



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ARAGON”

15  
24

**LA IMPORTANCIA DE LA TUTELA EN  
NUESTRA LEGISLACION VIGENTE**

T E S I S

Que para obtener el Título de:  
**LICENCIADO EN DERECHO**

Presenta:

**ANTONIO ALVAREZ MARTINEZ**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

San Juan de Aragón, Edo. de Méx. 1990



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 está 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.

# I N D I C E

## I N T R O D U C C I O N

### CAPITULO I

#### ANTECEDENTES

	Págs.
A). Derecho Romano . . . . .	1
B). Derecho Español . . . . .	9
C). Derecho Francés . . . . .	16
D). Derecho Mexicano . . . . .	23
a). Código Civil de 1870 . . . . .	25
b). Código Civil de 1884 . . . . .	29

### CAPITULO II

#### LA TUTELA COMO INSTITUCION JURIDICA

A). Concepto de Tutela . . . . .	31
B). Personas que intervienen en la Tutela . . . . .	36
C). Garantías que debe prestar el Tutor para el desempeño de su cargo . . . . .	46
D). Naturaleza Jurídica de la Tutela . . . . .	52
a). ¿Es un Contrato? . . . . .	53
b). ¿Es una Gestión de negocios? . . . . .	61

### CAPITULO III

#### CLASES DE TUTELA

	Págs.
A). Tutela Testamentaria . . . . .	65
B). Tutela Legítima . . . . .	69
C). Tutela Dativa . . . . .	73

### CAPITULO IV

#### EFFECTUS Y EXTINCION DE LA TUTELA

A). Obligaciones y Derechos del Tutor . . . . .	76
B). Impedimentos y Excusas para el Ejercicio . . . . .	82

### CONCLUSIONES.

### BIBLIOGRAFIA.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS

#### A) DERECHO ROMANO

Una de las características por las cuales se significó el pueblo romano fue su gran sistema jurídico, mismo en que se conoció a la tutela, institución que tenía como finalidad esencial la de proteger a las personas que reunieran las cualidades de Sui Iuris, que estuviesen disminuidas en su capacidad de ejercicio; lo cual podía suceder por diversas causas de las cuales señalaremos entre otras:

La corta edad del pupilo, o sea, a los impúberes, la alteración de las facultades mentales de los púberes, o sea de las personas mayores de veinticinco años, y durante cierta época las mujeres fueron sujetas a la tutela perpetua, sin que se tuviera en cuenta su mayor o menor edad; este tipo de tutela con el tiempo desapareció.

El maestro Raúl Lemus García, en su obra Derecho Romano nos habla de que el primero en dar un concepto acerca de la tutela fue el insigne jurista Servio Sulpicio, quien la definió en la forma siguiente:

"Tutela es la potestad dada y permitida por el Derecho Civil sobre un hombre libre, para proteger a quien por su edad no puede defenderse por sí mismo"(1).

(1). Lemus García, Raúl.- Derecho Romano. Editorial Limusa, México, 1964. Págs. 103, 104

Sin embargo, el anterior concepto no resulta del todo cierto, ya que la tutela no se refiere a vigilar a la persona del pupilo, sino que se dedica al cuidado y administración del patrimonio de la persona puesta a su cargo.

En un principio, la tutela surge como una potestad en favor de la familia del incapaz, ya que con la muerte del pupilo, le sería transmitido en forma legítima el patrimonio al tutor.

La justificación que se daba para que la familia se hiciera cargo de la tutela del incapaz, se encuentra en el hecho mismo de que el pupilo por razón natural de su estado, podía llegar a dilapidar los bienes, objeto de su acervo patrimonial, en perjuicio de sus legítimos herederos.

Más tarde, con el desenvolvimiento que se va dando a esta figura jurídica, la persona del pupilo se constituye en el sujeto principal de la relación tutelar.

Encontrando en la anterior terminología, que el cargo de tutar se transforma de un derecho a una obligación o deber. Por su parte el maestro Floria Hagedent señala que "el nombrado sólo podrá sustraerse alegando y comprobando una causa de dispensa que podía ser por tener una edad muy avanzada, ejercer en ese momento otras tutelas, estar enfermo, ocupar un cargo político, etc.

Como ya se mencionó, la tutela tenía como finalidad esencial la de proteger a los incapaces de conducirse por sí mismos, y que por lo tanto requirieran de alguien que los dirigiese, iniciándose la tutela según manifestó Ventura Silva, en su obra Derecho Romano, de la siguiente forma:

"Nace la tutela siempre que un acto cualquiera ha--  
ci Sul Iuris a un impúber; normalmente, es la muerte -  
del pater familia o la emancipación del hijo impúber".  
(2).

Atendiendo a la manera de designarse el tutor, la -  
tutela se clasifica en testamentaria, legítima y deti--  
va.

Testamentaria.- Esta era la forma más importante, -  
para hacer la designación del tutor; en un principio ,  
el nombramiento constituía una potestad absoluta del -  
pater familia mismo, que tenía que hacer la designe--  
ción en forma imperativa , pudiendo incluso recibir el  
señalamiento en varias personas, con lo cual se da la  
pluralidad de tutores.

---

(2).-Ventura Silva Sebino.- Derecho Romano. Segunda edi--  
ción. Editorial Porrúa, S.A, México, 1975;pág-112.

Concluyendo podemos decir que la tutela testamentaria era un acto post mortem, en el cual el pater familia busaba proteger a las personas que se encontraban sometidas a su potestad.

Como ya se mencionó la tutela testamentaria se convirtió en la principal forma de nombrar al tutor, por lo -- que si no existía testamento o aún existiendo se omitía designar al tutor; se abría la tutela legítima correspondiendo desempeñar el cargo al agnado más próximo.

Durante el imperio de Justiniano el sistema sufre --- algunas modificaciones, siendo entre otras la correspondiente, el hecho de que tanto la sucesión como la tutela se transmitieran al pariente natural más cercano, bien - se tratara de un agnado o un cognado.

Tutela dativa.- También recibió el nombre de Atiliana en razón de que la Ley Atilia lo estableció en el año -- 200, y es con esto que se puede reafirmar que la persona del pupilo es la figura principal de la relación tutelar se da como una suplencia a las tutelas testamentaria y - legal; otorgándose al pretor urbano asistido de la mayoría de los tribunales, la facultad de hacer el nombramiento del tutor.

La incitación para que el pretor realizara la designación, podía hacerla cualquier persona que tuviera interés, aunque esto constituía una obligación para las siguientes personas:



La madre del menor, los presuntos herederos del pupilo o bien los libertos de su padre.

Como anteriormente se dijo, las funciones del tutor, se concretaban a la administración de los bienes del pupilo que estaba a su cuidado.

Por lo que hacía a la persona del incapaz, como era su alimentación y educación, correspondía velar a la madre, o bien, a sus parientes más próximos.

Existían dos formas a través de las cuales el tutor, podía llegar a realizar el cumplimiento de sus funciones según se tratara de un menor o un mayor.

El menor infante era aquel que aún no sobrepasaba la edad de los siete años, por lo que se pensaba que todavía no contaba con el suficiente criterio para poder llevar a cabo acto jurídico alguno, considerándosele por lo tanto como un incapaz civilmente, debiendo el tutor prestar la Negotiorum Gestio, en la cual se estipulaba al tutor con un mandataria, que era la persona que ejecutaba los actos a nombre propio y a cuenta de su mandante; por lo que no era necesario que a la celebración del acto jurídico concurrieran el pupilo y el tutor, bastando por tanto con la sola presencia de éste - último.

Con la finalidad de evitar que el tutor efectuase actos fraudulentos en perjuicio de su pupilo, se le exi

gió que al final de su gestión, realizara una rendición de cuentas respecto de todos los bienes que le fueron encomendados.

En el supuesto de que fuera un mayor infante a quien se le consideraba con facultades mentales más desarrolladas, se le aplicaba la Auctoritas Interpositio, consistente en el hecho de que el tutor solamente se concretaba a prestar asistencia y cogestión al pupilo, de tal manera que venía a completar su personalidad, esta intervención que llevaba a cabo el tutor debía de ser en forma libre, voluntaria y simple; siendo necesario que tanto para que el acto tenga plena validez que concurren tanto el tutor como el pupilo.

En este último caso, el tutor quedaba eximido de la obligación de efectuar al final de su cargo, una rendición de cuentas, ya que los actos fueron ejecutados con la anuencia del pupilo, siendo este quien lo autorizó; de lo anterior se desprende, lo que se buscaba era ir preparando al pupilo que ya estaba próximo a valerse por sí mismo.

Sin embargo a lo anterior cabe señalar una excepción, consistente en el hecho de que el mayor infante actuara sólo; es decir sin la intervención de su tutor, como sería en el supuesto de que realizara actos tendientes a mejorar su situación económica.

Al principio y con el fin de que el tutor cumpliera en forma eficaz con su cometido para el cual fue designado, se le otorgaron las más amplias facultades para que administrara los bienes del pupilo, de tal suerte que podía negociar con ellos como si se tratara de los suyos propios.

Posteriormente al concebirse la tutela como una carga para el tutor, se le limitan sus facultades para poder administrar el patrimonio del pupilo, requiriendo por lo tanto autorización del magistrado para enajenar los predios rústicos urbanos, los muebles preciosos y capitales pertenecientes al incapaz.

Para reafirmar lo anterior, tomamos de la obra del maestro arias Ramos el siguiente párrafo:

"Aún considerada originalmente como un derecho, la tutela en cuanto gestión de un patrimonio, debía ser ejercida honradamente".

A partir de las limitaciones que se establecieron al tutor, consistentes en pedir autorización al magistrado para ciertos actos, se restringieron todavía más esas facultades imponiéndole cierto tipo de responsabilidades, tratando de evitar con ello que utilizara los bienes del pupilo para obtener beneficios personales. Con lo que surgen una serie de acciones tendientes a buscar una mayor protección en favor del pupilo, como son entre otras las siguientes:

Accusatio Susceptoris Tutoris, esta acción podía ser ejercida por cualquier persona que tuviera un interés manifestado en la tutela, mediante ella se solicitaba la destitución del tutor por haber incurrido en faltas de honradez.

Actio Tutelar Directa; esta acción era ejercida por el pupilo en contra de su tutor o los herederos del tutor, que en forma indebida detentaban sus bienes, también procedía para reclamar al tutor el pago de los daños y perjuicios que su torpeza o mala administración le ocasionaran.

Así mismo para asegurar una mayor administración, por parte del tutor se le imponen ciertos tipos de obligaciones que garantizaran su gestión, como son las siguientes:

Satisfactio Rem Pupilli Selvem Fore; esta fue una obligación exclusiva que se impuso a los tutores legítimos y dativos, con el propósito de que nombraran fidejores solventes que se responsabilizaran de su mala administración.

Por lo que respecta a las mujeres, en el derecho romano durante una época se les sometió a tutela perpetua, su fundamento consistía en que se pensaba que la mujer por razón de su sexo tenía un carácter muy débil aunándose a ello su falta de experiencia en los negocios, por lo que las funciones del tutor

se concretaban a otorgar las Auctoritas Tutoris, quien al finalizar su cargo no tenía la obligación de rendir cuentas de su administración.

Trotándose de la tutela de las mujeres, se les aplicaron las reglas generales de la tutela; este tipo de tutela con el tiempo fue cayendo en desuso, hasta extinguirse; al respecto Lemus García hace el siguiente comentario:

" . . . fue suprimida totalmente en el año 410 de la era actual, en que una constitución de Honorio y Teodosio otorgó el *Ius liberorum* a todas las mujeres del imperio"

En cuanto a las formas de extinguirse la tutela podemos señalar que algunas son imputables al pupilo, con lo cual la tutela desaparecía en forma definitiva; teniendo entre otras, las siguientes causas: su muerte, caer en la *capitis diminutio* en cualquiera de sus tres grados o bien su llegada a la pubertad.

También la tutela se podía llegar a extinguir por causas provenientes del tutor, por lo que la relación terminaba para él, pero se mantenía para el pupilo, quien era sujetado a un nuevo tutor, cabe señalar entre otros motivos para su destitución, su muerte, caer en la *capitis diminutio* en cualquiera de sus tres grados, la llegada de un término o condición a que se hubiere sujetado su ejercicio, o bien el haber presentado una excusa válida.

Como ya se dejó asentado anteriormente, las mujeres se encontraban en una situación especial; el maestro Ventura Silve señala respecto a la terminación de la tutela de las mujeres lo siguiente:

" . . . terminaba esta tutela por la muerte, por la *capitis diminutio* máxima, media o mínima o cuando la mujer se daba en arrogación o *causa in manu*"

Con ello se corrobora que en la tutela de las mujeres se

aplicaban en general los mismos principios, salvo con algunas variantes.

#### B) DERECHO ESPAÑOL

En principio podemos señalar que el derecho español, sigue los mismos lineamientos marcados por el romano; pero sin embargo se han observado diversas modificaciones dentro del sistema tutelar a tal grado que se considera como una institución cussi-familiar, Calixto Valverde, ha apuntado lo siguiente sobre la tutela:

"La protección de los débiles, en general constituye no sólo un deber en algunos individuos, sino un deber social que se traduce en un aumento de vitalidad y energía para la sociedad". (2).

De lo anteriormente apuntado se desprende que la tutela ya no tan solo se considera como una obligación familiar, sino que además se observa también como una responsabilidad a cargo del Estado, el cual tendrá que velar por el cuidado y salvaguarda de los menores no sujetos a la patria potestad o en su caso de los mayores incapaces de cuidarse a sí mismos; con lo cual se pretende conseguir un mayor y mejor cuidado, para protección de las personas sujetas a tutela.

Con el propósito de lograr una mejor reglamentación de la tutela se han creado ciertos principios, los cuales tienen una gran importancia como en seguida señalaremos:

- De la unidad de la guarda legal, a través de este principio se fusionan las instituciones de la tutela y la curatela en razón de que dicha separación no tiene una justificación

---

(2).- Valverde Valverde, Calixto. Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV, 2a. Edición. Editorial Valladolid 1921, Pág. 515

lógica ya que tan solo es artificiosa e inútil al mismo tiempo.

Sobre el particular Fernández de Clérigo nos dice que:

"Nosotros creemos que no es posible mantener esa dualidad de nomenclatura, pues si bien es cierto que no pueden confundirse ni regularse de modo idéntico la tutela de los menores y la de los mayores de edad incapacitados, no es menos verdad que por eso dejan de ser una y otra formas de una sólo y misma institución: la tutela". (3).

- De la tutela orgánica, este principio es una derivación del anteriormente mencionado, ya que al hacer más compleja la institución, se requiere un mayor número de elementos para su control, contándose entre dichos órganos cuatro, que son: el Tutor, el Protutor, el Consejo de Familia y la Autoridad Judicial.

Respecto a los elementos de la tutela Costán Tobeñas, nos hace el siguiente comentario:

"Dos de estos elementos, el protutor y el consejo de familia, son complementos nuevos, en nuestro derecho, habiendo sido importados del código francés". (4).

- De la tutela de familia, en razón de este principio se erige como órgano primordial el consejo de familia, con lo cual se convierte en la máxima autoridad de la institución.

En tanto que a la autoridad judicial, se le reserva un carácter subsidiario y accesorio.

---

(3). Fernández de Clérigo, Luis.- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada. Editorial Hispano-Americana, México 1947, Pág. 347

(4). Costán Tobeñas, José.- Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo V, Vol. II, 8a. Ed. Editorial Reus, S. A., Madrid 1966, Pág. 285

La tutela tiene un origen diverso al que se le atribuye a la patria potestad, ya que mientras esta última se deriva de lazos naturales como son las relaciones paterno filiales, la tutela por el contrario es de carácter supletorio al anterior y es determinada por la ley.

Se sujetan a la tutela, los menores de edad que no se encuentran bajo la patria potestad o bien a las personas mayores que tuvieren restringidos sus facultades de obrar, independientemente de que lleguen a tener intervalos lúcidos.

Cabe señalar que la tutela puede ser total o parcial.

La primera es aquella en la cual el tutor actúa por sí sólo, realizando los actos a cuenta y nombre de su pupilo.

En la segunda que corresponde a la parcial, solamente intervendrá para complementar la personalidad de quien es puesto bajo su cuidado.

Ahora indicaremos las clases de tutela respecto a lo cual el maestro Castán Tobeñas dice que:

"Procede del derecho romano la clásica distinción de tres modos de delación de la tutela, que dan lugar a las respectivas especies de tutela testamentaria, tutela legítima y tutela dativa". (5).

Con lo cual se observa que la división romana ha permanecido inmutable y se sigue conservando en sus formas de nomenclatura.

Dentro del derecho español por lo que hace a la tutela legítima, no tan sólo se atiende el parentesco en forma exclusiva, sino que también, se toma en consideración el efecto que puede existir entre el pupilo y el posible tutor.

(5). Castán Tobeñas, José.- Obra citada

Las características que se atribuyen al tutor son: el ser un cargo personal y obligatorio, por lo cual sólo es dable liberarse del mismo cuando se dan ciertas causas, mismas que la ley determina en forma expresse como son:

El ser ministro de la corona, llevar a cabo funciones eclesiásticas, ser juez, tener más de sesenta años de edad, tener mal estado de salud habitual. El consejo de familia será el encargado de calificar las excusas hechas valer por el tutor.

Por considerer que la tutela es de una importancia preponerante al tutor se le exigen ciertas condiciones, por lo que deberá de gozar de una plena capacidad jurídica, así como tener una gran solvencia moral.

Existen ciertas causas de incapacidad para ejercer el cargo de tutor: el estar sujeto a otra tutela, el haber sido removido legalmente de otra tutela, observar mala conducta o no tener una manera honesta de vivir.

Nuevamente será el consejo de familia el encargado de calificar al representante del incapaz, sólo que esta vez a diferencia de la anterior, se declara la incapacidad del tutor, habiéndolo citado previamente para que manifieste lo que a su derecho convenga.

El tutor tiene los siguientes derechos: la facultad de poder exigir respeto y obediencia por parte de su pupilo, solicitar autorización al consejo de familia para llegar a imponer medidas de corrección al incapaz; y como una innovación podrá exigir que se le remunere por las actividades que resuelve con motivo de sus funciones.

En contraposición a los derechos que corresponden al tutor, se le imponen una serie de obligaciones, mismas que deberá de cumplir, como son:



En primer lugar deberá de efectuar un inventario de los bienes que se le otorgan en administración; también se encargará de alimentar y dar estudios al menor. Tratándose de un incapaz ya sea menor o mayor de edad que sufra alguna enfermedad mental, corresponderá al tutor, buscar por cuantos medios estén a su alcance su recuperación.

Otra de las obligaciones que se le asigne al tutor es la de prestar la debida garantía de su gestión, de los actos que lleve a cabo en representación de su pupilo.

Por último y para finalizar con la persona del tutor, dentro del derecho español, haremos referencia a las cuentas que le son exigidas al tutor, como consecuencia de su administración. Estas cuentas se dividen en dos; siendo las primeras las parciales que son aquellas que se efectúan en forma anual, quedando exentos de realizar dichas cuentas los ascendientes y descendientes del pupilo; dichas cuentas se rendirán al protutor y serán calificadas por el consejo de familia.

Las cuentas finales se dan como una consecuencia de la terminación de la relación tutelar, debiendo efectuarlas el tutor o en caso de que haya fallecido los herederos de éste; estas cuentas se rendirán al nuevo tutor, o bien al pupilo una vez que alcance la mayoría de edad.

En el caso de un incapaz por enfermedad mental, estas cuentas se le rendirán cuando recobre su capacidad de ejercicio.

Además de las obligaciones anteriores, está la de pedir la designación del protutor, así como promover la reunión del consejo de familia y solicitar su inscripción como tutor en el registro de tutoles; con motivo de esta obligación, Calixto Valverde hace el siguiente comentario:

"... que obedece a la necesidad de que el Estado ejerza su función protectora, y adecuada, en virtud de los resultados que ofrece el registro en defensa de los intereses del menor

o incapacitado cuando fuere necesario".(6).

Como se observa en las últimas obligaciones que se imponen al tutor, son resultados del sistema de la tutela de familia, en que se establecen dos nuevos elementos mismos que son el protutor y el consejo de familia.

El protutor en el derecho español se caracteriza por ser un cargo obligatoriol, personal y gratuito, siendo la designación a través de una disposición testamentaria o bien en forma dativa, en tanto que no se nombre al protutor no podrá dar inicio la tutela.

Clemente de Diego da el siguiente concepto con respecto al protutor:

"El subrogado tutor nombrado para inspeccionar al tutor, promover su remoción e intervenir cuando surgieren incompatibilidades de intereses entre tutor y pupilo".(7).

Por lo que en conclusión el protutor, se encargará de vigilar la actuación del tutor y en su caso de sustituirlo cuando sea necesario.

Otro de los elementos que surgen con motivo de la tutela de familia es el Consejo de Familia, del cual Clemente de Diego nos da el siguiente concepto:

". . . es una reunión de personas nombradas por el padre o por la madre o en su defecto llamadas por la ley, que provee el nombramiento de tutor o protutor, delibera sobre la exclusión o remoción, dicta medidas necesarias para atender a las personas y bienes de los menores o incapacitados, vigila la administración del tutor, autoriza ciertos actos de disposi-

(6). Valverde Valverde, Calixto.- Ob. Cit. Pág. 518

(7). De Diego, Clemente.- Instituciones de Derecho Civil España. Tomo II, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid 1930, Pág. 596

ción y examina y censura la rendición de cuentas del tutor".  
(8).

El consejo de familia se integra con un mínimo de cinco personas, a través de él se pretende lograr un mejor control del tutor, por lo que la autoridad judicial, pasa a un segundo plano, ya que el consejo será el encargado de velar por los intereses de los pupilos, lo cual se corrobora con lo expresado por Castán Tobeñas en su obra Derecho Civil Español Común y Foral:

"... es el elemento capital del organismo tutelar, y al que está encomendada la superior dirección de la tutela".(9)

En este sistema jurídico al igual que en otros existen diversas causas por las cuales se puede dar por terminada la tutela; siendo entre otras, la llegada del pupilo a la mayoría de edad, que se fija a los veintitrés años; o bien tratándose de un incapaz que sufre alguna enfermedad, que recupere su estado de salud; como última causa, se tiene la muerte del pupilo.

(8). De Diego, Clemente.- Ob. Cit. Pág. 597

(9). Castán Tobeñas, José.- Ob. Cit. Pág. 336

### C) DERECHO FRANCÉS

Dentro de la legislación francesa se protege a las personas incapaces de proveerse a sí mismas y al igual que en el ordenamiento español, conserve ciertas reminiscencias propias del derecho romano.

Los juristas Colin y Capitant definen a la tutela en el derecho francés con las siguientes palabras:

"La tutela es el régimen de protección establecido por la ley en beneficio de los hijos menores después de la muerte del padre o la madre, así como también en beneficio de los locos incapaces".(10).

Sin embargo la definición que nos ofrecen los autores antes citados, como se observará más adelante no es todo lo precisa que se indica, ya que en ocasiones la tutela se abre por la reducción o privación total de la patria potestad, que se decreta en contra de alguno de los padres.

En el derecho francés la tutela ofrece las siguientes características; es un cargo obligatorio, personal y eminentemente gratuito.

La tutela está compuesta de los siguientes órganos o elementos:

- El Tutor, que es la persona que tiene a su cargo el cuidado y vigilancia del pupilo.

- El Consejo de familia, que es un conjunto de personas que en su momento se encargarán de designar al tutor, al tutor subrogado, así como de determinar el presupuesto de la tutela.

---

(10). Colin, Amrosio y H. Capitant.- Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Reus, S. A. Madrid 1923, Pág. 80

- El Protutor o Tutor Subrogado, que será quien se encargue de vigilar al tutor, y en ocasiones hasta de suplirlo.

- El Tribunal, al cual se someten los actos más trascendentes, respecto a la persona del incapaz.

Por lo que Planiol y Ripert, mencionan que el tribunal se encuentra por encima del consejo de familia.

La tutela pueda abrirse porque sobrevenga la muerte de uno de los padres, por lo que el padre sobreviviente, por propio derecho se constituirá en tutor de su hijo, dándose una coexistencia entre la patria potestad y la tutela, originándose con ello una innovación dentro de la institución tutelar.

La tutela también podrá iniciarse porque alguno de los padres, fuera destituido de la patria potestad, por lo que habrá que nombrar un tutor al incapaz.

Por lo que hace a las formas de designar al tutor, se conservan los mismos sistemas que se han apuntado en otras legislaciones y son: legítima, testamentaria y dativa.

- Legítima, ésta corresponde ejercerla en primer lugar al padre sobreviviente cuando el otro muera; o bien cuando a alguno de los padres se le destituya de la patria potestad; siendo esta la principal forma de designar al tutor, puesto que se debe de dar preferentemente a los padres.

En el supuesto de que el cargo de tutor corresponde desempeñarlo a la madre se observarán las siguientes particularidades: en primer lugar si contrajera nuevas nupcias tendrá la obligación de convocar el consejo de familia, con la finalidad de que este órgano delibere sobre la conveniencia de que permanezca en sus funciones como tutora, o se le destituya de su cargo.

Así mismo, cuando al momento de fallecer el padre, la mujer quedare en cinta, se nombrará a un curador de vientre; lo que

dará como consecuencia que al nacer el niño, la madre se convertirá en su tutara, en tanto que el cargo de protutor recaerá en el curador, respecto a ello los maestros Collin y Capitant, señalan una doble finalidad:

" A) Proteger a los herederos del morido contra una suposición de parto, es decir, contra una simulación de embarazo y de parto hecha con la intención de apoderarse de la fortuna del difunto.

B) Proteger al hijo mismo contra las maquinaciones de la madre (o de su familia) que tienden a provocar una suposición de parto con el mismo fin".(11)

- Testamentaria, es aquella en la cual el tutor es designado por el padre superstite que esté en ejercicio de la tutela manifestando su declaración a través de testamento ante notario público o bien de un juez de paz.

- Dativo, se da en el supuesto de que no exista ni tutor legítimo ni testamentario, por lo que la elección del tutor se deja a criterio del consejo de familia.

Como ya se manifestó anteriormente el cargo de tutor es obligatorio, pero esto no impide que sea posible liberarse de ejercer el mismo mediante ciertas excusas, como son entre otras: el desempeñar algún cargo público, sufrir alguna enfermedad grave, o bien el ser mayor de sesenta y cinco años; quedando la calificación de dichas excusas a juicio del consejo de familia.

Así mismo resulten estar impedidos para llevar a cabo las funciones de tutor, los menores de edad salvo el caso de que

(11). Collin, Ambrosio y H. Capitant.- Ob. Cit. Pág. 81, 82

se trate del padre o la madre del pupilo, también lo serán los sujetos a interdicción, o quienes por sí mismos o en representación de sus padres sostengan un pleito con el incapaz, lo cual pudiera llegar a repercutir en el resultado de la tutela.

También pudiera acontecer el hecho de que una vez designado el tutor y estando en ejercicio de sus funciones, sea destituido por haber sido condenado a una pena criminal observar una notoria mala conducta, o bien haber resultado ser incapaz para ejercer el cargo.

El tutor es considerado como el representante legal del pupilo, por lo que se le imponen ciertas obligaciones.

Tratándose de un tutor legítimo o testamentario, deberá de convocar al consejo de familia para que éste a su vez proceda a la designación del protutor.

También se le exige al tutor realizar un inventario de todos los bienes pertenecientes al pupilo, respecto a esta obligación Colin y Capitant señalan que ello tiene una doble finalidad:

"En primer lugar fija exactamente la cuantía de los recursos de que dispone el menor, lo que es necesario para regular de una manera conveniente los gastos de su vida y de su educación; además y principalmente evita las sustracciones determinando por adelantado las restituciones que el tutor tiene que hacer al terminar la tutela".(12)

Otra obligación es la de efectuar la venta de los bienes corporales pertenecientes al incapaz a lo cual los hermanos Meuzé dicen que:

"Los redactores del Código Civil temen que los bienes cor-

---

(12). Colin, Ambrosio y H. Capitant.- Ob. Cit. Pág. 83, 84

porales desaparecieron o fueran sustraídos por un tutor inescrupuloso, y como tales bienes no suelen producir ingresos, ordenaron la venta en subasta, de los muebles corporales, dentro del mes de apertura de la tutela".(13)

Al tutor le está prohibido que realice ciertos actos, como son hacer liberalidades con el patrimonio de su representado, tampoco podrá comprometer en árbitros o bien comprar los bienes de su pupilo; los juristas franceses Colin y Capitant, señalan la imposibilidad de ello por la siguiente razón:

"El tutor no puede adquirir los bienes pertenecientes al pupilo porque esta operación lo colocaría entre su interés de comprador que es el de comprar al más bajo precio posible y su deber de tutor que es el de vender al mayor precio".(14)

Respecto de las funciones del tutor, éste goza de absoluta libertad en el cumplimiento de las mismas, por lo que ni el consejo de familia ni el tribunal podrán intervenir y mucho menos dar órdenes sobre la persona del incapaz, siendo el tutor quien determina el tipo de educación y religión que habrá de seguir el pupilo, incluso podrá llegar a imponerle sanciones para corregirlo.

El Protutor o Subtutor es otro de los elementos u órganos que intervienen en la tutela, siempre es dativo y su designación corresponde realizarla siempre el consejo de familia al igual que el del tutor, este es un cargo obligatorio, personal y gratuito.

Las funciones del protutor se dividen en dos:

---

(13). Mazeaud, Henri León y Jann.- Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Vol. IV. Ediciones Jurídicas Euro-América. Buenos Aires 1959 Pág. 233

(14). Colin, Ambrosio y H. Capitant.- (Ib. Cit. Pág. 85, 86



La primera es de vigilancia ya que deberá de estar pendiente de que el tutor elabore el inventario, así como inscribir la hipoteca legal o bien en caso de ser necesario pedir que se nombre a un nuevo tutor.

La segunda función es la de suplir al tutor cuando existan intereses opuestos entre el tutor y el pupilo, por lo que a él le corresponde asumir el cargo de tutor.

Por último, el cargo de protutor o subtutor terminará cuando concluya la tutela, pudiendo llegar a oponer las mismas excepciones que le son permitidas al tutor.

El consejo de familia, sobre él Planiol y Ripert, dan el siguiente enunciado:

"El consejo de familia es una asamblea en cuanto sea posible de parientes y allegados del menor y presidida por el juez de paz".(15)

Este consejo se forma con seis parientes o amigos del incapaz sin que puedan formar parte del mismo consejo el marido y su mujer, así como los menores de edad o quienes se encuentren en estado de interdicción.

Entre las funciones que le son propias al consejo de familia, están las de nombrar al tutor cuando no exista uno legítimo o testamentario, así mismo designa el protutor, también se encarga de administrar el patrimonio del pupilo, señalando en este caso que cantidades se destinarán para su manutención y educación de acuerdo a sus necesidades y recursos, también podrá autorizar al menor para que contraiga nupcias, o en su caso pedir que el tutor le rinda cuentas anuales.

---

(15). Planiol, Marcel y Ripert, Jorge.- Tratado práctico de Derecho Civil Francés, Tomo I, Editor Juan Guxo, Habana 1927, Pág. 416

El tribunal, a este órgano se someten determinadas situaciones en las cuales el consejo de familia no puede autorizarlas por sí sólo, ya que para ello necesitará de la aprobación que de los mismos haga el tribunal, como son entre otros el de la enajenación de los bienes inmuebles o bien la constitución de derechos reales que sobre los mismos se efectúen.

Por lo que hace a la tutela de los mayores de edad incapaces, como son los alienados, interdictos, pródigos o débiles mentales, en general se aplican las mismas reglas, como si se tratara de una tutela ordinaria, con la particularidad de que siendo casados, la tutela corresponderá ejercerla al marido con relación a su mujer de pleno derecho, en tanto que la mujer para poder constituirse en tutora de su marido, tendrá que recibir la autorización del consejo de familia.

En la legislación francesa la tutela puede terminar porque el pupilo llegue a la mayoría de edad misma que se fija a los veintinueve años, también puede ser por su muerte o bien se le otorgue la emancipación.

En caso de que el tutor sea cesado en el desempeño de sus funciones, ello no será considerado como una causa de extinción de la tutela, ya que se nombrará a un nuevo tutor.

Como consecuencia del término de la tutela o bien del cese en sus funciones, al tutor se le exige que lleve a cabo una rendición de cuentas de su administración, estas cuentas se deberán de rendir; el pupilo cuando ha alcanzado su mayoría de edad, o bien ha obtenido su emancipación, en este último caso el incapaz será auxiliado por su curador, en caso de haber cedido de tutor las cuentas se deberán de rendir al nuevo tutor.

Para finalizar mencionaremos lo que Planiol y Ripert, han acentuado respecto a la tutela:

"Las reglas de la tutela, como se verá son minuciosas, pero

se impone una observación previa; con frecuencia no son más que teóricas; la práctica las descuida.

En dos casos por lo menos, su observancia se considera inútil: cuando el menor, no tiene fortuna y cuando se halla bajo la tutela de su padre o su madre".(16)

#### D) DERECHO MEXICANO

##### CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

Dentro de la legislación mexicana los códigos civiles de 1870 y 1884, también regularon dentro de sus diversos preceptos la forma de proteger a las personas incapaces; ya sea que dicha incapacidad resulte ser legal o bien natural, para lo cual siguen en principio los lineamientos trazados por los Derechos Romano y Español, siendo por lo tanto, éstas las fuentes directas de nuestros códigos civiles de 1870 y 1884.

Por lo que hace al código civil de 1870 en el libro primero, título noveno, capítulo primero; que corresponde a la Tutela, se menciona en primer lugar cual es el objeto de la misma:

\* Artículo 430.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos\*.

Nuestra figura jurídica en estudio, al igual que en

---

(16). Planiol, Marcel y Ripert, Jorge.- Ob. Cit. Pág. 417

otros sistemas jurídicos, presenta características propias, como son:

- Ser un cargo público, se le atribuyó ese carácter en razón de que el Estado tenía un especial cuidado e interés en proteger a los incapaces de valerse por sí mismos;

- Personal, ya que el cargo correspondía llevarlo a cabo, exclusivamente al tutor, por lo que a su muerte él mismo no se transfería a sus herederos;

- Obligatorio, se le señaló como un cargo obligatorio, ya que la persona designada para ser tutor no podía liberarse de su responsabilidad salvo que existiera una causa que lo justificara;

- Remuneratorio, esto en razón de que el tutor, tenía el derecho de exigir una determinada cantidad de dinero, por la asistencia brindada al incapaz; y

- Unipersonal, dentro del código civil de 1870, el cargo de tutor debía de ser desempeñado únicamente por la persona designada para tal fin, por lo que se rechazaba la pluralidad de tutores.

A mayor abundamiento sobre esta última característica, cabe asentar que la tutela era desempeñada por un tutor, mismo que debía contar con la intervención de un curador, con la salvedad de que éste último no fuere pariente del tutor.

Ninguna tutela se podía abrir, sin que previamente se declarase el estado de incapacidad de la persona que sería sometida a ella; y en tanto que no se nombrara un tutor al incapaz, todos los actos que realizaran los menores de edad, así como los sujetos a interdicción serían nulos.

Una vez que hemos hablado del objeto y características de la tutela, pasaremos ahora a señalar quiénes eran las personas sometidas a tutela tal como lo establecían los artículos 431 y

432 del Código Civil de 1870.

" Artículo 431.- Tienen incapacidad natural y legal:

I - Los menores de edad no emancipados:

II - Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos:

III - Los sordomudos que no saben leer ni escribir.

" Artículo 432.- Tienen incapacidad legal:

I - Los pródigos declarados conforme a las leyes:

II - Los menores de edad legalmente emancipados, para los negocios judiciales"

También se sujetaban a tutela a las personas mayores de edad y los menores emancipados que por habitual prodigalidad, eran incapaces de administrar sus bienes y que estuvieran casados o tuvieran herederos forzosos.

En el caso de que el incapaz tuviera hijos menores bajo su patria potestad cuando se declaraba su incapacidad, correspondía al tutor del incapaz serlo también de los menores.

Las formas de designar al tutor eran las tres clásicas, que proceden del derecho romano como son, la testamentaria, la Legítima y la Dative; agregándose una nueva modalidad en la cual el pupilo tenía la facultad de elegir a su tutor.

- Testamentaria, esta forma de designar al tutor se daba a través de un testamento, que suscribía quién ejercía la patria potestad o bien dejase legado de importancia en favor del incapaz, concretándose en este último caso a administrar los bienes del legado.

En este Código se señalaba que los menores que ejercían la patria potestad tenían derecho de nombrar tutor en su testamento en favor de sus hijos.

Cuando el padre o la madre nombraban en su testamento al tutor, excluían de la patria potestad a los ascendientes en quienes habría de recaer este derecho.

Sobre esta clase de tutela Mateos Alarcón, manifiesta lo siguiente:

"Si hay algún consuelo para el padre moribundo que deje a sus hijos en tierra y peligrosa edad, es sin duda el poder que tiene de elegir entre sus parientes o amigos, la persona que por su inteligencia y probidad le inspire confianza, para encomendarle la guarda de las personas y de los bienes de esos hijos"(17).

En el caso de prodigalidad, tan solo el padre tenía derecho de designar tutor testamentario al pródigo, aún cuando sobreviviera la madre de éste último.

- Legítima, se daba en el caso de que quien tenía derecho de designar tutor testamentario no lo hacía, o bien que la persona llamada para tal fin presentara una excusa legítima, por lo que la tutela se transfería a los parientes del pupilo o también se originaba cuando se perdía o se suspendía la patria potestad.

- Dativa, aquí el nombramiento del tutor ocurría cuando no existían ni tutor testamentario ni legítimo, por lo que correspondía al juez hacer la designación del tutor.

Por último hablaremos de la modalidad que se dio en este código de 1870, consistente en el hecho de que el menor que tenía catorce años de edad, y no tuviera tutor testamentario o legítimo, podía llegar a escoger a su tutor concretándose el

---

(17). Mateos Alarcón, Manuel.- Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal. Tomo 1, Librería de J. Valdez Cuevas. México 1885; Pág. 328

juer a aprobar o rechezer dicha eleccin.

Al tutor al iniciar sus funciones se le imponan ciertas obligaciones como son:

En primer lugar tena el deber de pedir que se nombrara al curador, lo cual deba suceder antes de que se iniciara su gegin.

Tambin antes de dar comienzo a su cargo, deba de efectuar un inventario de todos los bienes de su pupilo.

Otras de sus obligaciones eran las de alimentar, educer de la persona de su pupilo.

Para finalizar con las obligaciones concernientes al tutor, ste deba de aceptar las donaciones legadas y herencias dejadas a favor del menor.

En contraposicin a las obligaciones impuestas al tutor, ste gozaba de los siguientes derechos:

Exigir respeto y obediencia por parte de su pupilo; tambn tena la facultad de llegar a imponer ciertas medidas de correccin; as mismo poda pedir una retribucin por sus servicios, ste sera fijada por el ascendiente o bien por quien lo hubiere nombrado, dicha retribucin era de un 4% a un 10% de los bienes pertenecientes al incapaz, pero si los bienes del menor aumentaban debido al buen manejo del tutor, ste tena derecho a una retribucin extra, hasta de un 10% ms, independientemente de la antes mencionada.

No obstante que hemos sealado que una de las caractersticas de la tutela era su obligatoriedad, el tutor poda liberarse del cargo siempre que tuviera una o ms de las siguientes excusas:

El ser empleado superior del Estado; ser militar en servicio activo; ser tan pobre que no pudiera atender el cargo sin

menoscabo de su subsistencia; tener mal estado habitual de su salud; así como tener sesenta años de edad o más.

Tenían incapacidad o bien impedimento legal para ser tutores las siguientes personas:

Los menores de edad, salvo que se tratara de sus propios hijos; los mayores de edad que se encontraban bajo tutela; los que habían sido removidos de otra tutela; los que no tenían un oficio o modo honesto de vivir; por lo que hace a los pródigos estaban impedidos para ser tutores quienes hubieren dado lugar a su estado de demencia o prodigalidad.

Al tutor le quedaban estrictamente prohibidos la realización de cualquiera de los siguientes actos:

El hacerse pago de los créditos que tuviere a su favor en contra de su pupilo, cuando no existiere conformidad por parte del curador, así como la aprobación judicial.

También le estaba prohibido el llegar a aceptar para sí a título gratuito u oneroso la cesión de algún derecho o crédito en contra del menor.

Tampoco podía dar en arrendamiento los bienes del menor por más de nueve años, excepto que existiese una necesidad o fuese por causa de utilidad pública, previa aprobación del juez.

No se le permitía recibir dinero prestado a nombre del menor, independientemente de que se le constituyera o no hipoteca en el contrato.

Para concluir diremos que el tutor no podía hacer donaciones a nombre del menor.

El tutor debía de garantizar el desempeño de su cargo y esas garantías consistían en hipoteca y en caso de no contar con los bienes suficientes debía de otorgar fianza.



Cuando el tutor era el cónyuge, algún ascendiente o bien los hijos del incapaz, no se prestaba garantía alguna, salvo en el supuesto de que el juez en audiencia con el curador lo considerara pertinente.

Así mismo se exceptuaba de la obligación de prestar garantía a las siguientes personas:

Los tutores testamentarios cuando se les hubiere relevado expresamente de este cargo por el testador.

Los tutores de cualquier clase y siempre que el incapaz no esté en posesión efectiva de sus bienes y que tan solo tenga créditos o derechos litigiosos.

La tutela se podía llegar a extinguir bien por la muerte del tutor, por su remoción, por excusa o impedimento superveniente, por la muerte del pupilo, la cesación del impedimento o por la emancipación del incapacitado.

Una vez extinguida la tutela, el tutor tenía la obligación de dar cuenta de su administración al menor o bien a los representantes de éste.

El término que tenía el tutor a su favor para rendir cuentas era de dos meses, los cuales se comenzaban a computar desde el día en que se extinguía la tutela, sin embargo el tutor podía llegar a solicitar que se prorrogara este término hasta por cuatro meses cuando existían circunstancias que lo ameritaran.

En tanto el juez y el curador no dieran su aprobación sobre las cuentas del tutor, las garantías que este último otorgase no se podían cancelar.

Los gastos que se originaban con motivo de la entrega de los bienes, así como de la rendición de cuentas corren a cargo del patrimonio del pupilo.

Por lo que hace al código civil de 1884 y teniendo en

Cuanto al estudio de la reglamentación civil de 1870, nos atrevemos a manifestar que es prácticamente una repetición de este último, pero con la salvedad de contener una mejor técnica, en lo referente a su redacción, lo cual lo hace más claro, aún -- cuando volvemos a insistir que en esencia es una reproducción uno del otro.

Y en base a lo anterior hemos considerado que a fin de no caer en repeticiones inútiles, tan solo nos concretaremos a efectuar el análisis correspondiente a la recopilación legislativa de 1870.

## CAPITULO 11

### LA TUTELA COMO INSTITUCION JURIDICA

#### A) CONCEPTO DE LA TUTELA

Una vez que en el capítulo primero han quedado plasmados los antecedentes históricos, de nuestra figura jurídica en estudio, pasaremos al segundo capítulo, en donde haremos de analizar los conceptos sobre los que descansan la tutela, en nuestro actual Código Civil.

Dichos conceptos serán esenciales para el subsecuente desarrollo del tema, ya que a través de ellos sabremos como está organizada en la actualidad esta institución tutelar.

Por lo que a continuación analizaremos, algunos de los conceptos que se han elaborado por diversos autores acerca de la tutela.

El Maestro Ventura Silva nos señala que la primera persona que se ocupó de dar un concepto sobre la tutela fue Servio Sulpicio quien lo hizo en los siguientes términos:

"La tutela es un poder dado y permitido por el Derecho Civil sobre una cabeza libre, para proteger a quien, a causa de su edad no puede defenderse por sí mismo"(18).

Consideramos que el principal mérito de este concepto, radica en el hecho de haber sido el primero en tratar de explicar lo que debe de entenderse respecto a la tutela.

También es digno de elogio dentro de este concepto el señalar que el fin de la tutela es el de proteger a quienes por

(18). Ventura Silva, Sabino.- Ob. Cit. Pág. 125

causa de su edad no pueden defenderse por sí mismos.

Sin embargo observamos que este concepto no reúne las características necesarias que se requieren en el derecho moderno, ya que en la actualidad la tutela está llamada a cumplir con un fin social en beneficio de los incapaces, a diferencia del Derecho Romano en que se buscaba preferentemente la conservación del patrimonio y no así del cuidado de la persona del incapaz.

El civilista Ricardo Couto nos dice acerca de la tutela lo siguiente:

"Es la tutela una institución creada por el Estado para salvaguardar la persona y los bienes de los que, careciendo de protectores naturales, son incapaces para conducirse por sí mismos" (19).

Es de alabarse en esta definición el que se señale que la tutela es una institución cuya finalidad es la de salvaguardar a la persona y bienes de los que carecen de protección natural y que por lo tanto resultan incapaces para conducirse por sí mismos.

No obstante lo dicho anteriormente el concepto en examen parece referirse tan solo a los menores de edad, que son los que tienen incapacidad natural y no tomar en cuenta que las personas mayores de edad también pueden tener merced a sus facultades mentales y por lo tanto ser incapaces legalmente, por lo que serán protegidas mediante la tutela.

El maestro Rafael de Pina en su obra Elementos de Derecho Civil Mexicano, nos ofrece el siguiente concepto:

"La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la pro-

---

(19). Couto, Ricardo.- Derecho Civil Mexicano. Tomo III, Editorial La Veaconia, México 1919, Pág. 6 y 7

tección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficiente para gobernar su persona y derecho de sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica. Es por lo tanto una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia"(20).

Nosotros consideramos que este concepto, tiene el acierto de señalar que la tutela es una figura supletoria de la patria potestad; con relación a los menores de edad quienes por razón natural y legal, resultan ser incapaces para gobernarse a sí mismos.

Por otra parte cabe hacer mención, que otro de los aciertos de este concepto, es el de ubicar a la tutela dentro del campo del derecho de familia, como si se tratara de una rama autónoma del derecho.

Desde nuestro punto de vista, este concepto presenta ciertas fallas como son:

Por un lado el señalar que la tutela se da únicamente en favor de los menores de edad, no sujetos a la patria potestad y por lo tanto excluye a los mayores de edad que sean incapaces.

También pensamos que el concepto resulta ser muy redundante al indicar que la tutela es una representación, protección, y asistencia por lo que hubiere bastado con señalar que la tutela tiene como fin el de proteger a las personas incapaces de gobernarse a sí mismas.

Para Galindo Garfias el concepto de la tutela es el siguiente:

"La palabra tutela procede del verbo latino *tueri* que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de

(20). De Pina, Rafael.- Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Editorial Porrúa, S. A., México 1981. Págs. 383, 384

los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio"(21).

El anterior concepto comienza por darnos el significado etimológico de la palabra tutela, y tiene el acierto de mencionarnos que la tutela tiene como fin esencial el de proteger y defender en general a las personas incapaces.

Además el maestro Galindo Garfias hace hincapié en cuanto a las características de la tutela, como son el hecho de ser una institución pública y obligatoria.

Sin embargo consideramos que el concepto en estudio, tiene ciertos rasgos que le impiden tener una total aceptación de nuestra parte, ya que establece que la tutela es un cargo que impone la ley lo cual a nuestro parecer es falso, puesto que las tutelas testamentarias y dative, el tutor es designado por el testador o bien por el juez según sea el caso.

Entre los autores extranjeros encontramos algunas definiciones acerca de la tutela, de las cuales tomamos las siguientes:

Al respecto Calixto Valverde manifiesta lo siguiente:

"Toda tutela es una guarda, que significa cuidado, defensa y representación del que está sometido a ella; constituye pues una protección"(22).

Lo loable de este concepto es el hecho de manifestar que la tutela tiene como finalidad la de proteger a las personas que se encuentran sometidas a ella; no haciendo distinción alguna entre los menores y mayores de edad.

A nuestro juicio, el que omite mencionar que dicha protección se extiende también el patrimonio del pupilo y no tan solo a su persona, constituye un descuido.

---

(21). Galindo Garfias, Ignacio.- Derecho Civil, 3a. Edición.  
Editorial Porrúa, S. A., México 1979, Pág. 689

(22). Valverde Valverde, Calixto.- Ob. Cit. Pág. 516

Marcel Planiol y Jorge Ripert también nos ilustran sobre lo que debemos de entender por tutela:

"La tutela es una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrar sus bienes"(23).

Esta definición a nuestro parecer tiene el tino de dejar asentado que la tutela tiene como fin, el cuidado del incapaz, sin hacer distinción entre los menores y mayores de edad, englobando por lo tanto a ambos.

Pero desde otro punto de vista pensamos que este concepto también presenta ciertas fallas, como son el de hablar de bienes cuando debiera decir patrimonio, por comprender éste una idea más extensa, ya que él encierra a los bienes, derechos y obligaciones.

Otros autores que también dan un concepto de la tutela, son Colin y Capitant quienes lo expresan así:

"La tutela es el régimen de protección establecido por la ley en beneficio de los hijos menores después de la muerte del padre o de la madre, así como también en beneficio de los locos incapacitados"(24).

En esta definición se observa que la misma tiene como objetivo el de proteger a los menores de edad que carezcan de alguien que ejerza la patria potestad sobre ellos.

Pero por otra parte en ella tan solo se hace mención de los locos incapaces cuando creemos que están sujetos a ella tanto los menores como los mayores de edad incapaces, y por último señalaremos que esta definición no habla del cuidado del patrimonio, sino que solamente se ocupa de la persona del incapaz.

---

(23). Planiol, Marcel y Ripert, Jorge.- Ob. Cit., Pág. 417

(24). Colin, Ambrosio y H. Capitant.- Ob. Cit. Pág. 81

Por su parte el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su Título Noveno, Capítulo Primero, Artículo 449 nos señala lo siguiente sobre la tutela:

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

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

El Código Civil a pesar de no señalar un concepto en sí de lo que es la tutela, nos determina en forma muy precisa cual es el fin de la misma, lo cual para nosotros constituye una definición. Resultando dicho enunciado a nuestro parecer muy completo, ya que dentro de él se comprende tanto a los menores como a los mayores incapaces además de señalar que la misma tiene como finalidad la de proteger tanto la persona como los bienes del incapaz.

#### B) PERSONAS QUE INTERVIENEN EN LA TUTELA

Antes de iniciar el estudio del presente inciso, hemos considerado prudente el tratar sobre los diferentes sistemas tutelares que siguen las diversas legislaciones; pues dependiendo del tipo de sistema tutelar que cada Estado elija se desprenderá el número de sujetos o elementos que intervengan dentro de esta institución tutelar.

En tanto que algunos autores consideran que existen tres sistemas, para otros tan solo son dos, al respecto transcribiremos lo que Rafael de Pina dice:



"Al tratar, de ellos se hace referencia a dos tipos diferentes; el de la tutela de autoridad y el de la tutela familiar... (25).

Por su parte el maestro Galindo Garfias nos dice lo siguiente con relación a los sistemas tutelares:

"Podemos clasificar los sistemas tutelares en derecho moderno, en tres categorías: a) sistema tutelar de autoridad; b) sistema tutelar de familia y c) sistema mixto"(26).

Una vez que hemos dejado asentados los diversos sistemas tutelares que existen, ahora trataremos de hacer resaltar las características primordiales de cada uno de ellos.

Por lo que hace a la tutela de autoridad se le tiene como una función protectora sobre las personas incapaces, la cual no podrá correr a cargo de instituciones privadas, en razón de con siderarse como propia del Estado.

Por otra parte y por lo que hace a la tutela de familia, se le menciona como un sistema que tiene su origen en el derecho consuetudinario francés, y que se significa por considerar al consejo de familia como el órgano supremo de la tutela y en don de se carece de elementos de vigilancia e información.

Por último nos referiremos al sistema mixto, el cual se dice que es mixto porque aún siendo familiar, se efectúa bajo la vigilancia e inspección del ministerio público y porque además se deberá de contar con una autorización judicial para todos los actos que se llevan a cabo.

A continuación daremos una clasificación de los países en los cuales el Estado tiene una intervención directa, dentro de

---

(25). De Pina, Rafael.- Ob. Cit. Pág. 385

(26). Galindo Garfias, Ignacio.- Ob. Cit. Pág. 700

la organización tutelar, y de aquellos en los que por el contrario no intervienen en ella.

Así tenemos que el Estado interviene de un modo muy directo al disponer que una autoridad ya sea judicial o administrativa, sea la que tenga a su cargo el cuidado y vigilancia de los incapaces, como es el caso de los siguientes países:

Alemania.- En este país, se cuenta con un tribunal de tutelados y un consejo de huérfanos del municipio, siendo estas autoridades las encargadas respectivamente de vigilar el cumplimiento del tutor en sus funciones y de cuidar tanto de los bienes del incapaz como de su persona.

Argentina.- La legislación de este país la podemos considerar intervencionista, ya que existe un ministerio de menores, que es el encargado por parte del Estado de supervisar el desempeño de la tutela.

Colombia.- Aquí el Ministerio Público que es una autoridad administrativa, es la encargada de vigilar el bienestar de los incapaces que deban de ser sometidos a tutela.

U.R.S.S.- En Rusia se da una absoluta intervención del Estado a través de los siguientes órganos: presidiums de los Comités Ejecutivos Territoriales y Regionales (en las regiones divididas en distritos), los presidiums de los Comités Ejecutivos Regionales (en las regiones autónomas), los presidiums de los comités ejecutivos de gobierno de distritos y de los soviets de aldeas, así como los presidiums de los comités ejecutivos de ciudad (en las ciudades no divididas en distritos), los comités ejecutivos de distrito y de volost y sovieta de aldeas.

Los países que por el contrario no intervienen abiertamente dentro del sistema tutelar y que lo hacen a través de un consejo de familia son: España y Francia.

Este consejo de familia, es el encargado de determinar qué normas deberán de observar en el régimen tutelar.

Por nuestra parte pensemos que la legislación mexicana, se apega al sistema tutelar de autoridad, ya que el Estado ejerce una especial protección en favor de las personas incapaces.

Una vez que ya hemos hablado de los diversos sistemas tutelares, y hecho una clasificación del sistema al cual se agregan las legislaciones de algunos países, así como haber indicado según nuestro criterio cual es el que sigue en México, seguidamente nos ocuparemos de las clases de capacidad que existen, para luego hablar de las personas incapaces.

La capacidad de goce es imprescindible en todo ser humano, y se adquiere por el simple hecho de haber nacido, consistiendo en la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

En tanto que la capacidad de ejercicio de acuerdo con el maestro Rojina Villegas es:

"... la aptitud de participar directamente en la vida jurídica, es decir, de hacerlo personalmente"(27).

Por lo que en conclusión podemos decir, que en la capacidad de goce la persona no podrá actuar por sí sola, sino que lo hará mediante interposta persona; no así en la de ejercicio en que se conducirá, por sí misma, salvo que medie alguna de las causas establecidas en los artículos 450 y 451 del Código Civil, mismas que son:

I) Ser menor de edad, es decir las personas que aún no cumplen los dieciocho años tal como lo señala el artículo 646, a contrario sensu;

II) Que siendo mayor de edad se encuentra privado de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tenga intervalos lúcidos; la mayoría de edad se obtiene en el momento en que una persona cumple con el número de años que el efecto establece la ley, por lo que una vez alcanzada dicha edad

---

(27). Rojina Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil. Tomo I, Edit. Porrúa, S. A., México 1979, Pág. 97

la persona obtendrá la libertad para disponer de su persona y bienes;

III) Ser sordomudo y no saber leer ni escribir;

IV) Ser ebrio consuetudinario o hacer uso imoderado de las drogas enervantes;

V) Estar incapacitado siendo menor de edad, en los casos que establece la propia ley.

La emancipación es conceptuada como una institución civil, que tiene como objetivo primordial suspender tanto la patria potestad como la tutela del menor, y en consecuencia el menor tendrá la facultad de administrar su persona y bienes; excepto cuando trate de gravar o enajenar bienes raíces, ya que para ello deberá de contar con una autorización judicial o bien que tenga que comparecer a juicio en que se le nombrará un tutor definitivo.

Por lo cual es indispensable que antes de abrirse la tutela, se declare en forma judicial el estado de interdicción de quien se va a someter a tutela, debiendo entenderse por interdicción según Mateos Alarcón, el cual es citado por Galindo Garfias, lo siguiente:

"La interdicción puede definirse diciendo que es el estado de una persona que, careciendo de las aptitudes para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes ha sido declarada incapaz por sentencia judicial, y sometida, en consecuencia, a la guarda y autoridad de un tutor que la representa legalmente en los actos de su vida civil"(28).

Ahora bien los sujetos o elementos que intervienen en el organismo tutelar, son conforme al artículo 454 del Código Civil mexicano, los siguientes:

(28). Mateos Alarcón, Manuel.- Ob. Cit., Pág. 329

"Artículo 454.- La tutela se desempeña por el tutor con la intervención del curador, del juez de lo familiar y del consejo local de tutela."

A continuación analizaremos cada uno de los elementos que intervienen en la tutela, conforme al artículo antes citado.

#### EL TUTOR.

Este es el primer elemento del cual nos ocuparemos y sobre el cual Rafael de Pine dice lo siguiente:

"Llámease tutor a la persona que cumple fundamentalmente de manera directa y personal los fines de la tutela"(29).

Por ello el tutor se le considera como el órgano ejecutor de la tutela, siendo el responsable directo de todos los daños que se causen en la persona y/o patrimonio del incapaz.

En México el cargo de tutor se caracteriza por ser obligatorio, personal y remuneratorio; además cabe agregar que nuestra legislación prohíbe la pluralidad de tutores o curadores, por lo que no es posible que se designe a varios tutores o curadores para un mismo incapaz.

Por lo que hace el nombramiento del tutor solo mencionaremos que puede hacerse en tres formas diferentes, mismas que son: la testamentaria, la legítima y la dativa, bastando con esto por el momento, en razón de que en el siguiente capítulo analizaremos las clases de tutela.

Para que el tutor pueda iniciar sus funciones es necesario que previamente se efectúe el discernimiento del cargo, el cual Galindo Garfias define de la siguiente manera:

"El discernimiento del cargo, es el acto judicial por medio del cual el juez de lo familiar, después de comprobar que los in

---

(29). De Pine, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 386

tereses del menor o del incapacitado quedan debidamente asegurados con la caución otorgada por el tutor, lo inviste de los poderes de representación y gestión de la patria potestad para el cuidado del menor, que requiere el ejercicio de la tutela"(30).

Las principales funciones del tutor son las de cuidar de la persona del incapaz; como es velar por su salud y educación; así como la guarda y administración de su patrimonio.

#### EL CURADOR.

Ahora nos ocuparemos de la figura del curador, la palabra curador proviene del latín *curator* que significa cuidar; Galindo Garfias nos dice lo siguiente con respecto a este elemento:

"Es considerado como un órgano de vigilancia e información, pudiendo ser designado ya en forma testamentaria o dativa, por lo que no se admite que el curador se determine en forma legítima"(31).

Los cargos de curador y tutor, no se pueden reunir en una misma persona, ni tampoco entre personas que guarden parentesco entre sí, en cualquier grado si es por línea recta o hasta el cuarto grado si se trata de colaterales.

El cargo de curador también se tiene como remuneratorio, fijándose la retribución conforme a lo que establece el arancel para los procuradores.

También se caracteriza el cargo de curador por ser obligatorio, siendo dispensable tan solo cuando se esté en alguna de las hipótesis señaladas por el artículo 622 que a la letra dice:

Artículo 622.- Lo dispuesto sobre impedimento o excusas de los tutores regirá igualmente respecto de los curadores.

(30). Galindo Garfias, Ignacio.- Ob. Cit., Pág. 701

(31). Galindo Garfias, Ignacio.- Ob. Cit., Pág. 702

Por otra parte tenemos que son funciones propias del curador, las siguientes:

Representar al incapaz, en todos los actos jurídicos en que existe oposición de intereses, entre el pupilo y el tutor.

También es considerado como un órgano de vigilancia e información, por lo que deberá de estar pendiente de todos los actos que lleve a cabo el tutor y en caso de considerarlos perjudiciales a los intereses del incapaz denunciarlo ante el Juez de lo Familiar.

Como se dijo anteriormente y dado su carácter de órgano de vigilancia e información, en el supuesto de que no exista tutor o bien que éste abandone su cargo deberá hacerlo del conocimiento del Juez de lo Familiar para que se lleve a cabo el nombramiento de uno nuevo.

Para la realización de ciertos actos relativos al incapaz se requiere que el curador dé su autorización, y dichos actos son:

- Cuando se trate de cambiar la carrera del menor, deberá de recabarse su opinión.

- En caso de que se tuvieren que anotar algunos bienes, en los inventarios efectuados podrá solicitar que se hagan las inscripciones correspondientes.

- Para poderse llevar a cabo la venta o enajenación de los bienes pertenecientes al incapaz, se deberá contar con su autorización.

- Si el tutor quisiera hacer pago de los créditos que tuviere en contra del incapaz, se deberán de hacer ante su presencia.

- Al curador se deberán de someter las cuentas definitivas de la tutela.

EL CONSEJO LOCAL DE TUTELA.

Este organismo tiene su origen en el derecho mexicano a partir de 1928, año en que el legislador del Código Civil vigente lo reglamentó por primera vez, y no siendo sino hasta el 10. de abril de 1979, que empezó a funcionar según nos señala el maestro Antonio de Ibarrola.

Tanto la legislación como la doctrina nos señalan que el consejo es un órgano de vigilancia e información; mismo que se compone por un presidente y dos vocales, los cuales serán designados por el Departamento del Distrito Federal, debiendo ser elegidos el primer mes de cada año y procurando que los nombramientos se den en favor de personas que gocen de tener buena fama, honradez y un especial interés en la niñez desprotegida.

Respecto al período que duran en sus funciones, el presidente y los dos vocales del consejo local de tutelas, Antonio de Ibarrola hace el siguiente comentario:

"Analizando el texto en cuestión nos encontramos con que se concede un período de solamente un año a los funcionarios del consejo para desempeñar su cargo. Ese término es angustiosamente corto, y la revocación anual del personal lo incita a convertirse en un organismo burocrático en el que los funcionarios bien poco interés tendrán en la suerte de los menores a quienes van a auxiliar, por lo que toca al cuidado de sus personas y de sus bienes"(32).

Son funciones propias del consejo local de tutelas, tal como lo establece el artículo 632 del Código Civil, las siguientes:

1. Formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellos se nombren los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos

(32). De Ibarrola, Antonio.- Derecho Familiar., Editorial Porrúa, S. A., México 1981, Pág. 505



corresponden al juez;

II. Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación de los menores; dando aviso al juez de lo familiar de las faltas u omisiones que note;

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

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

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

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

#### JUEZ DE LO FAMILIAR.

Dentro de las reformas que se llevaron a cabo en el año de 1973, en el Código de Procedimientos Civiles, se les asignan a los jueces de lo familiar ciertas facultades tendientes a proteger y conservar el núcleo familiar.

Sobre lo antes expuesto, creemos oportuno anotar lo que el procesalista Becerra Bautista dice acerca de los jueces de lo familiar:

"Desde el punto de vista substancial se trata de dar a los jueces atribuciones para intervenir en asuntos familiares no so lo en la solución de los problemas sino en la posibilidad de to mar medidas que tiendan a preservar a la familia y a sus miembros"(33).

(33). Becerra Bautista, José.- Derecho Procesal Mexicano. Editorial Porrón, S. A., 1979, Pág. 382

Siendo la tutela una institución familiar corresponde a estos jueces velar por el bienestar de los incapaces, lo cual podrá ob tener mediante la supervigilancia que lleve a cabo de los tutores y curadores que hubieren sido nombrados para el cuidado y guarda de la persona y patrimonio de los pupilos.

El Código de Procedimientos Civiles en su artículo 940, asien ta el principio de que todos los asuntos que tenga el carácter de familiares se consideran de orden público, dado que por ser la familia la base de la sociedad merece un especial cuidado a grado tal que se le debe proteger por cuantos medios posibles existan.

Al juez de lo familiar se le exige que tenga un especial cuidado en todos los asuntos en que el menor corre peligro alguno.

#### C) GARANTIA QUE DEBE PRESTAR EL TUTOR, PARA EL DESEMPEÑO DE SU CARGO

Dada la importancia y cuidado que se da en favor del patrimonio y persona del incapaz, al tutor se le impone como una oblig ción primordial la de garantizar sus funciones, mediante cualquiera de las formas que el efecto establece el artículo 519 del Código Civil vigente mismas que son: hipoteca, prenda o en su ca so fianza.

Por lo tanto el tutor tiene el deber de garantizar su ejercicio antes de tomar posesión de su cargo, ya que de lo contrario se le destituirá.

Las garantías pueden revestir tres formas diferentes que son: hipoteca, prenda o fianza.

#### HIPOTECA.

Creemos conveniente entar lo que el maestro Rafael Rojas Vi lleras dice acerca del contrato de hipoteca:

"La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación"(34).

La anterior definición la adaptaremos a la obligación que corre a su cargo del tutor de garantizar su ejercicio.

La hipoteca es un derecho real que se crea sobre bienes determinados, los que preferentemente deberán de ser inmuebles, esto no impide que se constituya sobre bienes muebles, que sean enajenables, lo cual tendrá como objeto primordial el que se garantice la obligación que corresponde al tutor, como es el hecho de llevar a cabo una buena administración de los bienes de su pupilo.

Más adelante agrega el concepto sobre la hipoteca, que no se desposeerá al dueño, lo que para nosotros estará representado por el tutor del bien gravado, otorgándose a su titular, el incapaz; el derecho de persecución, de venta y de preferencia en el pago, esto en el caso de que el tutor hubiera desatendido sus obligaciones y que como consecuencia de ello se provoque un daño o perjuicio al incapaz.

#### LA PRENDA.

Siguiendo al maestro Rojas Villegas apuntaremos lo que es el contrato de prenda:

"... es un contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y

---

(34). Rojas Villegas, Rafael.- Dh. Cit., Pág. 98

preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida una vez que se cumple dicha obligación"(35).

De lo anterior podemos desprender que el tutor entrega a una institución bancaria o en su caso a una persona que goce de pl<sup>u</sup>na honorebilidad y solvencia, una cosa mueble, determinada y que sea susceptible de enajenación, ya que a través de ella se buscará garantizar el cumplimiento de las obligaciones del tutor, para con su pupilo.

Además como una consecuencia del incumplimiento de los deberes del tutor, si de dicho incumplimiento derivan daños y perjuicios al incapaz, éste podrá perseguir y vender la cosa mueble teniendo preferencia para hacerse pago con el producto que resulte de dicha venta.

#### FIANZA.

Analizando esta forma de garantizar por parte del tutor, debemos de tener en consideración que ella operará en caso de que sea imposible prestar tanto la hipoteca como la prenda.

El jurista Rojas Villegas habla lo siguiente sobre el contrato de fianza:

"... la fianza se define como un contrato accesorio, por el cual una persona se compromete con el acreedor, a pagar por el deudor la misma prestación o una equivalente o inferior en igual o distinta especie, si éste no lo hace"(36).

Así como en las anteriores garantías adecuaremos esta definición, en cuanto sea posible a la tutela, consistiendo en el hecho de que una persona se obliga para con el incapaz a pagar por el tutor los daños y perjuicios que su mala administración puedan causar al pupilo.

(35). Rojas Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 99

(36). Rojas Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 100

La garantía deberá de recer preferentemente en la hipoteca o en la prenda, por ser estas formas de garantizar las más eficaces, puesto que ellas se dan sobre una cosa existente. Por lo que hace a la fianza sólo se tiene como una garantía subsidiaria ya que un tercero responderá de los daños y perjuicios que el tutor por su mala administración ocasione al incapaz.

El monto de la garantía otorgada por el tutor, ascenderá al importe de las rentas de los bienes en los dos últimos años y los réditos de los capitales impuestos por el mismo lapso; también podrá ser por el valor de los bienes muebles o inmuebles, o en su caso podrá comprender el producto de las fincas rústicas por un período de dos años, el cual será calculado por peritos o bien por el término medio de un quinquenio, lo cual se someterá al prudente arbitrio del juez de lo familiar.

El cálculo también se podrá efectuar sobre el veinte por ciento de lo que importen las mercancías y demás efectos muebles de conformidad con los libros que se lleven.

Con respecto a esto último Antonio de Ibarrola manifiesta lo siguiente:

"... en las negociaciones mercantiles e industriales es mucho más justo tomar en cuenta un porcentaje sobre el importe de las mercancías y demás efectos muebles que las utilidades anuales. Pueden éstas ser nulas en un determinado ejercicio por causas bien complicadas y sería injusto eximir de garantía al tutor en casos como éste"(37).

Aún cuando la regla general la constituye el hecho de que todo tutor debe de otorgar garantía, se dan ciertas excepciones:

1.- Tal es el caso del testador que en forma expresa hubiere liberado de dicha obligación al tutor testamentario a menos de que sobrevenga una causa que la haga necesaria.

---

(37). De Ibarrola, Antonio.- *Ob. Cit.*, Pág. 506

Sobre esta excepción debemos de tener presente que el testador, deposita en el tutor testamentario su más amplia confianza, al poner bajo su cuidado la persona y bienes de quienes se encuentren sometidos a su patria potestad, por lo que si el tutor en forma expresa determina que no es necesario que se otorgue garantía alguna, ésta no se prestará. Salvo que como señala la ley, se dé una causa posterior a la muerte del testador que así lo amerite.

2.- Cuando la tutela legítima se deba de ejercer por alguno de los padres o de los abuelos, tampoco será menester que se otorgue garantía excepto que el juez de lo familiar en audiencia con el curador y el consejo de familia lo consideren necesario.

Esta debe de considerarse como una situación normal, toda vez que no es posible que se desconfíe de los mismos parientes del incapaz. Pero al a pesar de ello cualesquiera de los órganos en tes citados lo considere oportuno, se obligará al tutor para que garantice el desempeño de sus funciones.

3.- Asimismo no estarán obligados los tutores que no administren bienes.

Al tener la tutela como finalidad el cuidado y la guarda de la persona y bienes de un incapaz, al no existir estos últimos, no habrá necesidad de otorgar garantía alguna; por lo que creemos que esta excepción es bastante obvia y no requiere de más comentarios.

4.- Por último estarán exceptuados de prestar garantía los tutores, que se hubieren hecho cargo de un expósito al cual hubieren alimentado y educado por más de diez años.

Dentro de esta hipótesis consideramos que es de tomarse muy en cuenta el espíritu altruista de las personas que sin tener obligación alguna se hacen cargo del cuidado de un infante abandonado; por lo que estimamos muy rígida esta disposición al es-

establecer un término tan largo como es el de diez años de estar alimentando y educando a un menor.

Ahora bien cuando un tutor no esté exceptuado de garantizar su cargo y el juez de lo familiar por negligencia no exige que se cumpla con esta obligación, se constituirá en responsable subsidiaria de los daños y perjuicios que se causen el incapaz.

El término con que cuenta el tutor para garantizar sus funciones, será de tres meses, por lo que si una vez transcurrido dicho período el tutor no ha dado la garantía correspondiente, se procederá a la designación de un nuevo tutor.

Pero aún otorgándose la garantía por parte del tutor, el Ministerio Público, el Consejo Local de Tutelas, los parientes del incapaz, o en su caso éste, si ha cumplido los dieciséis años, podrán solicitar al juez de lo familiar que dicte las medidas necesarias a fin de que se conserven los bienes del pupilo.

Cuando los bienes del incapaz sufran alguna modificación, ya sea que se aumente o disminuya el patrimonio del pupilo, el tutor, el curador, el Consejo Local de Tutelas o el Ministerio Público gozan de las facultades suficientes para solicitar al juez de lo familiar, se rectifique la garantía otorgada.

El tutor al rendir sus cuentas anuales, el curador o el Consejo Local de Tutelas tendrán la facultad de solicitar información sobre la supervivencia e idoneidad del fiador que al efecto hubiere nombrado, el tutor, para garantizar su cargo.

También será obligatorio para el curador como para el Consejo Local de Tutelas, estar al pendiente de los bienes hipotecados o de los datos en prenda por el tutor, debiendo hacer del conocimiento del juez de lo familiar cualquier conocimiento que observaren.

## D) NATURALEZA JURIDICA DE LA TUTELA

### n) ¿La tutela es un contrato?

Habiéndose tratado en el inciso anterior sobre las garantías que debe prestar el tutor para el desempeño de su cargo, ahora nos ocuparemos de establecer de donde nace la obligación que corre a cargo del tutor al encargarse del cuidado y vigilancia de un incapaz; al respecto cabe recalcar que la tutela es una figura jurídica subsidiaria de la patria potestad, ya que en nuestro derecho la tutela surge en el momento en que no existen los padres o ascendientes que puedan ejercer la patria potestad, por lo que la tutela es una institución de carácter eminentemente social esto de conformidad con lo que establece el artículo 449 del Código Civil.

Siguiendo con la fuente de donde brota la obligación del tutor tenemos que existen diversas figuras jurídicas que pudieren ser la base de donde surge la obligación del tutor para con el incapaz como lo es entre otras el contrato.

Para saber si es el contrato la fuente de donde nace la obligación que corresponde al tutor de cuidar del incapaz es preciso que antes conozcamos qué es un contrato y cuales son los elementos que lo forman.

El contrato es la fuente principal de las obligaciones y es por ello que trataremos de establecer hasta que punto la obligación del tutor se puede desprender de él; asimismo es el acto jurídico más importante dentro de la vida social, económica y jurídica del hombre, al respecto el Código Civil en su artículo 1793 expresa lo siguiente:

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

A su vez Rojas Villegas da el siguiente concepto de Contrato.



"El contrato se define como un acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones"(38).

Con relación a las dos definiciones anteriores podemos decir que dentro de la tutela también se crean o transmiten derechos y obligaciones. Y así tenemos que mientras por una parte el tutor está obligado a rendir cuentas anualmente de su gestión, por otro lado observamos que tiene el derecho de poder exigir una retribución por el desempeño de sus funciones.

Otra semejanza que existe entre el contrato y la tutela, es que ambas se dan dentro de la vida social.

Seguidamente hablaremos de los elementos que integran el contrato, estos elementos son de dos clases, de existencia y de validez. Los artículos 1794 y 1795 señalan en una forma muy clara cuales son los elementos de existencia y cuales los de validez.

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento

II. Objeto que puede ser materia del contrato.

Por lo que si falta alguna de estos elementos se producirá la inexistencia del contrato, es decir, estaremos en presencia de la nada jurídica.

El Consentimiento.

Este es uno de los elementos de existencia del contrato por lo que como ya se dijo, su ausencia implica que el contrato se declare inexistente.

Rojina Villegas apunta lo siguiente sobre el consentimiento: "El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones"(39).

(38). Rojina Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 101

(39). Rojina Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 102

Por lo que dicho consentimiento requiere del acuerdo de dos o más voluntades que se pueden manifestar en forma expresa o tácita.

Otra similitud de la tutela con el contrato la encontramos aquí en el consentimiento, ya que si el tutor no acepta el cargo es decir, no dá su consentimiento para ser tutor del incapaz no surgirá la tutela.

#### El Objeto.

Constituye el segundo elemento de existencia del contrato y sobre él el artículo 1824 dice que:

Artículo 1824.- Son objeto de los contratos:

- I. La cosa que el obligado debe dar.
- II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Por lo que de conformidad con la fracción II de este artículo, podemos manifestar que el fin de la tutela es, que el tutor se obligue a llevar a cabo ciertos actos en favor del incapaz.

Respecto a los elementos de validez el artículo 1795 dice:

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.
- II. Por vicios del consentimiento.
- III. Porque su objeto o su motivo o fin sea ilícito.
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

La interpretación que se debe de dar a este precepto es a Contrario sensu a fin de que el contrato sea plenamente válido, ya que si falta cualquiera de estos elementos se producirá la nulidad absoluta o relativa.

A continuación trataremos sobre cada uno de los elementos de validez del contrato, iniciando por la ausencia de vicios en el consentimiento.

Los vicios del consentimiento se pueden presentar mediante tres formas diferentes mismas que son:

a) El error: consistente en la falsa creencia que sobre la realidad se tiene.

En la tutela se puede presentar el caso de que una persona por error se creyere obligada a hacerse cargo de un incapaz sin que en realidad exista dicha obligación.

b) El Dolo: es toda maquinación o artificio que se emplea para inducir a la otra parte al error.

Cabe suponer que una persona empleando alguna maquinación o artificio hiciera creer a otra persona que es su obligación hacerse cargo de la tutela de un incapaz sin que ella tampoco sea cierto.

c) La Violencia: es la coacción injusta ejercida en forma grave sobre una persona, con el objeto de obligarla a cumplir con una prestación o reconocer una obligación.

Por último dentro de los vicios del consentimiento se puede presentar el supuesto de que una persona empleando la fuerza física o moral obligue a otra a cuidar y proteger a un incapaz como si fuera su tutor.

Licitud en el objeto, fin o motivo de la voluntad.

Dentro de nuestro derecho positivo el artículo 17 del Código Civil es el que nos habla de este elemento:

Artículo 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa

de su obligación; mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

La forma es el medio a través del cual se manifiesta la voluntad de las partes contratantes, bien sea que ello se haga en escritura pública o privada.

En la tutela tenemos que, también se observa una forma, bien sea que el consentimiento se desprenda de una declaración unilateral de voluntad como lo es el testamento o bien que se derive de la resolución que el juez dicte tanto en la tutela legítima como en la dativa.

Por último tenemos a la capacidad, ésta se divide en dos, que son: la de goce y la de ejercicio.

Siendo la capacidad de goce la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones. Esta se reconoce a todo ser humano y se adquiere por el simple nacimiento y consecuentemente se extingue con la muerte de la persona.

En tanto que la de ejercicio es la aptitud jurídica para hacer valer sus derechos y obligaciones. Se subdivide a su vez en total y parcial, siendo la primera la que se da en las personas mayores de edad que se encuentran en pleno uso de sus facultades mentales.

De lo anterior se puede desprender que la capacidad juega un papel muy importante dentro de la tutela, ya que si una persona mayor o menor de edad tiene mercedas sus facultades mentales o bien siendo menor de edad no cuenta con un ascendiente que ejerza sobre él la patria potestad, será sometido a tutela.

Una figura jurídica que tiene mucha importancia con relación a la tutela, es la relativa a la Representación. Esta tiene lugar cuando un individuo se ve afectado en su capacidad de ejercicio.

A través de la representación la ley permite que un acto jurídico correspondiente a una persona pueda ser realizado por un tercero, excepto en el caso de que se trate de actos personalísimos.

Así tenemos que cuando una persona faculta a otra para que la represente, le está dando poderes suficientes para que actúe por ella, como si los efectuara por ella misma.

Acerca de la representación el Código Civil en su Artículo 1801 expresa lo siguiente:

Artículo 1801.- Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley.

La representación puede ser de dos tipos, legal y voluntaria, la primera es aquella que se deriva de un precepto legal.

Por lo que respecta a la tutela, en la que el incapaz actúa a través de un representante, podemos decir que dicha representación es legal salvo el caso del menor que ha cumplido los dieciséis años de edad, ya que él podrá designar a su tutor.

En tanto que la representación voluntaria se dá por el hecho de que una persona por propia voluntad confiera a otra facultades para que actúe en su nombre.

Habiendo tratado del contrato en general, ahora nos ocuparemos de analizar el contrato de mandato, por considerar que este es el que mayor semejanza pudiera tener respecto a la tutela.

El respecto al contrato de mandato es definido por el Código Civil en su artículo 2546 de la siguiente manera:

Artículo 2546.- El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejercer por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga.

Por lo que si fuera posible aplicar el concepto de mandato al de la tutela tendríamos que:

Por virtud de este contrato el tutor se obliga a realizar ciertos actos jurídicos en favor y a beneficio de un incapaz.

De aceptar que la naturaleza jurídica de la tutela se desprende del contrato de mandato, necesariamente que éste sería representativo, puesto que en él, el mandatario ejecuta los actos en nombre y por cuenta del mandante.

Este contrato tiene dos elementos personales mismos que son el mandante y el mandatario.

El mandante es la persona en cuyo favor se han de realizar los actos jurídicos.

El mandatario es el sujeto encargado de llevar a cabo todo cuanto el mandante le señale.

El consentimiento dentro del mandato puede ser en forma expresa o tácita, pero para que el contrato se perfeccione, es preciso que se dé el acuerdo de voluntades por lo que no es posible que sólo una de las partes esté de acuerdo en ejecutarlo. Lo cual como ya se señaló al hablar del contrato en general, también en la tutela se requiere del consentimiento.

El objeto del mandato es el de realizar actos jurídicos, los cuales deberán ser lícitos y posibles, sin que dichos actos sean personalísimos del mandante.

Cabe señalar que esto no ocurre dentro de la tutela ya que ésta tiene como finalidad el llevar a cabo tanto actos jurídicos como materiales en favor del incapaz.

La capacidad tratándose del mandato se requiere tanto para el mandante como para el mandatario. Por lo que hace al mandante la capacidad consiste en el hecho de que para que él pueda otorgar poder para ciertos actos, cuente con las facultades suficientes para realizarlos.

El mandatario por su parte debe de contar con la capacidad

suficiente para poder llevar a cabo los actos que el mandante le ordene.

Respecto a esto último podemos manifestar que en la tutela precisamente se parte del supuesto contrario es decir, que siempre se requiere de que una persona se encuentre en estado de incapacidad.

El contrato de mandato requiere de una cierta forma, pudiendo ser verbal o escrita.

Al hablar del mandato que se otorga en forma verbal el artículo 2552 dice:

Artículo 2552.- El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hayan o no intervenido testigos.

Cuando el mandato haya sido verbal debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dió.

Pero si por el contrario se emplea la forma escrita ello podrá ser en escritura pública o privada, o bien mediante simple carta poder y de aceptar al contrato de mandato como el contrato del cual se puede desprender la naturaleza jurídica de la tutela, tendremos que considerar que en la tutela testamentaria el requisito de forma debe ser por escrito, ya que en esta tutela la última disposición que lleve a cabo el testador se supedita precisamente a la existencia de un testamento. En tanto que si nos referimos a la tutela legítima o defensiva siempre se estará a lo que la ley o el juez determinen.

Tanto el mandante como el mandatario tienen ciertas obligaciones como son:

Obligaciones que se le exigen al mandatario:

1.- En primer lugar y como regla general el mandatario tiene el deber de ejecutar su encargo en forma personal.

Lo cual en la tutela también debe observarse, puesto que

al tutor se le confiere el cuidado de un incapaz sin que se le permita delegar sus funciones en un tercero.

2.- El mandatario está obligado a rendir cuentas de sus actos a su mandante.

En la tutela el tutor también carga con la obligación de rendir por lo menos cada año cuentas de su gestión en favor del incapaz por lo tanto es una obligación análoga.

3.- El mandatario, deberá indemnizar al mandante de todos los daños y perjuicios que le causare cuando se exceda en sus facultades o desatienda sus deberes.

Lo anterior también sucede con el tutor, que deberá indemnizar al incapaz, cuando por culpa suya se sigan daños y perjuicios en su persona.

El mandatario a su vez tiene ciertos derechos mismos que se transforman en obligaciones del mandante como son los siguientes:

1.- Se le pagarán las cantidades que hubiere erogado, para cumplir con sus deberes.

Al tutor también se le hará pago de todos aquellos gastos que hubiere realizado para el buen desempeño de su labor.

2.- Al mandatario se le pagará una retribución por sus funciones, a menos que expresamente se hubiere pactado lo contrario.

A su vez el tutor puede exigir que se le retribuya por el cuidado que lleve a cabo del incapaz fijándose como pago mínimo, el que se establece en el arancel para los procuradores.

En el mandatario sí es admisible que éste se otorgue a varias personas, lo cual origina la pluralidad de mandatarios; sin embargo esto no es posible dentro de la tutela que se rige por el principio de la unidad, por lo que solo se admite un tutor para cada tutela.



b) ¿La tutela es una gestión de negocios?

Respecto de la gestión de negocios cabe señalar que ésta constituye otra de las fuentes de las obligaciones en general, su origen es muy antiguo ya que desde la época del derecho romano ha sido reconocida. En esta época se le atribuyó un carácter semejante al que le corresponde al mandato, lo cual es totalmente erróneo, ya que estos son dos figuras jurídicas completamente diferentes.

La gestión de negocios también fue confundida con el mandato oficioso o presunto en nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884.

Dentro de la doctrina moderna encontramos al maestro Rafael de Pina que nos dice acerca de la gestión de negocios lo siguiente:

"La gestión de negocios es el fenómeno jurídico que se produce cuando una persona sin mandato y sin estar obligado a ello, se encarga de un asunto de otro"(40).

De lo anterior desprendemos que el concepto antes citado sobre la figura jurídica en estudio puede ser tanto para actos jurídicos como materiales. Por lo que en principio sí es posible aceptar que la obligación del tutor se puede desprender de la gestión de negocios, ya que una persona sin estar obligado a ello puede llevar a cabo actos jurídicos y materiales en favor de un incapaz.

Esta institución tiene su base en el principio de solidaridad, que se presume en todos los individuos y se presenta cuando una persona no puede atender ciertas actividades lo cual le puede producir daños por lo que no es necesario que un tercero sin tener mandato ni autorización previa, actúe a fin de evitar cualquier mal. Así en la tutela cuando un incapaz carece de un tutor y se encuentra en peligro, puede contar con el auxilio de un ges

(40). De Pina, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 387

tor que le pueda prestar ayuda.

La gestión de negocios puede originarse por cualquiera de estas cuatro situaciones:

1.- Que el gestor lleve a cabo tanto actos jurídicos como materiales en favor de un tercero.

Trotándose de la tutela como ya se mencionó, ésta puede ser indistintamente para cualquier tipo de actos.

2.- Que la gestión se efectúe en forma voluntaria ya que si por error, el gestor creyere llevar a cabo un acto propio, la gestión desaparece y tan sólo tendrá derecho a invocar el enriquecimiento sin causa.

3.- Se requiere que el gestor actúe voluntariamente y sin que el dueño del negocio tenga conocimiento de ello, puesto que el este último lo autoriza estoremos en presencia del contrato de mandato.

Pero en cambio si la gestión se realiza en contra de la voluntad del dueño del negocio se estará a lo dispuesto en el artículo 1899 del Código Civil que a lo letra dice:

Artículo 1899.- Si la gestión se ejecuta contra la voluntad real o presunta del dueño, el gestor debe reparar los daños y perjuicios que resulten a aquél, aunque no haya incurrido en falta.

4.- Se requiere que el gestor tenga capacidad suficiente para obligarse.

Dentro de la gestión se pueden presentar dos situaciones diferentes, ya que por una parte el gestor al realizar su gestión puede conocer los derechos y obligaciones que le corresponden; en tanto que por otra parte tal vez desconozca dichos derechos y obligaciones. Sin embargo en ambos casos para el derecho es irrogante el hecho de que conozca o por el contrario desconozca estas consecuencias ya que van implícitas.

El gestor es el sujeto que por su propia voluntad efectúa actos tendientes a beneficiar a otra persona; por lo que se le exigen ciertas obligaciones las que de no observar lo harán responsable de los daños y perjuicios que se causen al dueño del negocio, dichas obligaciones son:

1.- Primeramente se le exige que actúe conforme a los intereses del dueño del negocio. Es decir que el gestor aún cuando cumple con una función de solidaridad no puede ir más allá de como actúa el dueño del negocio en sus actos, ya que de no ser así se caería en una absoluta y completa arbitrariedad por parte del gestor.

Este primer deber del gestor lo encontramos contemplado en el artículo 1896 que a la letra dice:

Artículo 1896.- El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.

Como una semejanza entre la gestión y la tutela cabe señalar que el tutor tiene el deber de obrar conforme a los intereses del incapaz.

2.- También tiene el deber de emplear el mismo cuidado que emplea en sus negocios. Al respecto el artículo 1897 señala:

Artículo 1897.- El gestor debe desempeñar su encargo con toda la diligencia que emplea en sus negocios propios, e indemnizará los daños y perjuicios que por su culpa o negligencia se irroguen al dueño de los bienes o negocios que gestione.

3.- Si lleva a cabo operaciones que impliquen un grave riesgo, también lo harán responsable a pesar de que el daño se produzca por caso fortuito. Esto según lo menciona el artículo 1900 del multicitado Código Civil.

Artículo 1900.- El gestor responde aún del caso fortuito si ha hecho operaciones arriesgadas, aunque el dueño del negocio

tuviere costumbre de hacerlas, o si hubiere obrado más en inte  
rén propio que en interés del dueño del negocio.

Por lo que hace al dueño del negocio cargará con las siguien  
tes obligaciones:

1.- Cumplir con las obligaciones que el gestor hubiere contra  
ído en su nombre.

2.- Deberá de pagar todos los gastos que el gestor lleve a  
cabo en el buen desempeño de su gestión e incluso deberá de abo  
nar los intereses producidos.

Las anteriores obligaciones se encuentran establecidas en  
los artículos 1903 y 1904:

Artículo 1903.- El dueño de un asunto que hubiere sido útil-  
mente gestionado, debe cumplir las obligaciones que el gestor  
haya contraído e nombre de él y pagar los gastos de acuerdo con  
lo prevenido en los artículos siguientes.

Artículo 1904.- Deben pagarse al gestor los gastos necesarios  
que hubiere hecho en el ejercicio de su cargo y los intereses  
legales correspondientes, pero no tiene derecho de cobrar retri  
bución por el desempeño de la gestión.

## CAPITULO III

### CLASES DE TUTELA

Al tratar sobre las clases de tutela propiamente nos estamos refiriendo a la forma como se designa al tutor, tradicionalmente se han conservado desde la época del Derecho Romano, las tres formas típicas de nombrar al tutor mismas que son: La testamentaria, la legítima y la dativa.

Actualmente el código civil, para el Distrito Federal en su artículo 461 nos dice que:

Artículo 461.- La tutela es testamentaria, legítima o dativa.

A continuación y antes de hablar de cada una de las clases de tutela en particular, diremos que como una característica común a las tres clases de tutela existentes, está el hecho de que para que proceda el deferimiento de la misma se requiere que previamente sea declarado el estado de interdicción que guarda la persona que se someterá a ella.

#### A) TUTELA TESTAMENTARIA

Los estudiosos del derecho, han señalado que ésta es la más importante de las clases de tutela y Mateos Alarcón señaló lo siguiente respecto a ella:

"Si hay algún consuelo para el padre moribundo que deje a sus hijos en tierna y peligrosa edad, es sin duda el poder que tiene de elegir entre sus parientes o amigos la persona que por su inteligencia y probidad le inspire confianza, para encomendarle la guarda de las personas y de los bienes de sus hijos"<sup>(41)</sup>.

Con relación a esta clase de tutela, el Código Civil en su artículo 470 menciona lo siguiente:

---

(41). Mateos Alarcón, Manuel.- Ub. Cit. Pág. 383

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

Como se puede observar mediante esta clase de tutela se faculte al ascendiente que sobrevive, para que a través de su testamento y como un acto post-mortem puede llegar a nombrar tutor en favor de las personas que se encuentran bajo su patria potestad. Este es un derecho que corresponde al padre sobreviviente que ejerza la patria potestad del menor, comprendiendo dicho derecho también al hijo póstumo, esto de conformidad con lo que establece el citado artículo 470

El nombramiento de tutor testamentario también lo podrán llevar a cabo los padres menores de edad, por ser éste un derecho que corresponde a las personas que ejercen la patria potestad.

Por lo que hace a la relación entre padre adoptante e hijo adoptivo, la situación es la misma ya que entre ellos se dará una relación similar a la que se produce entre padre e hijo natural, por lo que el padre adoptante tiene facultades suficientes para poder nombrar un tutor testamentario al hijo adoptivo, lo anterior tal como lo establece el artículo 481:

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

Como una situación muy particular se encuentra el supuesto de que una persona que no guarde parentesco alguno con el incapaz, es decir, un tercero pueda nombrar tutor testamentario en favor de un menor de edad sobre el que nadie ejerza la patria potestad, con la condición de que deje herencia o legado en favor de

este infante, ocupándose en este caso el tutor, de la simple administración de los bienes. Esto tiene su fundamento en lo dispuesto por el artículo 476 del Código Civil, que señala lo siguiente:

Artículo 476.- En ningún otro caso hay lugar a la tutela testamentaria del incapacitado.

El presupuesto fundamental para que se dé la tutela testamentaria, es el hecho de que exista un testamento, en el que se nombre al tutor testamentario, ya que de no ser así no se dará esta clase de tutela.

El testamento es definido por el Código Civil en su artículo 1295 de la siguiente manera:

Artículo 1295.- Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos y declara o cumple deberes para después de su muerte.

Las características que presenta todo testamento son:

Personalísimo - se dice que es un acto personalísimo porque no puede dejar el arbitrio de un tercero su realización, aún cuando dicho tercero sea el representante legal del testador.

Revocable - también se caracteriza este acto por ser revocable, ya que en cualquier tiempo el testador tendrá facultades para cambiar sus declaraciones hechas en el testamento.

Libre - se considera como un acto libre, ya que a ninguna persona se le puede impedir el que realice su testamento, o que por el contrario se le condicione para efectuarlo.

Como se puede ver a través del testamento es posible que se nombre a un tutor testamentario, lo cual tiene como finalidad que el testador cumpla con un deber para después de su muerte, consistiendo dicho deber en el hecho de proteger a las personas incapaces que se encuentran bajo su patria potestad, a fin de

que éstas sean alimentadas, vestidas y que se les eduque.

Sin embargo cualquier persona que pretenda hacer un testamento, deberá de contar con cierta capacidad, como es el hecho de que tenga cuando menos cumplidos los dieciséis años de edad al momento de efectuarse su testamento y que además se encuentre completamente sano por lo que hace a sus facultades mentales ya que de lo contrario y de no cumplir con estos dos requisitos, se le tendrá como un incapaz para poder testar y por consiguiente para nombrar un tutor testamentario.

El testamento no es un acto puro y simple, ya que puede ser sujeto a ciertas modalidades, de tal suerte que al heredero se le puede imponer como una condición para que se le transmitan bienes y derechos, el que se ocupe de la tutela de una persona incapaz de cuidarse a sí misma; por lo que el heredero que no cumpla con la obligación de hacerse cargo de la tutela de un incapaz sin justa causa, puede ser sancionado con la pérdida de to dos los bienes y derechos que el testador le hubiere otorgado.

Por lo que el tutor testamentario es la persona que deberá de hacerse cargo de un incapaz, dándose su nombramiento a través de una disposición post-mortem, como lo es el testamento.

Una vez que ha quedado asentado lo anterior, nos ocuparemos del principio que señala que a la muerte de uno de los padres, el que sobreviva se encargará de ejercer la patria potestad, dándose la siguiente excepción, consistente en el hecho de que el padre o la madre según sea el caso, podrán exceptuar al otro progenitor cuando éste mediante una disposición legal se encuentre impedido para ejercer la patria potestad de sus hijos.

Así mismo el nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre o la madre sobreviviente excluirán del derecho de ejercer la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado, como es el caso de los abuelos paternos o maternos, tal como lo establece el artículo 471:



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

Finalmente diremos que en nuestro sistema jurídico impera el principio de unidad respecto a la persona del tutor, en cuanto a su ejecución, así tenemos que el testador podrá nombrar a varias personas para que ejerzan el cargo de tutor, pero solo una de ellas será la que lo pueda desempeñar, esto debido al principio de la unidad tutelar.

En el supuesto de que no se señale expresamente a quién corresponde en principio ejercer el cargo, se transmitirá al primero que aparezca en la lista, mismo que para tal efecto suscriba el testador, esto de conformidad con lo que establece el artículo 477:

Artículo 477.- Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien substituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción.

#### B) TUTELA LEGITIMA

En la tutela legítima el deferimiento del tutor, es decir el nombramiento de éste lo fija la misma ley.

Sobre esta clase de tutela el maestro Antonio de Ibarrola dice lo siguiente:

"Es la tutela legítima la deferida por la ley en defecto de la testamentaria. Es decir, tiene como en el Derecho Romano carácter subsidiario".(42)

Por lo que la tutela legítima, procede cuando no hay persona que ejerza la patria potestad sobre un menor o bien no se haya

---

(42). De Ibarrola, Antonio.- Ob. Cit., Pág. 507

nombrado tutor testamentario. Al respecto el artículo 482 dice lo siguiente:

Artículo 482.- Ha lugar a tutela legítima:

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

Aquí se puede observar que el Código Civil coloca a la tutela legítima en un segundo término y que le da el carácter de supletoria sobre la testamentaria, ya que existiendo tutor testamentario no se justificaría, el que se nombrase a un tutor legítimo.

Al hablar de la tutela legítima, creemos que es conveniente hacer mención a la sucesión legítima ya que existe cierta relación entre una y otra.

La sucesión legítima, es aquella en la cual determinadas personas son llamadas por disposición legal a heredar el de cujus, lo cual puede suceder por diversas causas, mismas que señala el artículo 1599:

Artículo 1599.- La herencia legítima se abre:

I. Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez;

II. Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;

III. Cuando no se cumple la condición impuesta al heredero;

IV. Cuando el heredero muera antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar si no se ha nombrado sustituto.

Así pues podemos observar y según se desprende del artículo 1599, que la tutela legítima se abrirá:

Primero - cuando no se haya efectuado testamento alguno; o bien que existiendo éste, resulte ser nulo o no tenga validez, por lo que si se ha nombrado tutor testamentario, ello no surtirá efecto alguno.

Segundo - que aún existiendo testamento, el testador hubiere omitido designar a un tutor testamentario en favor de las personas incapaces que se encuentren bajo su patria potestad.

Tercero - en el supuesto de que la persona a quien se hubiere nombrado heredero no cumpla con la condición que el testador le hubiere impuesto como pueda ser la relativa a hacerse cargo de la tutela de un incapaz, perderá los bienes que le hubieren otorgado mediante la herencia y también como una consecuencia, se nombrará un tutor legítimo.

Cuarto - como una última hipótesis, se tiene el hecho de que la persona llamada a heredar bajo la condición de hacerse cargo de la tutela de un incapaz, hubiere parecido antes que el testador, por lo que a fin de no dejar desemperado al menor se procederá a nombrar un tutor legítimo.

Una vez que hemos dejado señaladas las semejanzas que existen entre la tutela legítima y la sucesión legítima, ahora veremos qué personas son llamadas a ejercer el cargo de tutor en la tutela legítima y cuáles son llamadas a heredar en la sucesión legítima.

De conformidad con el artículo 483 del código civil las personas que serán llamadas a desempeñar el cargo de tutor son:

Artículo 483.- La tutela legítima comprende:

- 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.

Por lo que hace a la sucesión legítima el artículo 1602, dice que personas son llamadas a heredar:

Artículo 1602.- Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

- I. Los descendientes, cónyuge, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y en ciertos casos la concubina;
- II. A falta de los anteriores la beneficencia pública.

Por lo que según se puede observar de los dos artículos anteriores, las personas llamadas tanto a ejercer la tutela como a heredar en forma legítima, no son designadas en el mismo orden no son las mismas.

Tratándose de la tutela legítima el cargo corresponderá ejercerlo a los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas, a falta de estos se mandará llamar a quienes lo fueren por una sola línea.

A falta o por incapacidad de los hermanos el cargo se depositará en los parientes colaterales hasta el cuarto grado, en el supuesto de que concurren varios parientes dentro del mismo grado, corresponderá al Juez de lo Familiar decidir cuál es el que le parece más oíto.

Pero si el menor que va a ser sometido a tutela ya cuenta con dieciséis años de edad, la ley le concede la prerrogativa de designar a su tutor, quedando al arbitrio del Juez de lo Familiar el poder rechazar por una sola ocasión dicha elección.

Cuando la tutela legítima se origina por cualquiera de las siguientes causas: Demencia, Idiotismo, Imbecilidad, el ser sordomudo, o hacer uso immoderado de las bebidas embriagantes o de las drogas enervantes; se aplicarán los siguientes principios:

El cargo de tutor deberá ser ejercido por el esposo respecto de su mujer y de ésta cuando se trate de su marido.

Si el padre o en su caso la madre fueren viudos corresponderá a los hijos mayores de edad ejercer la tutela, siguiéndose estas reglas:

Cuando existan dos o más hijos se dará prioridad al que viva con el ascendiente, pero si fueren varios los que vivieren con el padre o la madre corresponderá al Juez de lo Familiar decidir que persona es la más opla para hacerse cargo de la tutela.

Si el que resulta ser incapaz es el hijo mayor de edad, se habrá de tener en cuenta si es soltero o viudo y sin hijos, siendo así la tutela se depositará en los padres quienes deberán de decidir cuál de ellos asumirá el cargo, pero bien pudiera suceder que los padres hubieren muerto, por lo que el cargo se transferirá a los abuelos prefiriéndose a los que lo sean por parte del padre es decir a los paternos sobre los maternos; en caso de que éstos tampoco existieren, se procederá a llamar a los hermanos del incapaz y por último a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

Una situación especial es la que guardan los hijos menores de un incapaz cuando no existe otro ascendiente que se encargue de la patria potestad, puesto que el tutor de aquél también lo será de los menores. Todo lo anterior de acuerdo con lo que establecen los artículos 486 a 491 del Código Civil.

Cuando un menor hubiere sido abandonado la tutela corresponderá a quien lo hubiere recogido, con todas las cargas y derechos como si se tratara de cualquier otra tutela.

#### c) TUTELA DATIVA

Esta constituye la última forma de designar al tutor teniendo un carácter eminentemente supletorio, ya que sólo procederá

cuando no haya tutor testamentario, ni legítimo, con lo cual aquí se puede contemplar más claramente que esta es una institución de índole social y que su fin primordial es el de proteger a las personas incapaces de cuidarse a sí mismas.

Al respecto el Código Civil en su artículo 500 dice que la tutela dativa se deberá de promover: por el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, el mismo menor y en su caso por el Juez de lo Familiar, en favor del menor que no esté sujeto a patria potestad.

El mismo Código Civil en su artículo 495 dice lo siguiente acerca de la tutela dativa:

Artículo 495.- La tutela dativa tiene lugar:

- I. Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponde la tutela legítima;
- II. Cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.

De la lectura del anterior artículo se puede observar que la principal forma de designar al tutor, es la tutela testamentaria y que a falta o por imposibilidad de la persona que puede desempeñar el cargo, se abrirá la tutela legítima, pero en caso de que tampoco exista persona alguna de las que la ley enumera se abrirá la tutela dativa.

Corresponde al Juez de lo Familiar designar al tutor dativo, cuando se trate de menores que aún no alcanzan los dieciséis años de edad; haciéndose dicha elección de entre las personas que aparecen en la lista que el Consejo Local de Tutelas le envía en forma anual tal como lo establece el artículo 497.

El Juez de lo Familiar, será responsable de los daños y per

juicios, que se ocasionen al incapaz, por su negligencia al no nombrar en forma adecuada al tutor, esto según se desprende del artículo 498 del Código Civil:

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

Debe agregarse que cuando un menor se encuentra desprotegido el Juez de lo Familiar tendrá el deber de nombrar invariablemente un tutor en favor del incapaz, aún en el supuesto de que éste no tuviere bienes, toda vez que para este caso la finalidad de la tutela será el cuidar de la persona del pupilo, es decir de su alimentación y educación.

Por lo que hace a los menores que han cumplido los dieciséis años de edad, el legislador ha considerado oportuno que sean ellos los que elijan a su tutor, esto en razón de considerar que el incapaz ya cuenta con cierta madurez mental. Lo anterior tiene su antecedente directo en lo establecido por el Código Civil de 1870, en que se facultó a los menores que habían cumplido los 14 años para designar a su tutor.

Sin embargo dicha elección queda a criterio del Juez de lo Familiar quien podrá reprobear el nombramiento por una sola vez, pero si con posterioridad a este primer rechazo el menor designa a otra persona y el Juez se encuentra nuevamente inconforme con dicha propuesta, se deberá de decidir en audiencia con el Consejo Local de Tutelas si se admite o no al tutor.

## CAPITULO IV

### EFFECTUS Y EXTINCIUN DE LA TUTELA

#### A) Obligaciones y Derechos del Tutor

Como ya se dijo anteriormente, el tutor es la persona que se encarga de un incapaz y debe de observar una determinada conducta, por lo que se le imponen ciertas obligaciones, mismas que van en relación a la persona del incapaz; dichas obligaciones se refieren principalmente a la representación y el cuidado del patrimonio del pupilo.

Pero en contraposición a dichos deberes u obligaciones, el tutor cuenta a su vez con ciertas facultades o derechos durante el desempeño de su gestión.

Por lo que hace a la persona del incapaz, éste viene a ser la figura más importante dentro de la institución tutelar, ya que dicha institución funda su existencia misma en la presencia de un incapaz.

Dentro de las principales obligaciones o deberes del tutor tenemos las siguientes:

Seguendo el Código Civil en su artículo 537 fracción I, diremos que la primera obligación que corre a cargo del tutor es la de alimentar al incapaz. Sobre esta obligación creemos que es muy oportuno el distinguir dos situaciones diferentes que son:

Por una parte existe la posibilidad de que el cargo de tutor corresponde desempeñarlo a una persona que guarde parentesco con el incapaz, y que por razón de dicho parentesco también tenga el deber de suministrar alimentos al pupilo, tal como lo fija al respecto el artículo 303 del Código Civil.



Artículo 303.- Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que es tuvieren más próximos en grado.

Pero bien puede suceder que no exista parentesco alguno entre el pupilo y el tutor, y que por tanto la única relación que se dé entre ellos sea en razón de la tutela. Por lo que en este caso el tutor sólo tendrá el deber de velar porque al incapaz le sean suministrados los alimentos, mas no de proporcionarlos él mismo, como sucede en el supuesto de que el tutor sea pariente del pupilo.

Al referirnos a los alimentos no deben de entenderse éstos en estricto sentido, sino que el Código Civil en su numeral 308, nos menciona lo que abarcan los alimentos:

Artículo 308.- Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad.

Respecto de los menores, los alimentos comprenden, además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentado y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Otras de las obligaciones del tutor, relacionada con los alimentos se da cuando el incapaz siendo un indigente, no cuenta con parientes ni bienes, es decir no tiene persona alguna que lo alimente o que existiendo dicha persona no pueda alimentarlo, en consecuencia el tutor con aprobación del Juez de lo Familiar, en audiencia con el curador y el Consejo Local de Tutelas lo podrá poner a disposición de una beneficencia pública o privada, en donde se le pueda proporcionar la suficiente alimentación y educación.

Pero si esto último tampoco fuere posible el tutor procurará que los particulares den trabajo al incapaz, debiendo ser

dicho trabajo compatible con su edad, entendiéndose para ello a lo dispuesto en el Título Quinto Bis de la Ley Federal del Trabajo, relativo al trabajo de menores.

Ahora bien, otra obligación del tutor para con los indigentes que no puedan ser recibidos por las beneficencias públicas o privadas, o en su caso tampoco puedan ser empleados por los particulares consiste en el deber de realizar las gestiones pertinentes a fin de que se les atiendan a costa de las rentas públicas del Distrito Federal, o de la entidad en la que tenga su domicilio.

En la misma fracción I del artículo 537 del Código Civil, se establece el deber por parte del tutor de educar al menor incapaz.

Así pues la obligación del tutor no se satisface con el simple hecho de alimentar al menor incapaz, ya que también deberá de educarlo conforme a su condición económica.

Por lo que hace a esta obligación de educar por parte del tutor, está el deber de destinar al menor una carrera u oficio que éste elija según su posición, por lo que si no lo hace así, el menor a través del curador o del Consejo Local de Tutelas lo harán saber al Juez de lo Familiar, para que éste resuelva lo que considere más conveniente para el incapaz, esto según se desprende del artículo 540.

El artículo 542 menciona que cuando las rentas de los bienes del incapaz no sean suficientes para satisfacer su alimentación y educación el Juez deberá de decidir sobre la conveniencia o no de sujetarlo a un oficio, a fin de no enajenar sus bienes.

Sobre esto último Antonio de Ibarrola nos dice lo siguiente:

"Aquí olvidemos que realmente el porvenir del menor está en su propio esfuerzo, en su trabajo, en cuanto nada puede inculcársele pero formar de él un ciudadano útil, cabal y cumplido.

Nunca debe de sacrificarse la educación del menor a la conservación de bienes de fortuna que pueden desaparecer en un abrir y cerrar de ojos. El hombre moderno confía mucho más invariablemente en su propio esfuerzo que en lo que pudieren llegar a producir los bienes de su propiedad\*(43).

Siguiendo con el orden fijado por el artículo 537, la fracción II se refiere al hecho de que tratándose de un incapaz que se encuentra afectado de sus facultades físicas o mentales o bien sea un ebrio consuetudinario o que haga uso inmoderado de las drogas enervantes, la obligación del tutor es destinar en forma preferente los recursos con que cuente el pupilo para su curación o regeneración según sea el caso; lo cual es entendible ya que al momento mismo en que la persona sone o se rehabilita desaparecerá la tutela.

Siguiendo con esta obligación del tutor también tiene el deber de presentar en forma anual, al Juez de lo Familiar el verificar cual es el estado en que se encuentre el incapaz, ello tiene su fundamento, en el hecho de evitar que el tutor en connubio con los facultativos traten de hacer pasar como enfermo al incapaz, con el afán de perjudicarlo.

Con respecto al patrimonio del incapaz, el tutor carga con la obligación inalienable de llevar a cabo un inventario detallado de todos los bienes pertenecientes a su pupilo, correspondiendo al Juez de lo Familiar con participación del curador y del mismo incapaz si ha cumplido los dieciséis años y cuenta con el suficiente discernimiento, señalar en que tiempo se deberá de efectuar el inventario, sin que dicho término pueda exceder de seis meses.

En caso de que el incapaz adquiere bienes después de hecho el inventario estos deberán de incluirse inmediatamente.

Lo relativo al inventario debe hacerse siempre, aún cuando el testador hubiera dispensado de ello al tutor testamentario.

ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Con esto se procura evitar que el tutor en forma fraudulenta se enriquezca a costa del incapaz. Por esta razón la ley dispone que el juez señalará el plazo en que se deba de efectuar dicho inventario, sin que el término exceda de seis meses, como ya se dijo antes.

El tutor también está obligado a administrar los bienes del pupilo para lo cual deberá tomar en cuenta la opinión de éste, cuando ha cumplido los dieciséis años de edad y cuenta además con el suficiente criterio.

Sin embargo cuando el pupilo haya adquirido bienes por su propio trabajo le corresponde a él la administración de los mismos.

El tutor tiene el deber de representar al incapaz en todos sus actos civiles, lo cual puede ser tanto en juicio como fuera de él; la tutela tiene como fin representar al incapaz en todos sus actos ya sean jurídicos como materiales, por lo que no tiene nada de sorprendente; pues como ya se indicó al tratar sobre la naturaleza jurídica de la tutela, si la representación fuere únicamente para actos jurídicos estaríamos en presencia del mandato.

Ahora bien el tutor no podrá representar al incapaz en sus actos personalísimos ya que sólomente la persona interesada agirá lo que los pueda realizar.

La última fracción del artículo 537 dice que el tutor está obligado a solicitar autorización judicial y demostrar que los siguientes actos son de utilidad para el pupilo, a fin de poderlos efectuar:

1.- Dentro del primer mes de haber iniciado sus funciones deberá de fijar la cantidad que se utilizará para los gastos de alimentación.

2.- También requiere de permiso para enajenar y gravar los

inmuebles, los derechos y bienes preciosos del incapaz.

3.- Para efectuar los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni reparación.

4.- No puede comprometer ni transigir en arbitrios los negocios del incapaz.

5.- Para hacerse pago de los créditos que tuviere en contra del pupilo.

6.- No podrá tampoco, salvo autorización previa arrendar por más de cinco años los bienes del incapaz.

7.- Por último no puede recibir dinero prestado a nombre del incapaz.

Como una última obligación se establece el deber que tiene el tutor de aceptar las donaciones simples, legados y herencias que se den en favor del incapaz.

Son derechos del tutor durante el desempeño de sus funciones las siguientes:

El exigir respeto y obediencia del incapaz, al cual llegado el caso podrá incluso castigar con moderación.

También tiene la facultad de obtener una remuneración misma que podrá ser fijada por el testador, cuando éste hubiere sido quien lo designó, en tanto que en la tutela legítima o dative, corresponde al Juez de lo Familiar designar la cuantía.

La retribución siempre será sobre las rentas líquidas de los bienes pertenecientes al incapaz, dicha retribución puede variar de un cinco por ciento como mínimo a un diez por ciento como máximo; pero sin embargo ésta se podrá ver aumentada hasta un veinte por ciento, cuando el tutor por medio de su diligencia y buena administración genere mayores ingresos sobre los bienes del incapaz.

Existe una situación en la cual el tutor puede perder su re

muneración y será cuando contraiga matrimonio con su pupilo sin haber obtenido la dispensa correspondiente.

Otra de las facultades que se le confieren al tutor es la relativa a que no existiendo los padres o los abuelos él podrá otorgar el consentimiento para que el incapaz contraiga matrimonio, según lo señala el artículo 150.

#### B) Impedimentos y Excusas para el Ejercicio de la Tutela

El tema relativo a los impedimentos y excusas en lo que a la tutela se refiere es tratado por los Capítulos VII y VIII del Título IX del Libro I, del Código Civil.

En principio hemos de señalar que el artículo 452 dice que el cargo de tutor es obligatorio y que nadie puede eximirse de él a menos que exista una causa que lo justifique.

Al ser la tutela precisamente una institución cuyo fin es el de proteger a las personas incapaces, y aún cuando existan personas que estén de acuerdo en hacerse cargo del cuidado y protección de un incapaz, la ley nos dice en forma por demás clara qué personas son inhábiles para ejercer el cargo de tutor.

A continuación anotaremos todas las causas por las cuales se puede impedir a una persona que sea tutor de un incapaz.

En primer término encontramos a las personas que son menores de edad; ésta resulta ser una situación evidente, ya que se considera que una persona llega a su máximo desarrollo mental cuando cumple la mayoría de edad, es decir cuando tiene los dieciocho años, por lo que siendo menor de esta edad, la ley presume que la persona no cuenta con la suficiente capacidad para hacerse cargo del cuidado y vigilancia de un incapaz; a lo anterior se da una excepción consistente en el hecho de que la persona

que pretende llevar a cabo la tutela, resulte ser el padre del incapaz.

En igual situación se encuentren las personas que siendo mayores de edad están sometidas a tutela, lo cual resulta obvio puesto que si ellos no son capaces de dirigirse a sí mismos, mucho menos se encontrarán en posibilidades de hacerlo por otra persona.

Otro caso de impedimento se presenta cuando una persona ha sido removida de otra tutela por mal comportamiento en el cargo.

Aquí el impedimento se da en razón de que la persona ha sido cesada de otra tutela por su mala conducta bien sea en cuanto a la persona o bienes del incapaz, por lo tanto no podrá hacerse cargo nuevamente de la tutela de un incapaz, ya que se presume en él una falta de seriedad y por consiguiente un peligro para el pupilo.

Están impedidas también las personas que hubieren sido condenadas por cualquiera de los siguientes delitos: robo, abuso de confianza, estafa, fraude o delitos contra la honestidad. - Según se puede observar todos estos delitos son contra el patrimonio. De lo anterior se desprende que se busca proteger el patrimonio de los incapaces siendo ésta además una de las principales funciones de la tutela, esto de acuerdo con lo que señala el artículo 449 que a la letra dice:

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

Con relación al anterior impedimento encontramos que no solo las personas condenadas por un ilícito penal están exclui-

des para ser tutores, ya que también dicha privación puede ser decretada por un Juez de lo Familiar, cuando condene a ciertas personas para que no puedan ser tutores.

Tempoco podrán llegar a ser tutores los que no tienen una forma honesta de vivir, ya que como hemos visto la tutela es una institución cuyo fin es el de suplir a la patria potestad, por lo que de preferencia se busca que el tutor sea una persona honesta y que por lo tanto sirva de ejemplo al menor incapaz.

Quedarán excluidas para ocupar el cargo de tutor los deudores del incapaz, con lo que se pretende evitar que el tutor pueda llevar a cabo actos en perjuicio del pupilo con la finalidad de saldar su deuda.

Los empleados y funcionarios de la administración de Justicia están igualmente impedidos para hacerse cargo de un incapaz por considerar que con motivo de sus funciones, estas personas no podrían entender como se debe dicho cargo al ser incompatibles estas dos funciones. Esta situación se extiende a los empleados de la administración pública.

Serán inhábiles también las personas que sufran alguna enfermedad crónica contagiosa, con esto se pretende proteger la salud de los incapaces, ya que con una persona así a su lado, lejos de ayudarlo muy probablemente le causaría un mal.

Por último señalaremos que están impedidos los que hubieren sido cause de la demencia del incapaz o los que la hayan fomentado de alguna forma, esto es claro en razón de que estas personas buscan perjudicar a los incapaces.

Ahora bien pudiera suceder que estando en funciones el tutor se averigüe o le sobrevengan algunas causas que le impidan llevar a cabo sus funciones por lo que será separado de la tutela.

El artículo 504 del Código Civil es el que habla sobre la



separación del tutor, diciendo al respecto lo siguiente:

Artículo 504.- Serán separados de la tutela:

- I. Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;
- II. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- III. Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término fijado por el artículo 590;
- IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobre venga o se averigüe su incapacidad;
- V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159;
- VI. El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela.

Existen también ciertas causas por las que una persona puede excusarse de ejercer el cargo de tutor, esto es que una persona podrá anteponer ciertas situaciones para no cuidar de un incapaz.

Estas excusas pueden ser las siguientes:

El ser funcionario o empleado público, sucediendo al igual que con los impedimentos, por lo que estas personas se considera que no tienen el tiempo suficiente para hacer compatibles estas dos ocupaciones.

Ser militar en servicio activo, por estimar al igual que en la anterior causa, que siendo la tutela una institución cuyo fin primordial es el de atender a los incapaces, no puede descuidarse su persona.

Tener bajo su potestad tres o más descendientes, ya que por

atender a sus propios descendientes descuidaría al incapaz, y por lo tanto se ha considerado preferible que otra persona sea el tutor.

Los que fueran tan pobres que no puedan ocuparse de la tutela del incapaz sin menoscabo de su subsistencia; esto se explica por sí mismo, ya que se caería en el extremo de que lejos de mejorar la situación del incapaz ésta empeoraría.

Aquellos que por su mal estado habitual de salud o por su rudeza o ignorancia no pueda atender debidamente la tutela.

Tener sesenta años cumplidos, ya que por la avanzada edad del tutor, éste no estaría en condiciones de guiar como se debe a su pupilo.

Para finalizar está el caso de que se tenga que atender otra tutela, ya que por atender a un incapaz se descuidaría el otro.

En relación a las excusas anteriores está el hecho de que si una persona no se excusa de aceptar el cargo por cualquiera de las causas antes señaladas y se encuentra en condiciones de ejercer dicho cargo, se tiene por renunciado este derecho y por tanto deberá encargarse del incapaz.

También se tendrá por renunciado tácitamente el beneficio a presentar la excusa cuando no se haga en el término que al respecto fija el Código de Procedimientos Civiles.

#### Diversos Modos de Extinción de la Tutela

La tutela puede terminarse por cualquiera de las causas señaladas en el artículo 606, mismo que a continuación se transcribe:

Artículo 606.- La tutela se extingue:

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

Por lo que hace a la muerte, hemos de tener presente que ésta constituye una razón obvia, ya que con la muerte de la persona incapaz, no existirá persona alguna que justifique la existencia de esta institución.

Por cuanto al hecho de que desaparezca la incapacidad, observamos que existen diversas causas como son:

Que el menor de edad cumpla los dieciocho años de edad, es decir llegue a la mayoría de edad. A partir de esta edad la Ley presupone que la persona adquiere su plena madurez.

#### Rendición de las Cuentas

Al hablar sobre las obligaciones del tutor durante el desempeño de su cargo, vemos que una de ellas es la de rendir cuentas al Juez de lo Familiar. Esta es sin duda alguna, una de las obligaciones más importantes que se presentan en la tutela, ya que por medio de ella se protege hasta donde es posible el patrimonio de los incapaces.

Cabe hacer notar que con el fin de ofrecer una mayor seguridad al patrimonio de los incapaces, se establece en principio que la garantía otorgada por el tutor no se cancelará hasta en tanto no se hayan aprobado las cuentas.

Existen tres cuentas diferentes que se pueden exigir al tutor, atendiendo cada una de ellas a una situación diferente como pueden ser:

Cuentas Anuales y Ordinarias - El tutor deberá de rendir es\_

tas cuentas en el mes de enero de cada año, sin importar la fecha en que se hubiere discernido el cargo otorgándose al tutor un plazo de tres meses para hacerlo y de no cumplir dentro de este plazo, se le podrá remover de su cargo. Lo anterior de acuerdo con el artículo 590 del Código Civil.

**Cuentas Extraordinarias o Especiales** - Una segunda cuenta que se puede exigir al tutor se da en el momento en que se presenten causas graves que así lo justifiquen, dichas causas pueden ser presentadas por el curador, el Consejo Local de Tutelas o el mismo menor cuando ha cumplido los dieciséis años de edad, correspondiendo al Juez de lo Familiar calificar éstas.

**Cuentas Generales de Administración** - Estas se dan cuando la tutela llegue a su término o porque el tutor sea cesado de sus funciones, en cuyo caso deberá de dar cuenta de sus actos al nuevo tutor, o bien falleciendo el tutor corresponderá a sus herederos efectuar la rendición de cuentas al tutor reemplazante.

El tutor reemplazante se constituye en el responsable directo de todos los daños que se causen al pupilo por su negligencia, al no exigir las cuentas al tutor saliente o a sus representantes, según lo dispuesto por el artículo 601.

La rendición de cuentas no consiste solamente en señalar el destino que se dió al numerario que se le entregó al darle posesión del cargo, sino que además se deben de especificar todas las operaciones realizadas, mismas que se deberán de acompañar de los documentos que las justifiquen, así como un balance del estado que quarden los bienes.

Las cuentas deberán de rendirse en el lugar en que se lleve a cabo la tutela, y nunca podrán ser dispensadas ni aún por quien nombró el tutor, bien sea que ello lo hubiere hecho el testador o el mismo menor incapaz.

Por lo que hace a los gastos realizados legalmente por el tutor, durante el desempeño de su gestión aún cuando no hubiere resultado beneficio alguno al incapaz, deberán de ser reembolsados al tutor.

Ahora bien puede ser que al rendirse las cuentas exista un saldo, mismo que podrá ser a favor del tutor y en contra del incapaz o por el contrario que sea a favor del incapaz y en contra del tutor, el cual en ambos casos genera intereses.

El saldo a favor del tutor se da cuando éste hubiere realizado gastos en favor del incapaz y éstos no le hubieren sido reembolsados al momento de rendirse las cuentas, por lo que por dichas cantidades se genera un interés, mismo que se computará a partir del momento en que se pide judicialmente su pago.

Tratándose de un saldo en favor del incapaz, éste producirá intereses a partir del momento en que se lleve a cabo la rendición de las cuentas, si es que éstas se llevaron a cabo dentro del término legal, o bien si no se rindieron las cuentas a partir del momento en que fenezca el término legal que se tiene por hacerlo.

El tutor será responsable de los créditos vencidos que tenga a su favor el incapaz, por no haber intentado cobrarlos a través de la vía judicial o extrajudicial y por no haber exigido garantías sobre estos créditos.

También será responsable de los daños y perjuicios que se ocasionen al incapaz, cuando dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se entere que su pupilo ha sido desposeído de ciertos bienes, no ejercite las acciones correspondientes.

El tutor que durante el desempeño de su gestión sufre daños y perjuicios, tiene el derecho de solicitar una indemnización por ello.

Una vez que concluye la tutela el tutor tiene que entregar

los bienes y documentos pertenecientes al incapaz, éstos se de terminan conforme al balance que fue aprobado en la última cuenta.

La entrega de dichos bienes se deberá de hacer dentro del mes siguiente al y en que se hubiere terminado la tutela, y no se suspenderá por el hecho de estar pendiente la rendición de las cuentas.

Los gastos que se originen con motivo de la rendición de cuentas y de la entrega de los bienes, son a cargo del incapaz, pero cuando el tutor es suspendido del cargo por causas imputables a él, corresponderá a él mismo pagar dichos gastos.

Así mismo hemos de manifestar que la obligación que tiene el tutor de rendir cuentas prescribe en cinco años.

Por último las acciones que tiene a su favor el incapaz por la administración de la tutela en contra del tutor, se extinguen en un lapso de cuatro años, este mismo término es aplicable para las acciones que se tengan en contra de los fiadores y garantes del tutor, dicho plazo comenzará a computarse cuando el menor llegue a su mayoría de edad o bien desaparezca la causa que originó el estado de interdicción y por tanto la tutela.

## C O N C L U S I O N E S

- 1a. Creemos muy importante la facultad que tiene el Estado de intervenir en la tutela por ser ésta una institución de carácter social.
- 2a. Consideramos que el término de diez años para que el tutor sea dispensado de prestar la garantía tratándose de un expósito, es muy largo.
- 3a. Estimamos que el plazo de seis meses para que se lleve a cabo el inventario sobre los bienes del incapaz es muy extenso.
- 4a. A nuestro parecer sería recomendable que los Jueces de lo Familiar al tener conocimiento de un juicio testamentario o abintestado, lo hicieran del conocimiento del Consejo Local de Tutelas, a fin de que éste investigue si existen incapaces que deban de ser sometidos a tutela.
- 5a. Por lo que hace al patrimonio del menor, estamos en desacuerdo en que se prefiere la conservación de sus bienes a costa de su alimentación y educación.
- 6a. En nuestra opinión la remuneración que se otorga al tutor por el desempeño de su cargo debería de ser aumentada.
- 7a. Respecto a la obligación que tiene el tutor para con el incapaz, creemos que ella no se deriva del contrato de mandato, ya que éste tan solo se da para actos jurídicos, en tanto que la tutela se da tanto para actos jurídicos como materiales.
- 8a. Tampoco nos parece que sea aplicable la gestión de negocios para explicar la obligación del tutor, ya que el getor actúa por su propia voluntad sin que sea preciso que

se le difiera el cargo, en tanto que en la tutela el cargo le es diferido por el Juez de lo Familiar.

9a. A nuestro criterio la obligación que corre a cargo del tutor, nace en razón de ser la tutela una institución de carácter social, con el fin de atender las necesidades del incapaz.

10a. Según pudimos observar a través de nuestra investigación, que desafortunadamente, la tutela en la práctica es casi nula; ya que en los Juzgados Familiares, tan solo se conocen escasamente alrededor de 3 a 4 casos al año. Por lo que proponemos, difundir y dar más publicidad de esta figura jurídica; que tanta falta hace en esta compleja sociedad mexicana para que los incapaces tengan la dicha de ser protegidos y reivindicados como seres humanos.



se le difiere el cargo, en tanto que en la tutela el cargo le es diferido por el Juez de lo Familiar.

- 9a. A nuestro criterio la obligación que corre a cargo del tutor, nace en razón de ser la tutela una institución de carácter social, con el fin de atender las necesidades del incapaz.
- 10a. Según pudimos observar a través de nuestra investigación, que desafortunadamente, la tutela en la práctica es casi nula; ya que en los Juzgados Familiares, tan solo se conocen escasamente alrededor de 3 a 4 casos al año. Por lo que proponemos, difundir y dar más publicidad de esta figura jurídica; que tanta falta hace en esta compleja sociedad mexicana para que los incapaces tengan la dicha de ser protegidos y reivindicados como seres humanos.

## B I B L I O G R A F I A

1. Becerra Bautista, José.- Derecho Procesal Mexicano., Editorial Porrúa, S. A., México 1979, Pág. 382
2. Castán Tobeñas, José.- Derecho Civil Español Común y Foral., Tomo V, Vol. II, 8a. Ed. Editorial Reus, S. A., Madrid 1966, Pág. 285
3. Castán Tobeñas, José.- Ob. Cit.
4. Castán Tobeñas, José.- Ob. Cit., Pág. 336
5. Colín, Ambrosio y H. Capitant.- Curso Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Reus, S. A., Madrid 1923, Pág. 80
6. Colín, Ambrosio y H. Capitant.- Ob. Cit., Págs. 81, 82
7. Colín, Ambrosio y H. Capitant.- Ob. Cit., Págs. 83, 84
8. Colín, Ambrosio y H. Capitant.- Ob. Cit., Págs. 85, 86
9. Colín, Ambrosio y H. Capitant.- Ob. Cit., Pág. 81
10. Couto, Ricardo.- Derecho Civil Mexicano., Tomo III, Editorial La Vasconia, México 1919, Págs. 6, 7
11. De Diego, Clemente.- Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II, Imprenta de Juan Puyo, Madrid 1930 Pág. 596
12. De Diego, Clemente.- Ob. Cit. Pág. 597
13. De Pina, Rafael.- Elementos de Derecho Civil Mexicano Tomo III, Editorial Porrúa, S. A., México 1981, Págs. 383, 384
14. De Pina, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 385
15. De Pina, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 386
16. De Pina, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 387
17. De Ibarrola, Antonio.- Derecho de Familia., Editorial Porrúa, S. A., México 1981, Pág. 702
18. De Ibarrola, Antonio.- Ob. Cit., Pág. 506
19. De Ibarrola, Antonio.- Ob. Cit., Pág. 507
20. Fernández de Cárigo, Luis.- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada.- Editorial Hispano-Americana., México 1947, Pág. 347
21. Galindo Garfias, Ignacio.- Derecho Civil., 3a. Ed., Editorial Porrúa, S. A., México 1979, Pág. 689

22. Galindo Garfias, Ignacio.- Ob. Cit., Pág. 700
23. Galindo Garfias, Ignacio.- Ob. Cit., Pág. 701
24. Galindo Garfias, Ignacio.- Ob. Cit., Pág. 702
25. Lemus García, Raúl.- Derecho Romano., Editorial Limusa, México 1964, Págs. 103, 104
26. Mateos Alarcón, Manuel.- Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal., Tomo I, Librería de J. Velazquez Cuevas., México 1885, Pág. 328
27. Mateos Alarcón, Manuel.- Ob. Cit., Pág. 329
28. Mateos Alarcón, Manuel.- Ob. Cit., Pág. 383
29. Mazeaud, Henri y Jean.- Lecciones de Derecho Civil, Parte Primera, Vol. IV, Ediciones Jurídicas Euro-Americanas, Buenos Aires 1959, Pág. 233
30. Planiol, Marcel y Ripert, Jorge.- Tratado Práctico de Derecho Francés, Tomo I, Editor Juan Buxo, Habana 1927, Pág. 416
31. Planiol, Marcel y Ripert, Jorge.- Ob. Cit. Pág. 417
32. Planiol, Marcel y Ripert, Jorge.- Ob. Cit. Pág. 417
33. Rojas Villegas, Rafael.- Compendio de Derecho Civil. Tomo I, Editorial Porrúa, S. A., México 1979, Pág. 97
34. Rojas Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 98
35. Rojas Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 99
36. Rojas Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 100
37. Rojas Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 101
38. Rojas Villegas, Rafael.- Ob. Cit., Pág. 102
39. Valverde Valverde, Calixto.- Tratado de Derecho Civil Español. Tomo IV, 2a. Ed. Editorial Valladolíd 1921, Pág. 518
40. Valverde Valverde, Calixto.- Ob. Cit., Pág. 515
41. Ventura Silva, Sabino.- Derecho Romano., 2a. Ed. Editorial Porrúa, S. A., México 1975, Pág. 112
42. Ventura Silva, Sabino.- Ob. Cit., Pág. 125

**LEGISLACION.**

- a. Código Civil del Distrito Federal de 1870
- b. Código Civil del Distrito Federal de 1884
- c. Código Civil del Distrito Federal Vigente
- d. Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal Vigente.