio, o de ser el caso, los que realice el tutor en su representación;
- Las sentencias de interdicción serán revisadas en un plazo de tres años a partir de que la resolución quede firme, iniciándose de oficio por el Juez que conoció de la declaración, a fin de conocer su estado actual y si cambiaron sus circunstancias las hará valer en la nueva sentencia que emita;
- Los declarados en estado de interdicción tendrán los siguientes derechos: protegidos de abusos y malos tratos contra su persona y patrimonio; recibir atención y cuidados personales de los parientes obligados; no ser discriminados por su especial situación; recibir información sobre su

estado de salud, vida personal o estado de su patrimonio; emitir opinión en asuntos judiciales, administrativos y médicos que le afecten en su estado físico y mental; conservar su alojamiento y muebles; disponer de un ingreso que obtenga a través de su trabajo y demás prestaciones; solicitar la revisión de la sentencia que declare su interdicción; solicitar revocación de su custodio provisional o definitivo; gozar de los derechos que les otorguen otras leyes o los tratados internacionales;

- El custodio no representa ni sustituye a la persona para actuar en su nombre, pero su intervención es necesaria cuando el interdicto celebre actos jurídicos; en caso contrario, tales actos serán anulables;
- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de quienes no estén sujetos a patria potestad o de los mayores que tengan incapacidad total para gobernarse por sí mismos;
- La interdicción cesa con la muerte del incapacitado o por sentencia que declare la capacidad de la persona;
- En caso de que iniciado el juicio de interdicción, el informe médico determina que la persona no padece una pérdida total de sus facultades mentales, el Juzgador podrá ratificar al custodio provisional;
- Podrá ser nombrado custodio provisional: el designado por el presunto incapaz; el nombrado en un documento de tutela cautelar; y en caso de que no existan ninguna de las anteriores, será el Juez quien lo nombre;
- En caso de que en el procedimiento de interdicción, por dictámenes médicos, el Juez resuelva que el régimen de custodia provisional no es suficiente para proteger al incapacitado, deberá nombrarle un tutor interino;
- El mandato termina por interdicción del mandante, salvo que éste hubiera otorgado un mandato continuo; y

- La Secretaría de Salud de la Ciudad de México, formulará las Guías de los grados de incapacidad.¹⁶⁶

Haciendo un análisis exhaustivo de la figura del custodio de forma provisional o definitivo, pretende eliminar sustancialmente la idea de la representación legal, pues de acuerdo al caso concreto, si una persona tiene momentos de lucidez, entonces, tiene aún personalidad jurídica, y no puede ser privado de ejercitar sus derechos para realizar actos jurídicos, lo cual, es el aspecto innovador de la reforma, pues ahí, se encuentra la razón de ser del objeto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; lo cual se abre un nuevo paradigma en materia de capacidad jurídica, pues la única excepción de tal sería la incapacidad jurídica de las personas adultas que se encuentren totalmente privados de su razón.

3.4 *Caso práctico.*

La historia comienza, en un poblado denominado “Santa Rosa de Lima”, en el Estado de Oaxaca, nació en 1988, un niño de nombre KANDINSKY, a los 5 años de edad, sus padres decidieron emigrar a la Ciudad de México, estableciéndose en la Colonia Doctores, por fortuna de la familia, en el negocio de bebidas y alimentos que tenían, les empezó a ir de maravilla. Pero el niño KANDINSKY “no era un niño normal”, presentaba alteración grave y persistente de la interacción social, así como la existencia de patrones de comportamiento, intereses y actividades restrictivos, repetitivos y estereotipados expresados bajo ciertas conductas recurrentes que generan un deterioro clínicamente significativo de la actividad social, laboral u otras áreas importantes para el individuo, sin que coexista forzosamente un retraso grave en el lenguaje o en el desarrollo de habilidades de autoayuda.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 29-47.

Ante tales circunstancias, los padres de KANDINSKY lo llevaron a un médico especialista, quien le diagnosticó que padecía desde su nacimiento del síndrome de asperger, los padres pensando que el niño no pudiera conducirse con plena capacidad, lo cuidaron durante su etapa de crecimiento.

En 2011, a la edad 24 años aproximadamente, KANDINSKY ingresó a trabajar en el Museo Soumaya, y su capacidad jurídica no se ha visto disminuida hasta la fecha, aunque por su padecimiento de síndrome de asperger, en la modalidad de trastorno del espectro autista, caracterizado por un mayor o menor impedimento en las habilidades del lenguaje, comunicación, socialización y conducta, al igual, que patrones repetitivos o restringidos de pensamiento y comportamiento; e inteligencia limítrofe.

El 25 de febrero de 2008, la madre de KANDINSKY, solicitó una declaratoria de interdicción en vía jurisdicción voluntaria. El 20 de agosto de 2008, el Juez B de lo Familiar de la Ciudad de México, a quien le correspondió conocer del asunto por razón de turno y competencia, emitió una resolución en la que, entre otras cuestiones, decretó el estado de interdicción del citado sujeto por su déficit intelectual crónico e irrecuperable, designó como tutores y curadores a su madre y padre y requirió la correspondiente inscripción en el Registro Civil.

El 14 de julio de 2011, KANDINSKY, presentó una demanda de amparo contra el Jefe de Gobierno y la ALDF, pues son las autoridades responsables de haber legislado e implementado la figura de "interdicción" en el Código Civil local, que le suprime el derecho a tomar control sobre su vida, perpetuando así un sistema de abusos.

Contra la anterior decisión, el 14 de julio de 2011, KANDINSKY presentó una demanda de amparo indirecto en la que adujo la constitucionalidad de los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para la Ciudad de México, a partir de su primer acto de aplicación, y afirmó que dichas normas le niegan el reconocimiento pleno de su personalidad y capacidad de ejercicio (aun cuando ostente un grado de discapacidad mental) y, consecuentemente, violan el principio de dignidad humana, los derechos a la igualdad y no discriminación e incumplen las obligaciones previstas en la Convención

sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Seguidos los trámites correspondientes, el asunto llega a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y el quejoso además de que exige el reconocimiento de su personalidad, sostiene que el régimen de interdicción e incapacidad legal para los discapacitados contemplado en la legislación civil; particularmente, en los artículos 23 y 450, fracción II, del Código Civil para la Ciudad de México, no establece ni regula las medidas concretas que el artículo 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que dispone salvaguardar los derechos, voluntad y preferencias de las personas con algún tipo de capacidad diferente, medidas caracterizadas por su razonabilidad, flexibilidad, proporcionalidad y revisión periódica.

De los antecedentes mencionados, tratemos de resolver las siguientes preguntas: ¿Qué es el síndrome de asperger? ¿Tal padecimiento impide al sujeto ejercitar sus derechos y obligaciones? ¿El artículo 12.4. de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es contrario al artículo 23 y 450 fracción II del Código Civil para la Ciudad de México?

En principio, explicitaremos el síndrome de asperger o trastorno de asperger, descrito clínicamente en 1944 y denominado en sus inicios como “psicopatía autista”. Son personas” que claramente están presentando alteraciones y dificultades, sutiles y difíciles de comprender en ocasiones, pero no por ello menos relevantes, en los aspectos y componentes más esenciales e importantes que caracterizan el uso social y mental del lenguaje, en especial, la pragmática, pero también significativamente en la semántica y reflejan formas de discapacidad...”¹⁶⁷

Lo anterior implica, que el padecimiento presenta en el lenguaje discursivo una posible comunicación, aunque sea lacónica, pues pueden ser conscientes de su

¹⁶⁷ FEDERACIÓN ASPERGER ESPAÑA, *Síndrome de asperger: aspectos discapacitantes y valoración*”, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, p. 4.

dificultad para encontrar temas de conversación y para transmitir con agilidad información significativa.

En el nivel receptivo del lenguaje, comprende planos conversacionales y discursivos del lenguaje, aunque hay alteraciones sutiles en los procesos de diferenciación del significado intencional de literal.

Ahora bien, estas personas tienen un nivel de inteligencia normal o superior. Aunque presentan *déficits cognitivos y un estilo de aprendizaje peculiar*¹⁶⁸, que interfieren a su acceso educativo y funcionamiento cotidiano, esto es, afectan las esferas: cognición social, habilidades de organización y planificación, rigidez mental, habilidades de comprensión, interpretación y evaluación crítica.¹⁶⁹

Por tanto, debemos analizar cada caso concreto, en particular, tendría que valorarse a KANDINSKY si efectivamente no puede conducirse en determinados actos jurídicos, pues si tiene capacidad jurídica limitada o restringida, debemos conocer clínicamente cuál es su grado; de ahí, la evolución que ha tenido en los últimos años, y entonces, declararlo incapaz, o tal vez solamente inhábil, como en algunos países como Argentina.

Algunos especialistas podrían opinar que debería reformarse la tutela, y agregarse al custodio para que vigile a KANDINSKY, pero como no ha sido aprobada en la Asamblea Legislativa de la Ciudad de México, sería prematuro concluir con esa figura del derecho español.

El argumento toral de KANDINSKY, es su personalidad jurídica que tiene aun de ejercitar su capacidad de ejercicio, lo cual a mi juicio es interpretado de forma incongruente desde la visión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues el problema en países como el nuestro, estriba en que nosotros si

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 16.

¹⁶⁹ En el mundo existen personas famosas con este padecimiento, desde Isaac Newton, Albert Einstein, Vernon Smith, Glenn Gould, Syd Barret, Steven Spielberg, Temple Grandin, Bill Gates, Gary Numan, Tim Burton, Daryl Hannanh, Satoshi Tajiri, Bram Cohen y Clay Marzo.

diferenciamos en capacidad de goce y ejercicio, y en algunos países europeos y asiáticos, no existe tan distinción, únicamente se habla de capacidad jurídica.

Este es un grave problema, el cual tiene su antecedente en la propia Convención en análisis, toda vez que la intención de era crear un modelo de “asistencia en la toma de decisiones”, contrario al modelo de “sustitución en la toma de decisiones”.

Por su parte, “La delegación china, durante la quinta sesión del Comité Especial, expresó dudas acerca del significado del concepto “capacidad jurídica”, y señaló que en los diversos sistemas legales la expresión podía tener diversas acepciones. Señaló que si era necesario utilizar ese término se hiciera referencia a la capacidad de hecho exclusivamente y no a la capacidad de ejercicio [...]El estudio concluyó que los dos términos eran distintos: El reconocimiento como persona ante la ley implica que el individuo tiene el derecho a tener su estado y capacidad reconocidos por el ordenamiento legal. **El concepto capacidad jurídica es un concepto más amplio que presupone la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones e implica también la capacidad de ejercitar esos derechos y contraer obligaciones por sí mismo. [...]**¹⁷⁰

Siguiendo estas ideas, antes de la aprobación de la Convención por la Asamblea General, debido a las gestiones del Presidente del Comité y las organizaciones de personas con discapacidad, se logró el consenso de los Países que firmarían la Convención, para adoptar el modelo de asistencia en la toma de decisiones, comprendiendo dentro del concepto “capacidad jurídica” tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio.

En el caso mexicano, Junto con la Convención y el Protocolo Facultativo, el Ejecutivo Federal envió al Senado un Proyecto de Reserva respecto del artículo 12, párrafo 2o., de la Convención, al tenor siguiente:

¹⁷⁰ Cfr., González Ramos, Alonso Karim, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, CNDH, México, 2010, pp. 106.

Artículo 12.- De acuerdo con el artículo 1 de la Constitución Política, en los Estados Unidos Mexicanos queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.¹⁷¹

Consecuentemente, con la absoluta determinación de proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad, los Estados Unidos Mexicanos, interpretan el párrafo 2 del artículo 12 de la Convención, en el sentido de que en caso de conflicto entre dicho párrafo y la legislación nacional habrá de aplicarse el principio *pro homine*¹⁷², esto es, la norma que otorgue mayor protección legal, salvaguarde la

¹⁷¹ El numeral 2, inciso d) de la Convención sobre el Derecho de los Tratados establece que “reserva es una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”. *Ibidem*, p. 107.

¹⁷² La doctrina jurisprudencial mexicana ha establecido que: “... es aplicable en dos vertientes, a saber, el de preferencia de normas y de preferencia interpretativa, ello implica que el juzgador deberá privilegiar la norma y la interpretación que favorezca en mayor medida la protección de las personas. Por su parte, el “control de convencionalidad” dispone la obligación de los juzgadores de interpretar las normas relativas a los derechos humanos, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo la protección más amplia a las personas. Sin embargo, su aplicación no implica desconocer los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de las acciones, pues para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, el Estado puede y debe establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los medios de defensa, los cuales no pueden ser superados, por regla general, con la mera invocación de estos principios rectores de aplicación e interpretación de normas”, con el siguiente rubro: PRINCIPIO PRO HOMINE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES, *Cfr.*, Tesis de jurisprudencia número VI.3o.A. J/2 (10a.), emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, en la Décima Época, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, Pág. 1241.

dignidad y asegure la integridad física, psicológica, emocional y patrimonial de las personas.

Por tanto, en el caso de KANDINSKY la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debería considerar el derecho fundamental que tiene para que en determinados actos jurídicos pueda ejecutarlos con asistencia de una persona dígame tutor, custodio, mentor, curador, tomando como referencia no sólo la Norma Oficial Mexicana 025-SSA2-1994, relativo a la prestación de servicios de salud en unidades de atención integral hospitalaria médico- psiquiátrica¹⁷³, sino las categorías mundiales sobre trastornos mentales que emite la Organización Mundial de la Salud¹⁷⁴, a fin de que la Secretaría de Salud a nivel federal y local, puedan establecer parámetros y grados de enfermedad mental, y los Jueces puedan cerciorarse de la incapacidad de un presunto interdicto.

Por todo lo anterior, la resolución que emita Nuestro Máximo Tribunal creará el precedente sobre si debemos distinguir entre capacidad de goce y de ejercicio, con las restricciones debidas o plenitud de igualdad y no discriminación para los derechos fundamentales de KANDINSKY.

¹⁷³ Tiene como objetivo uniformar criterios de operación, actividades, actitudes del personal de las Unidades que prestan servicios de atención hospitalaria médico-psiquiátrica. Además, que define al enfermo mental como aquella considerada como tal en la Clasificación Internacional de enfermedades mentales vigente en la Organización Mundial de la Salud.

¹⁷⁴ Las categorías principales van desde el F00 hasta el F99 y describen los diferentes trastornos mentales agrupados a partir de criterios muy prácticos, en el que poco o nada han tenido que ver criterios etiológicos, evolutivos o pronósticos. Las categorías principales aparecen agrupadas: "F00 -F09. Trastornos mentales orgánicos, incluidos los sintomáticos. F10 -F19. Trastornos mentales y del comportamiento debidos al uso de sustancias psicótropas. F20 - F29. Esquizofrenia, trastorno esquizotípico y trastornos de ideas delirantes. F30 -F39. Trastornos del humor (afectivos). F40-F49. Trastornos neuróticos, secundarios a situaciones estresantes y somatomorfos. F50-F59. Trastornos del comportamiento asociados a disfunciones fisiológicas. F60-F69. Trastornos de la personalidad y del comportamiento del adulto. F70 -F79. Retraso Mental. F80 - F89. Trastornos del desarrollo psicológico. F90-F98. Trastornos del comportamiento y de las emociones de comienzo habitual en la infancia y adolescencia. F99. Trastornos mentales sin especificación" *Cfr.*, <http://www.who.int/es/>.

3.5 Propuesta

El código Civil y Código de Procedimientos Civiles, ambos para la Ciudad de México, deben ajustarse al derecho fundamental que tienen los presuntos incapaces; esto es, que se tramite la declaración de interdicción en la vía de jurisdicción voluntaria, en forma oral, y puedan concederles la garantía de audiencia y el debido proceso, a fin de que puedan manifestar lo que a su derecho corresponda, partiendo desde una visión social- institucional como sostiene Niklas Luhmann¹⁷⁵, pues en sus escritos abordó temas como libertad, igualdad y dignidad humana; sin embargo, puede sustentarse su posición, en:

- Derechos subjetivos: deben hacer que las personas beneficiadas se acojan a ellos como portadores de derechos fundamentales;
- Se tratan de derechos fundamentales específicos, los cuáles en realidad pueden reglamentarse con o sin Constitución;
- Se conceptúan como instituciones, de forma dinamizada;
- Se fundamenta no en el derecho sino en la política, utilizando una teoría de la diferenciación funcional en donde todavía el derecho como subsistema social no aparece, pero si la política bajo el antiguo lenguaje de Estado.¹⁷⁶

En este sentido, la dogmática alemana sobre los derechos fundamentales distingue entre los derechos de los alemanes y derechos de todo el mundo, diferente a los derechos humanos, pensados *ab aeterno*, pues los derechos

¹⁷⁵ Nació en Lüneburg, Alemania en 1927, y murió el 6 de noviembre de 1998. Estudió Derecho en la Universidad de Freiburg (1946-1953), y durante los años 1956 a 1962 trabajó como funcionario de la administración pública. Su vida personal e intelectual cambió radicalmente a partir del curso 1960-1961 en el que, con una beca, viaja a los Estados Unidos, a Harvard. Ahí conoce y estudia sociología con Talcott Parsons.

¹⁷⁶ LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, Tr. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2010, pp. 17-19.

fundamentales resguardan un orden social contingente y que pueden volver a desdiferenciarse.

Bajo estas ideas, la institución designa en la sociología no simplemente un complejo de normas, sino un complejo fáctico de expectativas de comportamiento que se vuelven actuales y contar con consenso social, por lo que también se ve influenciado por Maurice Hauriou en el concepto de institución, que se utiliza en la dogmática jurídica como una especie de concepto de contacto en la realidad social.¹⁷⁷ Por lo tanto, las instituciones son expectativas de comportamiento temporal, objetual y socialmente generalizadas que forman la estructura de los sistemas sociales.

Además, el **sistema político en el orden social diferenciado**, hace énfasis en que una diferenciación especificada por funciones, de la sociedad lleva a una estructuración singular del orden social; esto es, al nacimiento de subsistemas orientados a prestaciones cuyos límites se mantienen constantes como umbrales de la prestación y favorecen el proceso de racionalización.¹⁷⁸

Es ahí donde, los derechos fundamentales sirven al orden social industrial-burocrático como una de las instituciones que ayudan a consolidar la índole de la comunicación, con el fin de mantenerla completamente abierta a la diferenciación.

Así en el orden político diferenciado muestra predisposiciones a la inestabilidad en lo siguiente:

- La indeterminación de aquello que puede ser problema necesitado de decisión política;
- Centralización del poder legítimo;
- Generación del poder;
- Grado de abstracción;

¹⁷⁷ *Ibidem*, p., 85.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p., 94.

- Fluctuación de apoyo político¹⁷⁹

Por otra parte, otro de los factores influyentes en esta teoría, es la **jerarquía de las leyes y la separación entre Estado y sociedad**, porque los derechos fundamentales nacen en una situación histórica de transición que va desde la idea jerárquica hasta la dicotomía entre Estado y sociedad. Entonces, la idea de fundamentar el Estado y el Derecho reside en la dificultad de demostrar la existencia de un derecho de rango superior.¹⁸⁰

Ahora bien, **¿existirá una fundamentación jusnaturalista y científico-filosófica de los derechos fundamentales?**. La discusión se esfuerza por demostrar que los derechos fundamentales no sólo tienen una función para el individuo en su esfera societal sino tienen también una función para el Estado. El título de derecho natural puede únicamente sostenerse por una teoría que se propone demostrar la verdad de las afirmaciones acerca del ser de las normas jurídicas. Una de las formas de entender la posible conexión en esta temática, estriba en que los derechos fundamentales no sólo protegen al individuo frente al Estado, estructuran el entorno de la burocracia estatal en una forma que estabiliza el mantenimiento del Estado como subsistema de la sociedad y posibilita, una actividad comunicativa efectiva y eficaz.¹⁸¹

Siguiendo estas líneas, puede válidamente decirse que en toda sociedad diferenciada debe apoyarse en las personalidades como punto importante de las exigencias sociales, esto es, en la individualización de la presentación de sí mismo: en los derechos libertad y dignidad. Pero sin olvidar, que esta presentación presupone la libertad ante la coacción manifiesta y libertad ante expectativas sociales rígidamente marcadas. Por su parte la dignidad, es el resultado de logros de presentación difíciles, conscientes, inconscientes y referidos a intereses sistémicos de la personalidad ¹⁸²

¹⁷⁹ *Ibidem*, p.100.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp., 104-105

¹⁸¹ *Ibidem*, pp., 125-126.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 141-157.

Otro aspecto importante a considerar es la **fundamentación de las decisiones estatales: igualdad ante la ley**, donde Luhmann afirma que la crasa contraposición conceptual entre libertad e igualdad es una versión demasiado simple del problema, comparada con la versión humana de la rígida contraposición del individuo-colectividad.¹⁸³

Así las cosas, el derecho del ciudadano es el bien jurídico primigenio, el Estado se someterá a su voluntad; por tanto, con el derecho de igualdad sucede exactamente lo contrario, su problema de referencia es el actuar del Estado en caso de que no respete la exigencia de una sociedad diferenciada y en segundo plano adquiere el ciudadano un derecho subjetivo de igualdad para controlar y sancionar el deber primario del Estado.¹⁸⁴

Bajo lo antes mencionado, la teoría de la diferenciación social, encuentra sustento en precisar que el derecho de sufragio y el de propiedad, le acomoda circuitos de comunicación, sin que pase por alto que existen sistemas de comunicación. Es aquí donde, la única teoría social ofrece un esquema semejante a la teoría de sistemas de Talcott Parsons.¹⁸⁵

Por lo que, en un primer intento de complementar los presentes estudios, es la orientación de los derechos fundamentales hacia una función social debería hacer posible una legislación operante que asumiera responsabilidad política y que fuera más consciente de los problemas y más atendida a los hechos que la decisión del juez.¹⁸⁶

En segundo plano, la dogmática dominante interpreta los derechos fundamentales como valores, ya que busca anclar absolutamente del actuar político que fundamentan la selección de determinadas acciones.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 268.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ Su pensamiento parte de la esencia del actuar como comportamiento de un actor orientado en una situación y a partir de exigencias de formar sistema se puede deducir un bosquejo amplio y necesario. El esquema nace de la contraposición interno-externo, actuar en situación- actuar en sistema.

¹⁸⁶ Luhmann, Niklas, *Op. Cit.* p. 323.

Así pues, con lo antes analizado, el derecho fundamental de KANDINSKY, no puede surgir desde el interior del sistema. Sólo a través del meta-código inclusión/exclusión éste puede ser analizado y provocar la integración de nuevas normas o la eliminación de otras, vistas como justas o injustas desde el entorno, para alcanzar un derecho justo.

Los derechos fundamentales son valores positivo/negativo, un valor de conformidad/discrepancia con el derecho. Sus características: implican una función autorreferente del derecho sólo como observación empírica, pero no como operación; mientras el derecho es el medio, para conseguirla.

CONCLUSIONES

- En el Derecho romano, se distinguió la tutela de la curatela, porque la primera se encargaba de proteger a las personas que no podían hacerlo a razón de su edad o su sexo (menores); y la curatela, era una carga pública para proteger a los *loco furiosi- mente capti-*, y los *pródigos*, sordos y mudos.
- El procedimiento de interdicción en Roma, sólo funcionaba para los *loco furiosi- mente capti*, *pródigos*, *sordos y mudos*.

- La substanciación del procedimiento en Roma, en los tres sistemas era de carácter eminentemente especial o sumaria;
- En el procedimiento de *legis actiones* prevalecía la prueba testimonial sobre las demás, y por ello, daba origen a una declaración injusta del interdicto;
- En los sistemas formulario y extraordinario, las partes que solicitaban el estado de interdicción podían ofrecer documentos y peritos, normalmente médicos.
- En el sistema formulario, el Juez que decidía de la controversia era nombrada por las partes y no necesariamente debía tener conocimientos sobre el derecho, lo cual originó injusticia para las personas declaradas en estado de interdicción;
- Una gran ventaja del sistema extraordinario fue que el Juzgador pertenecía al servicio del Estado, pero ello, no sirvió de mucho pues, en realidad no existieron medidas precautorias para asegurar los bienes y la persona del presunto interdicto;
- En Alemania se contempla la figura del tutor, curador y asistente, con particularidades específicas, pudiendo distinguirse en cada uno, sobre la edad, el grado de incapacidad y su lucidez para ciertos actos jurídicos;
- El procedimiento que se sigue en Alemania, está inmerso en la Ley de Procedimiento en Materia Familiar y de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria;
- El procedimiento de interdicción en Francia es sumario, es decir, la demanda o solicitud por parte interesada se presenta ante el tribunal de tutela, quien analizara detenidamente el estado físico del adulto, señalando día y hora para que tenga verificativo una audiencia, la cual no es pública y el Juez podrá, si lo considera oportuno, realizar esta audiencia en presencia del médico o cualquier otra persona;
- En España, se destaca la figura de la tutela, curatela y el defensor judicial, sin olvidar la denominada prórroga de la patria potestad;
- El procedimiento en España, relativo al estado de interdicción, especialmente en Valencia, es verbal, se acude ante el Ministerio Fiscal según la

demarcación territorial, ante quien se promueve la incapacitación de las personas incapaces.

- En Argentina, se distingue entre la incapacidad natural o legal y, la inhabilitación por embriaguez habitual o uso de estupefacientes; disminuidos en sus facultades; y a los pródigos en los actos de administración y disposición de sus bienes.
- El procedimiento de interdicción en Argentina es de carácter especial, esto es, de forma breve, pues se exponen ante el Juez, los hechos y acompañando dos certificados médicos, relativos al estado mental del presunto incapaz y su peligrosidad actual;
- En Cuba, la incapacidad se da a los menores de diez años y mayores que hayan sido declarados incapaces en su patrimonio y persona, es decir, se distingue capacidad jurídica, de goce, ejercicio y la inhabilitación;
- El procedimiento que se tramita en Cuba, sobre el estado de interdicción de una persona, es en vía de Jurisdicción Voluntaria, y se presenta ante el Tribunal competente del lugar en que resida la persona que debe estar sujeta a este régimen;
- A nivel mundial, los Países que firmaron y ratificaron la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, utilizan dicho instrumento como guía para la solución de conflictos, tratándose de las personas incapaces, lo cual es sumamente debatible;
- El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pretende ser un modelo de “asistencia en la toma de decisiones”, contrario al modelo de “sustitución en la toma de decisiones”, como la tutela.
- A partir del Código de 1932, el estado de interdicción se tramitaba indistintamente en dos vías: jurisdicción voluntaria y sumariamente;
- Con las reformas que hubo al artículo 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles para esta Ciudad, el estado de interdicción se siguió en jurisdicción voluntaria y en caso de conflicto mediante el Juicio Ordinario;

- Aplicando control de convencionalidad, específicamente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se pretende dotar a los sujetos de la misma de personalidad jurídica;
- La personalidad jurídica de las personas con discapacidad, implica la capacidad de ejercicio para determinados actos jurídicos;
- El síndrome de asperger no le impide al presunto incapaz para ejecutar determinados actos jurídicos;
- El derecho al debido proceso y garantía de audiencia del presunto incapaz, tiene que ser un derecho fundamental con visión socialista.

- ÁLVAREZ, Emilio, *Tablas sinópticas de la historia externa e interna del derecho romano*, México, Asociación Nacional de Abogados, Ed. Facsimilar, 1980.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín et al, *Derecho romano, primer curso*, 29ª Ed., México, Porrúa, 2012.
- CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba, *El derecho civil en México, dos siglos de historia, desde la formación de las instituciones hasta la socialización de la norma jurídica*, México, Porrúa.
- CUENCA, Humberto, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa- América, 1957.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *Código Civil para el gobierno interior del Estado de los Zacatecas*, México, IIJ-UNAM, 2012.
- DOMINGO, Rafael (coord.), *Código Civil Francés/Code Civil*, Edic., bilingüe, Trad., Álvaro Núñez Iglesias, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio, “Código Civil Alemán, comentado”, Barcelona, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y Sociales S.A., 1998.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El derecho privado romano*, 26ª Ed., México, Porrúa, 2012.
- FOUCAULT, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, 2ª reim., México, FCE, 1998, t. I.
- GELIO, Aulo, *Noches áticas*, México, Porrúa, 1999.
- GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Derecho Civil*, 19ª Ed., México, Porrúa, 2000.
- GONZÁLEZ RAMOS, Alonso Karim, *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*, México, CNDH, 2010.
- GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Veinte años de derecho familiar, Memoria del Primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil*, México, Promociones Jurídicas y Culturales, 1978.
- - - - - -, *Proyecto de Código Familiar tipo para los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2004.

- - - - - - *Nuevo derecho familiar, en el Código Civil de México, Distrito Federal del año 2000*, México, Porrúa, 2003.
- HALPÉRIN, Jean Louis, *El Código civil francés*, 2ª Ed., Trad., Gustavo Cajica Lozada, CAJICA, 2009.
- IGLESIAS, REDONDO, Juan, *Definiciones y reglas de derecho romano*, 2ª Ed., México, Ariel, 2005.
- J. FRANCISCO et al, *Código Civil francés/Code Civil*, trad., Álvaro Núñez Iglesias, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.
- LAGRANGE, M. Eugenio, *Manual de derecho romano, explicación de las Instituciones de Justiniano por preguntas y respuestas*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1870.
- LAURENT, Francois, *Principios de derecho civil francés*, tomo V, vol. II, México, TSJDF, 2008.
- LUHMANN, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aportación a la sociología política*, Tr. Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 2010.
- OLLERO, Andrés, *Derechos Humanos, entre la moral y el derecho*, México, UNAM- IIJ, 2007.
- PÉREZ RAGONE, Álvaro et al, *Código Procesal Civil Alemán*, trad., Hanns Prutting y Sandra De Falco, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2006.
- PETIT, Eugène, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 25ª Ed. Trad. de José Ferrández González, México, Porrúa, 2009.
- PLANIOL MARCELO y JORGE RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tomo I, México, TSJDF, 2003.
- RENÉ David, et al, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 1ª reimp, 10ª Ed., Trad., Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, CM, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, 2010.
- SOHM, Rudolf, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, México, TSJDF- Ilustre y Nacional Colegio de Abogados A.C., 2006.

- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Etimología jurídica*, 6ª Ed., México, 2011.
- - - - - -, Tutela, México, SCJN, 2010, *serie Temas selectos de derecho familiar*, núm. 6.
- - - - - -, *Inconstitucionalidad de los actos prejudiciales en el procedimiento de interdicción*, Serie Debates Pleno, México, 2001.
- TAMAYO SALMORÁN, Rolando, *El origen del proceso (A la luz de la obra de Hans Julius Wolff)*, México, UNAM, 2010.
- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, *El digesto del Emperador Justiniano*, t, 1, México, 2007.

Páginas electrónicas

- http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/. 2009.
- ADAME GODDARD, JORGE, *Curso de derecho romano clásico I*, México, publicación electrónica en http://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/. 2009.
- Traducción de la codificación en comentario del alemán al español, <http://dejure.org/gesetze/FamFG/337.html>.
- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006135958&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20130605>.
- http://pendientedemigracion.ucm.es/info/civil/jgstorck/leyes/cc_0107.htm#CAP%C3%8DTULO%20PRIMERO.%20De%20las%20personas%20naturales.
- <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm>.
- <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>.
- <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-65.html>
- <http://www.who.int/es/>

Revistas

- Código Civil de la República de Cuba, Publicación digital del Ministerio de Justicia, véase: <http://www.gacetaoficial.cu/html/codigo%20civil%20lib1.html#l1t1>.
- FEDERACIÓN ASPERGER ESPAÑA, Síndrome de asperger: aspectos discapacitantes y valoración”, Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, España, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
- Secretaría de Salud, Informe final del Seminario sobre capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en México, CONADIS, WEIL GOTSHAL, México, 2010.
- Van Rhee C.H. Remco, “Tradiciones Europeas en el procedimiento civil: una introducción” Revista de Estudios de Justicia, Chile, Año 2011, núm. 15.

Artículos legislativos

- *Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928*, 2ª Ed., México, FCE, 1929.
- Michel Espino, Adrián, *Iniciativa con proyecto de Decreto por la que se reforman, adicional y derogan diversos artículos del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal*, Gaceta Parlamentaria de la VI Legislatura de Asamblea Legislativa del Distrito Federal, México, Segundo Ordinario, Año 01, N. 60, 17 de abril de 2013.