



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

EVOLUCION DE LA TUTELA EN MEXICO
A TRAVES DE SU LEGISLACION

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

SERGIO ALEJANDRO GALVAN ESPINOSA



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MEXICO, D. F.

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.

EVOLUCION DE LA TUTELA EN MEXICO A TRAVES DE SU LEGISLACION

INTRODUCCION

CAPITULO I

1.- Concepto	1
2.- Sistemas Tutelares	12
2.1 Institucion Familiar	13
2.2 Tutela de autoridad o de interes publico	14
2.3 Sistema mixto	15
3.- Caracteristicas	16
3.1 Cargo de interes publico	16
3.2 Irrenunciable	17
3.3 Excusable	18
3.4 Unitario	20
3.5 Remunerado	21
4.- Clases de Tutela	23
a) Testamentaria	25
b) Legitima	28
c) Dativa	30
5.- Organos de la Tutela	32
5.1 Tutor	32
5.1.1 Concepto de Tutor	33
5.1.2 Deberes de Tutor	35
5.1.3 Derechos de Tutor	43
5.1.4 Personas Inhábiles	43
5.1.5 Excusas del cargo de Tutor	46
5.2 Curador	49
5.2.1 Concepto de Curador	51
5.2.2 Clases de Curador	52
5.2.3 Deberes del Curador	55
5.2.4 Derechos del Curador	56
5.3 Consejo Local de Tutelas	57
5.3.1 Organizacion y Funcionamiento	57
5.4 Juez de lo Familiar	59
5.4.1 Intervencion del Juez de lo Familiar en la Tutela	59

6.- Extincion de la Tutela	61
----------------------------	----

CAPITULO II

Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827	66
Código Civil del Imperio Mexicano de 1866	74
Código Civil del Estado de Veracruz de 1868	85
Código Civil del Estado de México de 1870	88
Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870	94
Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884	101
Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917	105

CAPITULO III

La tutela en el Código Civil de 1928	108
1.- Su reglamentacion	108
2.- La Responsabilidad Civil, derivada de la administracion de los bienes del pupilo	153
3.- Reformas	165
4.- Jurisprudencia en materia de Tutela	181

CONCLUSIONES	184
--------------	-----

PROPOSICIONES	185
---------------	-----

BIBLIOGRAFIA	188
--------------	-----

INTRODUCCION

El objeto del presente trabajo es hacer una exposicion de la institucion de la tutela como una figura de proteccion de los incapaces en general, que no se encuentran bajo la patria potestad de persona alguna y, como subsidiaria de esta, cumple con las funciones de velar por la persona y bienes de los incapacitados en estas circunstancias.

Con el fin de llegar a un analisis critico de la tutela en nuestra legislacion vigente, fue necesario investigar sus origenes historicos, la doctrina en el derecho comparado en cuanto a organizacion tutelar, asi como el criterio del legislador en la evolucion de la institucion a traves de los Codigos Civiles Mexicanos, tanto de vigencia estatal como a nivel nacional a partir del siglo pasado, donde pudimos apreciar los diferentes grados de intervencion de los organos de la tutela, en un principio regida por la familia y posteriormente con la mayor ingerencia del estado para su control y vigilancia mediante disposiciones destinadas a evitar la transgresion de la ley por parte de los organos citados.

Es nuestra particular idea, que la institucion de la tutela, conforme a lo comentado en el parrafo anterior, puede ser estructurada en forma diferente con el objeto de equilibrar responsabilidades para todos los organos que intervienen en ella,

sin la excesiva carga de obligaciones que se han establecido para el tutor, como organo ejecutivo de la misma, asi como las grandes responsabilidades consignadas para el Juez de lo Familiar y que a nuestro juicio, no forman parte de la importante mision judicial que como juzgador le consignan las leyes.

EVOLUCION DE LA TUTELA EN MEXICO A TRAVES DE SU LEGISLACION

Capítulo I

1.- Concepto.

Antes de empezar el estudio de la tutela en el campo jurídico, se hace necesario analizar el origen etimológico de la palabra, a efecto de lograr una mejor comprensión de la figura.

El origen de la palabra tutela proviene de la voz latina "Tutor", que significa proteger o defender pues de acuerdo a la definición de la Enciclopedia Jurídica Omeba, "la palabra tutela, del latín *idem*, nos da la idea de cuidado, protección, amparo, y ella en su concreción importa una proyección en tal dirección". (1)

Partiendo de esta definición enciclopédica, el objeto del presente trabajo es estudiar la aplicación que en el campo del Derecho tiene la tutela como una figura de protección instituida; por lo tanto en forma general podemos conceptuarla como el mandato que surge de la ley, que determina una potestad jurídica sobre una persona y/o bienes de quienes necesitan el beneficio de tal posición.

Con el fin de llegar a una definición aceptable de la tutela, debemos remitirnos a sus orígenes históricos para posteriormente citar las diversas ideas y conceptos sobre la

(1) Gómez R. Héctor. Tutela, Enciclopedia Jurídica Omeba Tomo XXVI. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1968. pp.476

misma de variados autores en la rama del Derecho Civil y de esta manera ubicar a la figura de acuerdo a la doctrina.

A través de la historia, la protección del incapaz como una persona en estado de indefensión jurídica, ya sea por su menor edad o por una incapacidad natural ha sido una necesidad de interés general por lo que iniciaremos el estudio de su origen y evolución a partir del Derecho Romano.

El Derecho Romano mismo sufrió evoluciones a través de sus distintas épocas y dentro de éstas se desarrolló la figura jurídica de la tutela. Al respecto podemos decir que "en un principio se estima la institución como el poder jurídico sobre los menores que no han llegado a la pubertad y no se encuentran sometidos a la patria potestad, y las mujeres en general que no se hallan bajo aquella potestad ni bajo la manus marital. Prima (sic) en esta orden un sentido de protección al régimen familiar y en beneficio de los agnados. Tal concepción, bajo la República se modifica en cuanto a que se convierte en un poder público por parte del tutor, y se lo regula en favor del pupilo, el primero no obra ya como dueño y señor de un derecho". (2)

Como se puede apreciar, encontramos que tal protección se instituyó para diferentes sujetos pasivos como son el menor impúber y la mujer, además de que en sus inicios velaba por los bienes de la persona protegida buscando el beneficio familiar,

(2) Gómez R. Héctor. Ob. Cit. pp 478

para posteriormente convertirse en un deber público en favor del protegido.

Veamos ahora dentro del mismo Derecho Romano un concepto más general sobre la tutela el cual se le atribuye al jurisconsulto Servio, quien decía que "la tutela es un poder dado y permitido por el Derecho Civil sobre una cabeza libre, para proteger a quien, a causa de sus edad, no puede defenderse por si mismo". (3)

Como podemos observar, solo se hace mención a la menor edad, aunque es interesante observar que se traslucen elementos como la Data y la permissa de la tutela original así como la existencia de un capaz o cabeza libre quien protegerá a quien dada su edad, no puede defenderse por si mismo.

El poder que se concedía al tutor no era una verdadera potestad pues difería de la potestad paterna; así, podemos apuntar que "el tutor no tiene derecho de corrección ni autoridad sobre la persona del pupilo, terminando la tutela en la pubertad". (4)

Esta función de protección o guardaria de los sui iuris afectados por una incapacidad de hecho dio lugar en el Derecho Romano a dos instituciones, la tutela y la curatela.

(3) Ventura S., Sabino. Derecho Romano. 3a. Edición. Editorial Porrúa. México 1975. pp.111.

(4) Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de la 9a. Edición Francesa por J. Fernández G. Ed. Saturnino Calleja S.A. Madrid 1924. pp. 125 y 126.

La primera se dio en todas las épocas del Derecho Romano para los impúberes y en el Derecho Romano antiguo y clásico, también para las mujeres de cualquier edad, siempre que no estuviesen sometidas a la "manus marital" o la "patria potestas".

La curatela, por su parte, nació en atención a los incapacitados por locura llamados furiosi.

Al principio ambas fueron concebidas como un poder en favor del tutor o curador, para posteriormente adaptarse a la finalidad de amparar al sometido a tutela o curatela, esto es, como anotamos antes, se volvió una carga o manus pública para el que la ejercía, regulada por el Estado en favor del pupilo o tutelado para el cuidado de su persona y la administración de sus bienes.

A efecto de identificar a las personas principales que integran la relación jurídica que nace de la institución, así como explicar lo que originaba el nacimiento de tal protección, encontramos que "al impúber bajo tutela se le llamó pupilo, y al titular de la tutela, tutor. Nació la tutela siempre que un acto cualquiera hacía sui iuris a un impúber; normalmente, es la muerte del pater familias o la emancipación del hijo impúber".(5)

Respecto de la tutela de las mujeres en el Derecho Romano antiguo, la mujer adulta estaba sometida a tutela perpetua, situación que quería justificarse en la ligereza del

(5) Ventura S., Sabino. Ob. Cit. pp 112

carácter de la mujer y su inexperiencia en los negocios, aunque realmente se pensó menos en su protección que en salvar su fortuna en favor de sus agnados, ya que tal tipo de razonamiento en la opinión del jurisconsulto Gayo "es un motivo más especioso que real". (6)

La otra forma existente entonces de tutela sobre la mujer era la pupilar que desaparecía al llegar a la pubertad.

Atendiendo a la manera de designarse el tutor, la tutela se clasificaba desde entonces en testamentaria, legítima y dativa. En la primera el tutor es nombrado en un testamento; al tutor se le designaba por su nombre y en forma imperativa. En la segunda es llamado por la ley, en atención al grado de parentesco civil con el pupilo y en la tercera forma es designado por el Magistrado o Pretor, derecho que posteriormente pasó a los Cónsules.

Como hemos dicho antes, la tutela se iniciaba en Roma a consecuencia de un acto que convertía al hijo en *sui iuris* y terminaba con la pubertad del menor, pero en la época Imperial se continuó la protección de la persona hasta la edad de veinticinco años por medio de la curatela la cual se restringía a la gestión del patrimonio del menor.

Finalmente, queremos apuntar acerca de la evolución de la institución, que "la idea de la protección beneficiosa del

(6) Bonfante, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Traducción de la 8a. Edición por L. Bacci y A. Larrusa. 5a. Edición. Instituto Editorial Reus. Madrid 1979. pp. 218

pupilo, que se abrió paso y transformó la tutela de los impúberes, tenía necesariamente que presentar como vacía de justificación la de las mujeres". (7)

Así, perduró en la historia la tutela de los menores y desapareció la de la mujer, de igual manera que persistió la curatela, junto con la creación de algunos órganos adicionales de vigilancia, toda vez que la tutela romana no instituyó dichos órganos supervisores de los actos del tutor.

Después de haber expuesto los orígenes de la institución en el Derecho Romano, pasemos ahora a revisar la figura de la tutela y su forma de organizarse en el Derecho Español desde sus comienzos.

El Derecho Español tuvo cuatro fases llamadas Fueros que se distinguieron como el Fuero Juzgo, el cual disponía sobre la tutela de menores; el Fuero Viejo el cual distinguía las diferentes clases de tutelas; la tercera fase llamada Fuero Real que estableció las características de la institución y la cuarta fase o Leyes de Partidas en las cuales encontramos en la P.VI, 16, 1ra. que "tutela tanto quier dezir en latin como guarda en romance, que es dada e otorgada al huérfano libre menor de catorce annos, e a la huérfana menor de doze annos, que no se puede nin sabe amparar". (8)

(7) Arias, J. y Arias, B.J. Derecho Romano. Tomo II. 17a. Edición. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1984. pp. 751
(8) De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. 3ra. Edición. Editorial Porrúa. México 1984. pp.477

Podemos aquí observar que se establecen determinados lineamientos respecto de la tutela para los huérfanos menores, es decir, de las personas que no tenían quien ejerciera la patria potestad sobre ellos, además de que se da un concepto sobre la institución. También las Partidas distinguieron las tres especies de tutela que ya se encontraban en el Derecho Romano como la testamentaria, legitima y dativa, así como expresaban quienes podían ser tutores.

En el Derecho Español al igual que el antiguo Derecho Francés estaban protegidos tanto los menores de edad como los incapacitados mayores de edad pero por instituciones distintas ya que los menores eran amparados a través de la tutela y a los mayores de edad incapaces se les nombraba curador a semejanza del antiguo Derecho Romano.

En las regiones de Europa donde no regía el Derecho escrito, "la tutela se establecía al morir cualquiera de los padres y el sobreviviente mantenía su potestad solamente en cuanto a la persona dándose así una autoridad que coexistía con ella, para el control de los bienes".(9) Es decir, se defería la tutela con el fin de proteger el patrimonio del pupilo solamente, pues el progenitor sobreviviente conservaba una mutilada patria potestad sobre la persona del pupilo.

Existen en el Derecho moderno diversos criterios respecto a la tutela y curatela en atención a los diferentes

(9) Gómez R., Héctor. Ob cit. pp 479

tipos de indefensos pues para los países que siguen el sistema de familia en la organización tutelar, el tutor es vigilado por el Consejo de Familia que nombra un protutor para supervisar sus actos y conducta pero para los sistemas que siguen otros países el primer observador de los actos del tutor es el llamado curador como es el caso de México.

Con el objeto de ofrecer una definición o concepto global de la figura materia de este trabajo entraremos al estudio de diversas definiciones aportadas por autores de varios países como las más aceptadas, entre otras.

Atendiendo a la definición expresada por el vocabulario jurídico de Capitant, la tutela es "una institución creada por la ley para la protección de los menores e interdictos".(10) Esta definición es muy general y diferencia dos tipos de incapaces.

Para el Derecho Italiano, la tutela tiene un carácter supletorio pues como otro autor explica "el instituto de la tutela tiende, fundamentalmente, a suplir a la patria potestad; porque los progenitores del menor (no emancipado) o han muerto ambos (el menor es huérfano) o están ambos en la imposibilidad de ejercer la patria potestad. Sin embargo, la tutela, como se ha visto, opera idénticamente también en cuanto al mayor sujeto a interdicción, salvo algunas particularidades".(11)

(10)Capitant, Henri. Vocabulario Jurídico. 1a. Edición. Editorial De Palma. Buenos Aires 1961. pp. 555

(11)Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Sentis M. Tomo III. E.J.E.A. Buenos Aires 1954 pp.172

Es de destacarse que de acuerdo a lo expresado anteriormente, la tutela, al igual que en el Derecho Mexicano, se instituye para protección de los dos tipos de incapaces naturales y/o legales.

En lo que se refiere al Derecho Español, se puede observar en la siguiente cita la distinción entre patria potestad y tutela cuando un autor escribe que "la patria potestad es la institución principal derivada del Derecho natural, mientras que la tutela o guarda es institución secundaria producto del Derecho Civil".(12)

Por lo que toca a lo sustentado por el Derecho Francés, la tutela se abre al faltar un progenitor para unos efectos, es decir, el nombrado tutor entra en funciones parcialmente, pero al faltar ambos progenitores la patria potestad es totalmente reemplazada; se tienen que dar ciertas situaciones que graduarán la intervención de la tutela en el cuidado y administración de ese menor, es decir, "cuando viven el padre y la madre de un hijo legítimo, la persona y los bienes de ese hijo están sometidos a la patria potestad, que se ejerce sobre los bienes según las reglas de la administración legal. Cuando muere el primero de los progenitores de un hijo legítimo o adoptivo, o cuando un menor no es adoptado sino por una persona, a cuando un hijo es natural, su persona sigue sometida a la patria potestad; mientras que sus bienes quedan sometidos al régimen de la tutela. Este régimen

(12) Lote del Rio, José. Pasado y Presente de la Tutela o Guarda de los Menores o Incapacitados. Documentación Jurídica, Tomo XI. No. 41. Ministerio de Justicia. España 1984. pp. 15 y 16

reemplaza enteramente a la patria potestad cuando el menor no tiene ya ni padre ni madre, o cuando estos han sido privados de la patria potestad". (13)

Veamos ahora la definición de la tutela que aporta una autora para el Derecho Mexicano expresando que "la tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad". (14)

Como se desprende de lo anterior, la definición sustentada por la autora mexicana muestra ya varios elementos o características de la tutela que expondremos en el subcapítulo correspondiente.

Es importante destacar que antes de que una tutela sea deferida sobre cualquier incapaz, es necesario declarar judicialmente la incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, es decir, su estado de minoridad y en un segundo caso, el estado de interdicción del mayor de edad incapacitado legal o naturalmente.

De las anteriores definiciones podemos distinguir varios elementos como son en primer lugar la existencia de una persona en estado de indefensión jurídica, esto es, sin capacidad de ejercicio por algún impedimento natural y legal o solamente el

(13) Mazeaud, Henri, Leon y Jean. Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. IV. Traducción de Alcalá-Zamora y C. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959. pp. 217

(14) Montero D., Sara. Derecho de Familia. Editorial Porrúa. México 1985. pp. 359

segundo que necesita ser representada, pues ha perdido a sus progenitores quienes ejercían sobre ella la patria potestad también llamada administración legal. En segundo término la existencia de un patrimonio que necesita ser protegido y por último la intervención del Estado y la familia, en unos países el primero con mayor intervención que la segunda, así como la situación contraria en otros y una razonable intervención de ambos para algunos más.

Una vez expresadas las ideas anteriores y habiendo documentado lo escrito al respecto con doctrina de diferentes países, trataremos de expresar una definición global que nos de una idea de la importancia de esta institución en el noble campo del Derecho Familiar.

Pensamos que la tutela es la institución de interés general y regulada por la ley, que tiene por objeto la representación y asistencia tanto en su persona y bienes, o solamente en la primera, de los incapacitados mayores de edad y de los menores de edad no sujetos a patria potestad y en forma subsidiaria o supletoria de ésta.

La anterior idea, no pretende dejar de adolecer de la omisión de algún elemento o de la falta de concreción en su manifestación, pero nos ayuda a comprender la figura, para seguir adelante en la exposición de características, clases de tutela, órganos de vigilancia y ejecución de la misma y sus funciones

para que por último, se concluya el capítulo exponiendo lo relativo a la extinción de la tutela.

2.- Sistemas Tutelares.

Por sistema entendemos el conjunto de procedimientos concatenados para la concreción de un fin determinado.

Por lo que se refiere a los sistemas tutelares debemos entenderlos como el conjunto de actos, procedimientos o métodos destinados a atender, reglamentar y organizar la institución de la tutela para la protección, representación y cuidado del incapaz, así como establecer las reglas y requisitos para la administración del patrimonio del pupilo.

Dentro de estos sistemas podemos apreciar la tendencia privada, pública o una combinación de ambas en sus diversos grados de intervención para el desarrollo y vigilancia de la institución que nos ocupa.

En la legislación comparada es posible clasificar los sistemas tutelares del Derecho moderno en tres categorías esbozadas ya párrafos anteriores, como son la tutela vista como una institución familiar también llamada tutela de familia; la tutela como un cargo de interés público conocida como tutela de autoridad y el sistema de tutela mixto que permite y regula una intervención en el cuidado del incapaz tanto de las autoridades administrativas y judiciales como de la familia del incapacitado.

2.1 La tutela de familia o institución familiar. Este sistema es típico del Código de Napoleón, probablemente con influencia del Derecho Consuetudinario Francés.

El mecanismo y funcionamiento de la tutela en este sistema está en manos de un órgano llamado Consejo de Familia, con funciones de alta dirección y vigilancia. Los actos de otro órgano de la tutela, llamado tutor, aún siendo el ejecutor del cargo, están supeditados a los dictados de aquél. La idea de este sistema o quizás su justificación se funda en que solamente la familia puede llevar a efecto bien o mejor la misión de la tutela, debido a los vínculos de parentesco y afecto que le unen al pupilo.

Los países más representativos de este sistema son, desde luego Francia, que con su Código Civil influyó decisivamente en el Código Civil de Portugal, el Código Civil Español, el Código Civil Italiano de 1865, del cual es necesario apuntar que posteriormente cambió su sistema o forma de organización al sistema de tutela de autoridad mediante la creación en su Código de 1938 de la figura del Juez tutelar en quien se concentran todas las facultades en lo relativo a la tutela, y por último, tal influencia se reflejó también en nuestra temprana legislación pero a partir del Código Civil Mexicano de 1870, se reguló lo pertinente a la tutela para cambiar a un sistema mixto de intervención en la función tutelar.

A efecto de ilustrar este sistema de estructura familiar, expondremos la opinión de un tratadista francés que aparece en el texto del maestro De Ibarrola en la que compara la organización familiar para la atención de la tutela con una organización de gobierno al decir que "la tutela, en Francia, dice Planjol, es un mecanismo con tres ruedas: el Consejo de Familia, en quien reside la potencia tutelar; en segundo término, el tutor que obra, y después el subroge tuteur, que vigila a aquél y le reemplaza en caso necesario. Es, pues, la tutela, un pequeño gobierno que tiene su asamblea deliberante, que tiene su poder ejecutivo y hasta su pequeño censor". (15)

La anterior comparación con los tres poderes de un sistema de Estado moderno es ingeniosa y en ella ciertamente existen la concurrencia e intervención de diferentes intereses con el único fin de cuidado y protección del pupilo y sus bienes de la forma familiar organizada que propone este sistema.

2.2 Tutela de autoridad o cargo de interés público. Este sistema aparece en la legislación a través de la historia y considera que la protección al pupilo o incapacitado es un asunto del Estado. Al respecto podemos decir que "dentro de este sistema existen legislaciones que encomiendan la misión tutelar a las autoridades judiciales al considerar que se trata, primordialmente, de un asunto jurídico y otras consideran que se trata de un asunto administrativo más en contacto con la vida

(15) De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. pp. 478

social, donde se conocen más las necesidades y requerimientos de los menores". (16)

De lo anterior podemos percatarnos que ya se trate de un asunto jurídico o administrativo, en este sistema se considera a la tutela como una función o misión a cargo del Estado como organizador, reglamentador y regulador de la figura.

Las legislaciones de los siguientes países consideran este sistema de regular la institución y son entre otros, las de Inglaterra, Alemania, Austria, Suiza, Holanda, Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia, Servia, Montenegro, Estados Unidos, Brasil y Bolivia, en donde se considera la misión tutelar como una institución pública que debe controlarse por cuerpos u organismos del Estado.

2.3 Sistema de tutela mixto. Finalmente, existe una saludable combinación para la organización tutelar que admite la participación de las personas interesadas por razones de afecto o grados de parentesco y la intervención del Estado para la regulación del desempeño y ejercicio de cargo de tutor que será siempre vigilada por autoridades judiciales y, parece ser éste el sistema más equilibrado de los existentes pues supone una mayor participación y vigilancia en la difícil función del cuidado del menor o incapacitado por parte de particulares y autoridades para el buen y correcto desempeño de la multicitada y delicada misión tutelar.

(16)Chávez A., Manuel. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa. México 1987. pp. 336

Los países más importantes que siguen este sistema, entre otros, son México, Chile, Uruguay, Argentina, Paraguay y Nicaragua.

Este sistema parece salvaguardar los intereses privados de la familia y la función o interés público del Estado en su actuación como controlador y regulador de la institución como un beneficio de interés social.

3.- Características.

Como características apuntaremos el conjunto de señas o particularidades de la institución de la tutela relativas al cargo de tutor ó órgano ejecutor de la misma y que en términos generales detallaremos a continuación.

3.1 Cargo de interés público. Es una verdadera representación legal como una investidura civil que la ley impone, aunque no es propiamente un cargo público porque su misión es netamente de carácter privado, esto es, la guarda de la persona y bienes del incapaz, "pero es de orden público e interés social como todas las leyes que se refieren a la familia, al estado familiar, al matrimonio y a la protección de los incapaces".(17)

Por ser parte del Derecho de Familia, ni los particulares ni el poder judicial pueden modificar la tutela (el

(17)Chávez A., Manuel. Ob. Cit. pp. 338

nombramiento del tutor y su ejercicio, garantías y suspensión), y de ahí que se deduzca que como representación legal es obligatoria, aunque también es cierto que se admiten excusas para el desempeño del cargo.

3.2 Irrenunciable. Por ser un oficio considerado de interés público, quien está desempeñando la tutela no puede renunciar a su cargo sin causa justa aceptada por el Juez, o en su caso Consejo de Familia, toda vez que su renuncia injustificada traería consigo sanciones, las cuales se encuentran establecidas en la ley, para las personas que se niegan sin excusa al desempeño del cargo.

Al respecto, el tratadista italiano De Ruggiero opina que una de las características de la tutela es "la obligatoriedad de la función, no permitiéndose a quien es el llamado a su desempeño negarse a asumirla, ó, asumida, renunciarla, de no concurrir causas legítimas de dispensa (excusationes tutorum)". (18)

Es decir, que la función es obligatoria siempre que no exista causa legal para excusarse de su desempeño, esto es, antes de asumir el cargo el llamado por la ley para el efecto y, una vez el tutor en funciones, no podrá renunciar a su ejercicio bajo pena de ser responsable de los daños y perjuicios que le resultaren al incapaz si no tuviera igualmente una excusa legal o

(18) De Ruggiero, Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Trad. de la 4a. Edición Italiana, por R. Serrano y J. Santacruz. T. Vol. II. Editorial Reus, S.A. Madrid 1931. pp. 916

impedimento superveniente. Además de lo anterior, legislaciones como la mexicana privan al tutor de su derecho a ser heredero o legatario de la persona que lo haya nombrado tutor en su testamento, esto es sólo en el caso de la tutela testamentaria y se convierte también ésta negativa en una imposibilidad de heredar a los incapaces de quienes deban ser tutores.

3.3 Excusable. Como hemos mencionado en las características anteriores, existen situaciones de hecho por razones de dignidad, así como incompatibilidades de estado que excusan a quien se le defiere el cargo de tutor de aceptarlo, pues surgen como un impedimento para tal ejercicio.

Las referidas excusas se encuentran reguladas por la ley y se refieren, dicho de otra manera, a circunstancias personales, profesionales, económicas y culturales por las cuales la persona nombrada puede excusarse legalmente al ejercicio del cargo.

Viendo a las excusas desde el punto de vista de las capacidades, en el texto del maestro De Ibarrola encontramos que "a diferencia de la incapacidad que supone imposibilidad de ejercer el cargo en la persona en quien recae, aún contra su voluntad, la excusa presupone capacidad, es voluntaria y solo evita el ejercicio de la tutela para el que la alega".(19)

De lo expuesto anteriormente, se desprende que hay personas que aún estando anuentes a recibir el cargo, no pueden

(19) De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. pp. 500

ser tutores por falta de capacidad, situación de inhabilidad para el ejercicio del cargo que veremos mas adelante.

En términos generales podemos aludir como excusables a los empleados y funcionarios públicos, militares, personas que por su mayor edad no puedan hacerse cargo del pupilo, personas ademas que atiendan otra tutela o curatela o que tengan bajo su patria potestad varios hijos, número que varía como excusa de acuerdo a la legislación de diferentes países, como por ejemplo, para el Derecho Francés, son excusables "los que tengan cinco hijos o quienes desempeñan ya la carga de dos tutelas".(20) Y, Para el Derecho Mexicano es excusable del ejercicio de la tutela la persona que tenga bajo su patria potestad tres o más descendientes, o se encuentren atendiendo otra tutela o curatela.

Es evidente pues, que también varía el número de tutelas que ya tenga a su cargo la persona que por ello pueda excusarse, de la ley de un país a lo legislado por otro.

Otro tipo de circunstancias excusatorias son el mal estado habitual de salud de la persona nombrada para el cargo así como la inexperiencia grave en los negocios que significaría un riesgo grande para el patrimonio del pupilo.

Sin embargo, es prudente aclarar, que a pesar de que una persona tenga alguna excusa legitima para ser tutor, acepta el cargo, desde ese momento tal excusa se tiene por renunciada tácitamente. Por otro lado, coinciden las diferentes

(20)Mazeaud, Henri, Leon y Jean. Ob. Cit. pp. 221

legislaciones, en que la excusa debe interponerse antes de término fijado, ya que de no seguirse esta formalidad, se pierde el derecho a esgrimirla y se tendrá como aceptado el cargo.

Por último, respecto a esta característica quiero agregar que en la opinión de algunos autores, los efectos de las excusas deben cesar cuando desaparecen las causas de las mismas, es decir, que los que se han excusado pueden ser constreñidos a el ejercicio de la tutela luego que hubiesen cesado las causas o causa de la exención y para ejemplificarlo mencionaremos el caso de el que siendo funcionario ó militar deje de serlo o los que estén impedidos por no tener los medios económicos suficientes y se hagan de ellos, o los que siendo responsables de otra tutela o curatela, extingan su obligación.

3.4 Unitario. Esta característica significa que ningún incapaz o pupilo puede tener más de un tutor y un curador, o de acuerdo al sistema, protutor, de carácter general definitivo. Sin embargo, un tutor o un curador si puede serlo de dos o más pupilos y que en el caso de conflicto de intereses entre el pupilo o pupilos y su tutor, el curador, protutor o antiguamente tutor subrogado representará los intereses del pupilo o pupilos en cuestión.

Esta característica que se refiere a la unipersonalidad del cargo, es lógica y necesaria al buen desempeño de la tutela, pues solo una persona debe ser responsable de la educación del pupilo, cuidado y administración de sus bienes pues si

intervinieran varias voluntades, sólo surgirían conflictos perjudiciales al incapaz y sus bienes. Esto no quiere decir que la acción y desición del tutor en sus actos respecto de la persona y patrimonio del pupilo no sea vigilada y supervisada por otros órganos de la tutela como veremos en la correspondiente exposición.

3.5 Remunerado. Respecto a esta característica no existe uniformidad en las legislaciones porque lo que para el Derecho Francés y por consiguiente para el Derecho Español es un cargo que debe ejercerse obligatoria y gratuitamente, con sus salvedades, para otras legislaciones es un cargo que merece remuneración y, para algunas más, concretamente la legislación mexicana, es un cargo que además de remunerarse con un porcentaje de las rentas líquidas, producto de los bienes del menor, va más allá estableciendo que se puede incrementar tal remuneración, si como resultado de una diligente gestión del tutor, se incrementara el capital y rentas del incapaz.

Como referencia a la gratuidad de las funciones del tutor para el Derecho Francés, los hermanos Mazeaud expresan que "las funciones del tutor son obligatorias, salvo causa de excusa. Aquellas son gratuitas. Y son personales". (21)

Pensamos que tal responsabilidad merece ser remunerada por lo que compartimos la idea de un autor mexicano en el sentido de que "en nuestro Derecho el cargo es remunerado y el tutor

(21) Mazeaud, Henri, Leon y Jean. Ob. Cit. pp. 215

tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapaz, la que podrá fijar quien lo nombre en su testamento. Para los tutores legítimos y dativos, la remuneración la fijará el Juez" (22)

Como hemos expuesto anteriormente la característica de remuneración es solamente una compensación al difícil desempeño del cargo y tales prebendas merece, por lo menos, ya que se trata de obligaciones y responsabilidades complejas y extensas para con el menor y sus bienes.

Temporalidad. Como una característica no enumerada debemos mencionar que el cargo es temporal en atención a la persona que ejerce la tutela y respecto también a las circunstancias del pupilo.

Por lo que toca a la persona del tutor, éste tiene derecho a ser relevado en el cargo, cuando fue llamado a su ejercicio por la ley, tratándose de un extraño, en variados términos. Para la legislación mexicana el tutor será relevado en la tutela ejercida sobre un mayor de edad incapacitado en el término de diez años a menos que sea su ascendiente, descendiente o cónyuge en cuyo caso la tutela se ejercerá mientras dure la incapacidad.

En atención a las circunstancias del pupilo, podemos decir, que cuando la tutela se ejerce sobre un menor de edad,

(22)Chávez A., Manuel. Ob. Cit. pp. 338

ésta se extinguirá una vez cumplida la mayoría de edad siempre que no exista algún otro tipo de incapacidad.

De las características expuestas previamente podemos concluir que en términos generales y atendiendo a la legislación comparada, éstas se distinguen por su obligatoriedad, irrenunciabilidad, excusabilidad y unitariedad, añadiendo a las mismas, la remunerabilidad en sistemas mixtos como el nuestro y la nota acerca de su temporalidad.

En el desarrollo del siguiente capítulo haremos una exposición de las clases de tutela en atención a su forma de delación, es decir, las formas como se defiere el cargo.

4.- Clases de tutela.

Tres son las clases de tutela que han subsistido a través de la historia en la doctrina desde sus orígenes en el Derecho Romano, en atención en la forma de conferirse o su delación, abundando diremos que "ya en el Derecho Romano, se llegó a distinguir tres clases de tutela -testamentaria, legítima y dativa- y que las mismas han servido de antecedente y fundamento a las legislaciones posteriores". (23)

Aunque el párrafo anterior habla de las tres clases generalmente aceptada, también encontramos que posteriormente en el Derecho Italiano el profesor Trabucchi las concibe como tutelas voluntaria, legítima, dativa y asistencial. Aun con esta (23) Gómez R. Hector. Ob. Cit. pp. 483

pequeña excepción, la mayoría de las legislaciones han aceptado las tres formas o clases más conocidas que hemos mencionado.

Queremos añadir respecto al origen de la institución y sus tres clases originarias que de acuerdo a la doctrina, para el Derecho Alemán, una explicación más amplia respecto a quienes correspondía el cargo y la forma de deferirlo, podemos expresarla en atención a que "correspondía en Roma, al principio, el poder tutelar sobre impúberes a la familia agnaticia, después a la 'gens'. Con posterioridad a las XII tablas podía el 'paterfamilias' nombrar tutor por testamentos. Aparece después como tercera modalidad la tutela deferida por la autoridad. Se distinguía así la tutela testamentaria, legítima y dativa".(24)

En el Derecho Romano, por consiguiente, la tutela, a semejanza del primitivo Derecho Griego, se establecía en beneficio de la familia, esto es, era una tutela legítima y familiar y surgía cuando el menor tenía bienes para ser ejercida por los herederos más próximos. La tutela testamentaria se conoció con posterioridad e hizo pasar a la legítima a un segundo plano y por último, surgió la tutela deferida por el pretor, a falta de las anteriores y que actualmente se conoce como tutela dativa.

Posteriormente, en el Derecho Español antiguo los llamados Fueros establecieron también las diferentes clases de

(24) Lehmann, Heinrich. Derecho de Familia. Vol. IV. Traducción de la 2da. Edición Alemana por José Ma. Navas. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1953. pp. 409

tutela originarias del Derecho Romano y perduraron en el Derecho Español posterior con una notable incidencia en el Derecho Latinoamericano.

Pasemos ahora, a la exposición de la evolución histórica y características de las tres clases de tutela que han persistido hasta nuestros días, estas son: a) tutela testamentaria; b) tutela legítima y c) tutela dativa, orden por importancia propio del Derecho actual.

a) Tutela testamentaria. Dice la doctrina, en forma general, que es la tutela que se confiere por testamento o documento por la personas autorizadas para el efecto por la ley, es decir, los ascendientes del menor, el padre o madre del mayor incapacitado, así como también el que deja bienes a un incapaz y nombra una persona para la simple administración de los mismos. Otra de las personas con estas facultades es el adoptante, quien goza del derecho de nombrar tutor buscando una protección para sus descendientes o adoptados.

Dicha protección puede ser conferida por uno de los progenitores sobrevivientes del menor y así, para el Derecho Francés, "el padre o madre supérstite puede designar por testamento, por documento notarial o por documento otorgado ante el Juez de paz, un tutor que ocupará su cargo luego del fallecimiento de aquél". (25)

(25) Maceaud, Henri, Leon y Jean. Ob. Cit. pp 220

Aunque escueto, el comentario anterior expresa además las formalidades necesarias para tal nombramiento.

El autor italiano Trabucchi concibe la tutela referida como "voluntaria-cuando el Juez nombra la persona designada por el padre que ejerció últimamente la patria potestad". (26) Aunque realmente el que nombra tutor en el documento es el padre y el Juez solo notifica el nombramiento.

La tutela deferida por acto de última voluntad fue en el antiguo Derecho Romano una prerrogativa de la patria potestad. Hoy ha perdido ese carácter y solo se funda en el interés y afecto que se presume en ciertas personas hacia los menores e incapacitados y por ejemplo, para el Código Civil Español, hay personas que teniendo la patria potestad no pueden nombrar tutor, como los adoptantes. También existen personas que no ejercitando tal potestad pueden designar tutor por testamento sobre menores emancipados o mayores incapacitados; pero en el caso de países como México esta clase de tutela es la más relevante y ha sido regulado desde el siglo pasado el derecho de una persona de nombrar tutor a aquellos sobre quienes ejerce la patria potestad aún cuando el que nombra sea menor de edad, con inclusión de nombrar dicho protector al desheredado y al hijo póstumo y la calidad de tal sujeto activo fue modificado en códigos subsecuentes refiriéndose más ampliamente a el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria

(26) Trabucchi, Alberto. Instituciones de Derecho Civil.

Traducción de la 15a. Edición Italiana por Martínez C.

Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1957. pp. 98

potestad, esto es, primero los padres, en su defecto los abuelos paternos y en defecto de tales los maternos pero está previsto que se interrumpe el ejercicio de la patria potestad de cualquiera de las personas mencionadas al ser excluidos por el nombramiento de un tutor testamentario hecho por el predecesor en el ejercicio de la referida patria potestad.

La ley es más benevolente al reconocer este derecho, como ya mencionamos, a los extraños que dejan bienes a un menor que no este bajo su patria potestad o la de otros y solo para el efecto de la administración de los mismos, y en opinión del maestro Castán T., "pueden deferir la tutela de un modo parcial (en cuanto pueden nombrar tutor, pero no protutor ni Consejo de Familia) y condicional (en cuanto se precisa que el Consejo resuelva aceptar la herencia o el legado) los extraños que hagan estas liberalidades". (27)

A propósito de lo anterior el Derecho Mexicano opina que no se trata de una tutela testamentaria propiamente sino del nombramiento de un administrador de los bienes legados por un extraño a un incapaz y se limita a tal gestión.

En opinión de autores italianos, al igual que en el Derecho Español, la tutela testamentaria solo se confiere a hijos legítimos y no a adoptivos en contraposición a otras legislaciones ya expresadas.

(27) Castán T., Jose. Derecho Civil Español, Común y Foral. 6a. Edición. Tomo IV. Inst. Editorial Reus. Madrid 1944. pp. 86 y 87

b) Tutela Legítima. Esta clase de tutela supone un mayor interés derivado de los lazos de afecto que redundarán en un más cuidadoso ejercicio del cargo de tutor en beneficio del pupilo y le corresponde el derecho de tal ejercicio a los parientes consanguíneos más próximos de acuerdo a la ley, quien es la encargada por conducto de la autoridad correspondiente de hacer el llamamiento, mejor dicho, "la tutela legítima supone que el llamamiento al cargo de tutor lo efectúa la propia ley". (28)

En ese orden de ideas, la tutela legítima corresponde a aquellas personas que por su parentesco deben responder al llamamiento de la ley y ejercer el cargo.

En lo que se refiere a los sujetos activos de esta clase de tutela, queremos añadir que, "dentro de la amplitud del parentesco, sólo algunos deben responder para asumir al cargo de tutor. También se hace referencia en esta clase de tutela a quienes no siendo parientes por razones de solidaridad, cariño y amistad, acogen a un incapaz o menor y también a los directores de hospicios, inclusas y demás casas de beneficencias que reciben expósitos". (29)

Derivado de lo anteriormente expuesto, se entiende que esta tutela comprende como sujetos pasivos de la misma, a pupilos por razones de edad que tienen parientes a los que la ley llama, así como a los mayores de edad incapacitados en las mismas

(28) Díez-Picazo, L. y Gullón, A. Instituciones de Derecho Civil. Vol. II. Editorial Tecnos. Madrid 1974. pp. 465

(29) Chávez A., Manuel. Ob. Cit. pp. 344

circunstancias y los llamados expositos o abandonados que son rescatados por alguna persona para su cuidado o acogidos por alguna institución de beneficencia con la misma intención y, por el otro lado, a los sujetos activos, que ya fueron aludidos dentro de la misma exposición.

Es interesante apuntar que "en cierto sentido, toda guarda emana de la ley, porque de ella provienen la institución del guardador y sus atribuciones".(30)

Esto quiere decir, en un sentido amplio, que toda tutela es en principio legítima, pues es la ley que la regula.

A efecto de deferir cualquier tipo de tutela, como ya hemos apuntado, será necesario que previamente se determine por la autoridad judicial el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella y una vez efectuado lo anterior, volviendo a la tutela legítima, es criterio universal que corresponde a los hermanos el llamamiento de la ley para el ejercicio del cargo y en su defecto, a los demás parientes colaterales.

Existe otro orden de importancia acerca de los parientes que deben atender a la tutela deferida sobre los mayores incapacitados y coincide la legislación de diferentes países en que el cónyuge es tutor legítimo y forzoso de su pareja, en su defecto los hijos mayores de edad y cuando el

(30) Barroa E., Alfredo. Curso de Derecho Civil. 1a. parte. 4a. Edición. Vol. IV. Ed. Nascimento. Santiago, Chile 1931. pp. 333

incapacitado es persona soltera o viuda sin hijos a su vez, de él serán tutores los progenitores padre o madre y a falta de ellos abuelos, hermanos y demás parientes colaterales hasta del cuarto grado inclusive.

En el caso de los expósitos, la ley concede derecho a ser tutores a la persona que los acoja o director de la institución de beneficencia que los haya rescatado de su abandono.

c) Tutela dativa. Se refiere esta clase de tutela a la deferida estrictamente por autoridad judicial en atención a diversas circunstancias del pupilo como son la inexistencia de tutor nombrado sobre su persona en testamento así como la falta de familiares a los que la ley pueda llamar al ejercicio de la tutela. En lo que respecta a la persona del tutor, da lugar a esta tutela su ausencia temporal, como una medida de precaución del Juez o del Consejo de Familia, que lo nombra interinamente.

Para el caso de los menores emancipados por razones de matrimonio, el Juez nombrará tutor dativo para la atención de asuntos judiciales, aclarando que tal nombramiento lo puede hacer el mismo menor siempre que el Juez lo confirme.

Para legislaciones que siguen el sistema tutelar de familia, "esta tutela se defiende por el Consejo de Familia y, normalmente entra en juego al fallecer el progenitor sobreviviente sin haber designado un tutor testamentario y sin

dejar ascendientes llamados al desempeño de la tutela". (31) Esto se refiere a las mismas circunstancias que le dan vida sólo que el Órgano rector en los países de esta tendencia, es el Consejo de Familia.

Antes de concluir esta clasificación de la tutela, quiero mencionar la llamada tutela interina que es deferida temporalmente cuando el tutor definitivo no ha sido nombrado aún o habiéndose nombrado alguno, dicho nombramiento esté condicionado y se defiere también cuando está pendiente la calificación de alguna excusa interpuesta por la persona nombrada y constituye una medida provisional de protección al pupilo y sus intereses aunque, "el tutor interino, como su nombre lo indica, desempeñará el cargo provisionalmente y cesa en su ejercicio en el momento en que el tutor definitivo se encuentre en la posibilidad de asumir la tutela porque han desaparecido las causas que impiden transitoriamente ejercer sus funciones". (32)

Repetimos que dada la explicación anterior, se trata de una medida precautoria tomada por autoridad judicial para efecto de salvaguardar a la persona y patrimonio del pupilo.

(31) Carbonnier, Jean. Derecho Civil. Traducción de la 1a. Edición por Zorrilla Ruiz. Tomo I. Vol. II. Ed. Bosch. Barcelona 1961. pp. 504

(32) Galindo G., Ignacio. Derecho Civil. 3ra. Edición. Ed. Porrúa. México 1980. pp. 699

5.- Organos de la tutela.

Los órganos activos o participantes en el desempeño de la tutela son el tutor, figura central en la ejecución del cargo; el curador que supervisa sus actos y representa al pupilo en casos de conflicto con el primero, papel que para los países que siguen el sistema de familia en la atención de la tutela, lo lleva a cabo el protutor; el Consejo Local de Tutelas, nombre con el que se conoce a éste órgano en los países que siguen el sistema mixto, también llamado en los países que siguen el sistema de tutela familiar, Consejo de Familia, órgano colegiado de vigilancia e información en el primer caso y rector de la institución en la segunda denominación; y finalmente, por parte de la autoridad, interviene el llamado Juez tutelar ó Juez de lo Familiar dependiendo de el sistema del país que así lo denomine, quien homologará ciertos actos del tutor en los cuales no puede actuar de " motu proprio", así como tomará las medidas preventivas necesarias a su función principal de deferir y discernir el cargo de tutor conferido a una persona, esto es, nombrar tutor y una vez aceptado el cargo, investir al nombrado de la representatividad y gestión necesarias a su nombramiento para ejercerlo.

Veamos ahora las características de cada uno de ellos.

5.1 Tutor. El tutor es el órgano ejecutivo de la tutela y es la persona que cumple fundamentalmente en forma personal y directa los fines de la misma.

5.1.1 Concepto de tutor. Los antecedentes de sus funciones los encontramos en el Derecho Romano y se resumían a la auctoritas interpositio y a la gestio del patrimonio del pupilo, es decir, el tutor se dedicaba a la atención de la fortuna del pupilo y no a su guarda y educación, para lo cual el pretor designaba en presencia de los parientes más cercanos del impuber a la persona designada para tal fin.

Encontramos al respecto que, "el tutor vela únicamente por los intereses pecuniarios del pupilo". (33)

Posteriormente en el Derecho Histórico Español, el tutor era la persona encargada de la guarda de la persona menor de catorce años o huérfana menor de doce que no se podían defender por sí mismos, pero en los llamados Fueros ya aludidos, se admitió una sola institución y cuya función se delegaba a una persona, perdiéndose de esta manera la tutela romana, pero más adelante las Partidas introdujeron el sistema tutelar romano, pero con él, la tutela unipersonal del menor.

Si el tutor era la persona encargada de la guarda del menor, el otro incapaz, es decir, el mayor de edad incapacitado era protegido por otra figura llamada curatela que expondremos en su momento.

Para el Derecho Español moderno, el tutor es la persona que se encarga de alimentar y educar al pupilo menor de edad o incapacitado mayor de edad, además de administrar su patrimonio,

esto es, el tutor "es el órgano unipersonal de la institución tutelar encargado de la guarda de la persona y bienes del menor o incapacitado". (34) Concepto que habla de la doble misión del tutor y de una de las características del cargo.

Para el Derecho Italiano, el maestro Rotondi menciona además otra característica al conceptuar que "el tutor es el órgano ejecutivo de la tutela. Tiene a su cargo el cuidado de la persona, la representación y la administración de los bienes de la persona (el pupilo) que se le haya confiado". (35)

Esta observación amplía el concepto con un elemento muy importante relativo a las funciones del tutor que se refiere a su representatividad, es decir, actuar en nombre del pupilo para los actos que no pueda llevar a cabo por sí solo, dentro y fuera de juicio.

Contemplando el tutor como la figura o persona que además reemplaza al padre en otros aspectos podemos decir que "el tutor ocupa, respecto al pupilo, el puesto de padre". (36)

Es por eso que se ha hecho mención de el aspecto supletorio que tiene esta institución respecto de la patria potestad, de la cual es subsidiaria.

Pasemos ahora a un enfoque general de los deberes y derechos del tutor no sin antes apuntar que el tutor puede ser

(34) Díez-Picazo, L. y Gullón, A. Ob. Cit. pp. 465

(35) Rotondi, Mario. Instituciones de Derecho Privado. Traducción por F. Villavicencio. Ed. Labor, S.A. Barcelona 1953, pp. 592

(36) Lehmann, Heinrich. Ob. Cit. pp. 420

nombrado, como ya se ha esbozado, por testamento, legitimación y por Juez Tutelar, de lo Familiar o Consejo de Familia, según el sistema de tutela del país donde haya lugar a tal nombramiento.

5.1.2 Deberes del tutor. Estima la doctrina que tales deberes existen desde antes que el tutor tome posesión del cargo-pues es necesario hacer del conocimiento de la autoridad el hecho que de nacimiento a la tutela como es el caso del tutor testamentario o pariente que pueda ser tutor legítimo del pupilo en cuestión.

Entre otras previsiones el nombrado para ejercer el cargo o persona a quien le corresponda el nombramiento no podrá tomar posesión sin antes haber solicitado el nombramiento de otro órgano de la tutela llamado en unos sistemas curador y en otros protutor, así como es necesario y por ley la elaboración de un inventario de los bienes del pupilo sobre el que se instituya la tutela y tendrá que presentarse caución del tutor para garantizarlos en su manejo.

Existen dos clases de pupilo que requieren atención personal y administración de su patrimonio como son el menor de edad que ya no está bajo la patria potestad de alguien así como el mayor de edad incapacitado en las mismas circunstancias y, una vez hecha esta aclaración, podemos separar los deberes del tutor en dos partes, es decir, una en atención a la persona del pupilo y la segunda tiene que ver con la administración de su patrimonio si lo hubiere.

Por lo que respecta a la persona del pupilo, una vez el tutor en funciones deberá cuidar aspectos como cuidar la salud mental y física del pupilo, proveer lo necesario para su alimentación y educación y tratándose de un mayor incapacitado, asegurar lo necesario para su rehabilitación o curación según el caso.

En lo que se refiere a las obligaciones del tutor referentes a la administración del patrimonio del pupilo, éstas nacen desde antes de discernirsele el cargo a aquél en la forma que se ha mencionado en párrafos anteriores y que son concretamente las de formación de inventario de los bienes a tutelar y la caución de sus manejo. Una vez aceptada la garantía prestada por el tutor con ese objeto, será responsable de la diligente administración de los mismos, así como de invertir los productos líquidos en los cuidados y fines destinados a la atención personal del pupilo.

Por lo que toca a las obligaciones del tutor que se refieren a proveer lo necesario para la educación del pupilo, encontramos ligado a ellas un derecho de corrección y respeto en las relaciones entre tutor y pupilo, pues, "Al deber de educación corresponde el derecho, por parte del tutor, de exigir respeto y obediencia del menor o incapacitado y la facultad de corregirlo moderadamente".(37)

(37)Castán T, José. Ob. Cit. pp. 109

Ahora bien, hablando de los deberes del tutor en forma general, mencionaremos que existen actos que le son obligatorios al tutor, como son los actos permitidos derivados de su gestión y algunos otros actos que necesitan de autorización de otro órgano de la tutela que puede ser el Juez de lo Familiar o Consejo de Familia y, en un caso adicional, también existen actos que le son prohibidos al tutor y, con el propósito de explicar esto mejor, "digamos por lo general que el tutor puede llevar a efecto todo acto para el cual la ley no haya previsto una formalidad suplementaria. En la mayoría de los casos, el tutor puede realizar por sí mismo los actos comunes y corrientes de administración y aquellos que fueren necesarios y útiles a su gestión".(38) En consecuencia, habrá actos para los cuales el tutor necesita autorización, como hemos dicho antes y, actos que le son prohibidos y no puede llevar a cabo ni con autorización.

Volviendo a los actos obligatorios al tutor, éstos se refieren a la persona del incapaz, como también a las obligaciones con un carácter económico relacionado al patrimonio del pupilo.

Los recursos del incapacitado deben destinarse a su atención personal en lo que se refiere a su alimentación y educación y, como se expresó anteriormente, tales rentas deben aplicarse a la rehabilitación del incapaz mayor de edad por diferentes motivos, o a la curación de sus enfermedades.

(38)De Ibarrola, Antonio, Ob. Cit. pp. 419

Un aspecto muy importante de estas obligaciones en lo que se refiere a la atención de la persona del pupilo es el de representarlo legalmente, es decir, el tutor es el representante legal del pupilo para todos los actos civiles, excepción hecha de aquellos en los que puede actuar por sí solo que se refieren al matrimonio del menor o al reconocimiento de hijos entre otros.

Las funciones del tutor, llamadas deberes u obligaciones para con el menor son similares a las que tendría o ejercería su padre pero no tienen la misma fuerza, esto es, "las funciones y los poderes del tutor, en relación a la persona del menor, son análogas a las que corresponden al progenitor que ejerce la patria potestad, pero menos intensos". (39)

Esto es entendible, por la sencilla razón de que la función del tutor, busca cumplir con la forma más parecida al ejercicio de la patria potestad, pero está restringida, regulada y vigilada de tal manera que pierde su espontaneidad original nacida del afecto.

La conducta del tutor en las obligaciones relativas al patrimonio del pupilo se concretan a la administración del mismo y aquellas nacen desde antes de tomar posesión del cargo, como ya se ha apuntado a efectos de inventariar o relacionar los bienes pertenecientes a aquél y caucionar o garantizar su manejo.

(39)Messineo. Francesco. Ob. Cit. pp. 175

Es necesario tambien que el tutor inscriba en dicho inventario los créditos que tenga contra el pupilo bajo pena de que si lo omite, pierde su derecho a cobrarlos.

Se entiende que por el hecho de administrar o manejar los bienes del pupilo, el tutor tiene la obligación de rendir cuentas periódicamente ante otro órgano de la tutela que en algunos casos se llamará Juez Tutelar, para otros países Juez de lo Familiar así como para los países con otras tendencias Consejo de Familia y así por ejemplo para el Derecho Español es obligación del tutor, "rendir al Consejo de Familia cuentas anuales de su gestión". (40) Pero para otras legislaciones como la mexicana que sigue un sistema diferente al anterior, dichas cuentas se deben rendir ante el Juez de lo Familiar, que es la persona representante de la autoridad que interviene en la vigilancia y homologación de los actos necesarios derivados de la tutela, exigiendo además los documentos justificativos correspondientes anexos a la misma.

Ligados a los anteriores, existen actos obligatorios del tutor respecto al patrimonio del pupilo, que para llevarlos a cabo necesita la autorización de otros órganos de la tutela y aunque son parte de sus funciones, necesitarán ser autorizados como son los actos de continuar el comercio o industria a que el incapacitado o sus ascendientes hayan estado dedicados, enajenar o gravar bienes que constituyen el capital del pupilo, derechos anexos o muebles preciosos, así como comprometer en árbitros los

(40)Castán T., Jose. Ob. Cit. pp. 111

negocios del incapacitado y dar o recibir dinero prestado en nombre de él. En el caso de el Derecho Mexicano existen actos que requieren de la autorización del Juez de lo Familiar como el de el matrimonio del tutor y el pupilo no sin que el primero haya rendido previamente la cuenta correspondiente y ésta le haya sido aprobada.

Por último, podemos entender como actos prohibidos al tutor, en términos generales, los de vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado por menor valor de el que se cotice en la plaza el día de la venta.

Además de lo anterior, tiene prohibido el tutor dar fianza a nombre de su pupilo o dar donaciones así como comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ya sea en almoneda o fuera de ella y hacer contrato alguno respecto de los mismos, para sí, sus ascendientes, cónyuge, hijos o hermanos consanguíneos o afines, pues ésto supondría un evidente beneficio económico para el tutor o sus familiares a costas del pupilo, situación que traería consigo la nulidad del acto así como provocaría la remoción del tutor en su cargo.

Con el objeto de enmarcar el quehacer del tutor durante su desempeño dentro de los deberes del mismo, éste se refiere a los actos permitidos y normales de su gestión como son la percepción de rentas, frutos e intereses así como la enajenación de los mismos cuando son de fácil deterioro, el pago de cargas

que graviten sobre los bienes, extinción de deudas, inversión del sobrante de las rentas y la adquisición de todo lo necesario para la economía doméstica, es decir, la erogación de gastos ordinarios. Podrá asimismo el tutor arrendar los inmuebles por los períodos permitidos por las diferentes legislaciones y llevar a efecto "en general todo acto conservativo de patrimonio y los que tengan por objeto acrecentar sin riesgo la cuantía de éste". (41)

Siguiendo la intención del párrafo anterior diremos que en segundo lugar existen actos que exigen la autorización de otro órgano de la tutela como se expresó anteriormente, comprendiéndose dentro de estos aquellos relativos al empleo de los capitales, constitución de prendas e hipotecas, enajenación de bienes muebles e inmuebles, cesión de créditos y su transmisión en títulos, adquisición de bienes muebles e inmuebles, repudiar o aceptar una herencia y necesitará autorización para hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado si fueron inscritos en la forma prevista.

Nos parece necesario agregar que en lo que se refiere al arrendamiento de los inmuebles del pupilo en la legislación mexicana está previsto que es necesaria la autorización judicial cuando se pretenda arrendar el bien por un período mayor a cinco años, situación en la que otras legislaciones son más benévolas pues consideran que un bien puede ser arrendable hasta por nueve

(41) De Ruggiero, Roberto. Ob. Cit. pp. 944

años y cuando se pretenda exceder tal término será necesaria la autorización mencionada.

• Ahora bien, por lo que toca a la enajenación tanto de bienes muebles como inmuebles, ésta será autorizada siempre que represente un acto de evidente necesidad o utilidad para el pupilo y que dicha enajenación, así como la de sus derechos anexos, manifiesta la doctrina que debe ser hecha en subasta o almoneda pública una vez que cuente con el concenso de los diferentes órganos de la tutela según el sistema que siga la legislación de el país en el que tenga lugar tal situación.

Sobra decir que la inobservancia de las reglas a que hemos hecho alusión resulta en responsabilidades para el tutor así como la nulidad del acto.

Para completar la idea anterior diremos que los actos prohibidos al tutor, ya mencionados en párrafos anteriores, podemos entenderlos también al decir que "el tutor no puede aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia".(42)

No existe en consecuencia, para el Derecho Mexicano, prohibición a hacer tales créditos efectivos cuando han sido adquiridos por testamento.

(42)Montero D., Sara. Ob. Cit. pp. 383

5.1.3 Derechos del tutor. En las legislaciones modernas y de acuerdo a la doctrina podemos decir que en términos generales los derechos del tutor en lo que se refiere a su relación con la persona del pupilo son los de exigir respeto y obediencia hacia su persona y ejercer su derecho a corregirlo.

En el aspecto económico coincide la legislación comparada, excepto en los casos de Francia y España en que el tutor tiene derecho a percibir una retribución sobre el manejo de los bienes del menor en su carácter de administrador de los mismos, misma que sino fue fijada por los que lo nombraron tutor testamentario así como en las demás clases de tutela, podrá ser determinada por otro órgano de la tutela o autoridad correspondiente.

5.1.4 Personas inhábiles. Existen personas que por sus características, resultan inhábiles para ejercer el cargo ejecutivo en la institución que nos ocupa y en forma general podemos comprenderlos en tres tipos ya sea por su incapacidad natural y legal, los que han demostrado ineptitud o una conducta ilícita en el manejo del patrimonio propio o ajeno y los que pueden resultar perjudiciales para el incapacitado por diversas causas. Si estas inhabilidades resultaren posteriores al discernimiento del cargo, serán causas para la remoción de la persona en el ejercicio de tal.

Atendiendo a la pequeña clasificación hecha en líneas anteriores, las personas inhábiles por incapacidad son desde

luego los menores de edad y los mayores de edad incapacitados y que por tal motivo pudieran encontrarse bajo otra tutela. En lo que se refiere a la ineptitud en el manejo de bienes o conducta ilícita respecto a los mismos, son persona inhábiles en el cargo aquellos que han sido removidos de otra tutela por haberse conducido inadecuadamente respecto de la persona o bienes del pupilo, así como los que hayan sido condenados por delitos patrimoniales o no tengan un modo honesto de vivir. En atención a lo expresado respecto de las personas perjudiciales para el incapacitado, además de los mencionados anteriormente, podrían serlo también aquellos que al deferírseles el cargo tengan pleito pendiente con el incapacitado o sean sus deudores en forma considerable y queden su persona y bienes en sus manos y atendiendo a un aspecto de salubridad, es desde luego inhábil para el cargo, la persona que padezca enfermedad crónica contagiosa.

Así, para el Derecho Francés por ejemplo, y a efecto de ilustrar lo anterior, "no pueden ser tutores, según los términos de esas disposiciones: los menores, excepto el padre o la madre del hijo; los sujetos a interdicción; las personas que tiene, o cuyos padres tengan con el menor, un pleito en que se discuta el estado civil de ese menor, su fortuna o una parte notable de sus bienes; las personas condenadas a pena aflictiva o infamante; la gente de mala conducta notoria; las persona cuya gestión atestiguará la incapacidad o la infidelidad". (43)

(43) Mazeaud, Henri, Leon y Jean. Ob. Cit. pp. 221

Estando conformes en que las anteriores son causas de inhabilidad para el cargo, queremos agregar que tales, de producirse, son causas de remoción al decir que "cuando esas causas se produzcan en el curso de la tutela, llevan consigo la destitución del tutor". (44)

Es decir, que habrá motivo para la destitución cuando estas causas aparezcan o se descubran después de habersele deferido el cargo a una persona y en el ejercicio de la misma surjan y den lugar a ella.

Es necesario mencionar que otra causa de remoción, aparte de las ya expuestas se refiere a que el tutor, habiendo aceptado el cargo no caucione su manejo o se desempeñe mal respecto de la persona y bienes del pupilo o que aquél no rinda las cuentas a las que la ley lo obliga en el tiempo o la forma prescrita.

Atendiendo a la tutela sobre mayores incapacitados, resultan inhabiles para el ejercicio las personas que hayan sido causa de la demencia, como una de varias incapacidades del sujeto pasivo, o que la hayan fomentado directa o indirectamente.

Todas las personas enumeradas en los párrafos anteriores, sufren de inhabilidad para el ejercicio del cargo de tutor, aún estando anuentes a recibirlo.

(44) Mazeaud, Henri, Leon y Jean. Ob. Cit. pp. 221

Como consecuencia de lo expuesto hasta estas líneas, en lo relativo a las personas inhábiles, se hace necesario exponer más ampliamente una de las características ya mencionadas que se refiere a las excusas para el cargo de tutor, como una prerrogativa de la persona que ha sido nombrada y tiene una imposibilidad que tendrá que interponer en tiempo y forma.

5.1.5 Excusas del cargo de tutor. No obstante el carácter obligatorio de la tutela, se admiten conforme al Derecho comparado las causas de excusa previstas en la ley y, atendiendo al Derecho Francés que tiene previstas dos clases de excusas, unas anteriores y otras posteriores a la entrada en funciones, la idea de Ripert y Boulanger expresa que "aquel que se encuentre en alguno de los casos previstos puede hacerse dispensar o exonerar de la tutela, según que su excusa sea anterior o posterior a su entrada en funciones. Existen pues excusas a suscipienda tutela y excusas a jam suscepta".(45)

En realidad para la mayoría de las legislaciones las causas de excusa se refieren a circunstancias del sujeto activo de la institución que se traducen en un impedimento para aceptar la responsabilidad del cargo de tutor, como el ejercicio activo de ciertos cargos públicos, o una situación de salud o rebasar la edad variable en las diversas legislaciones pero que suponen un deficiente estado de salud física y mental por razones de edad que afectarían sus funciones y un impedimento más serio que la

(45) Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Tratado de Derecho Civil. Según el Tratado de Planiol. Tomo III Vol. II. 1ra. Edición. La Ley. Buenos Aires 1946. pp. 396

persona nombrada ya se encuentre comprometida con el ejercicio de una tutela anterior o la paternidad de varios hijos, número que varía conforme al Derecho de diferentes países ya que lo que para el Derecho Francés es causa de excusa ser padre de cinco hijos, para el Derecho Mexicano regula sobre el particular refiriéndose a la excusa de la persona que tenga bajo su patria potestad tres o más descendientes y por lo que se refiere a compromisos anteriores de otras tutelas, aquél Derecho se refiere a dos tutelas anteriores y el segundo Derecho aludido excusa al nombrado por la existencia de una tutela o curaduría que ya se esté atendiendo.

Existen para el mismo Derecho Francés otras causas de excusa que se refieren a la participación de un extraño a la familia del pupilo que podría hacerla valer pero "es evidente que la excusa admitida en su favor le permite rechazar la tutela pero no dispensarse una vez que la ha aceptado".(46)

Para redondear la idea podemos decir que las excusas para ejercer el cargo de tutor se pueden presentar por razones de incompatibilidad de funciones como es el caso de funcionarios públicos o militares en servicio activo que por esa razón no pueden atender a la tutela.

Existen además excusas por razones personales del nombrado que se refieren a lo ya mencionado acerca de la existencia de varios descendientes o tutelas o curadurías

(46) Ripert, Georges y Boulanger, Jean. Ob. Cit. pp. 397

anteriores, como también a situaciones de extrema pobreza, precaria salud del nombrado, su rudeza o extrema ignorancia o, el hecho de rebasar la edad prevista hasta donde puede atender el cargo.

No podemos dejar de mencionar aún siendo lógicas las causas excusatorias que se refieren a la menor edad, estado de interdicción y aunque subjetiva, la inexperiencia de la persona que se pretende atienda el llamamiento de la ley para el ejercicio tutelar.

Las excusas deben ser interpuestas a tiempo por el interesado y una vez hecho lo anterior, deberán ser calificadas por el ó los órganos de la tutela correspondientes, es decir, el Juez de lo Familiar o Tutelar, pues no hay que olvidar que si el que teniendo excusa suficiente, acepta el cargo, se tiene por renunciada tal y se trata de una renuncia tácita o, el que tiene una o más excusas solo expresa una, se tienen por renunciadas las demás.

En lo relativo a la forma de interponer una excusa, el Derecho Italiano lo contempla diciendo que "algunas personas están dispensadas de Derecho del cargo de tutor; otras personas están, igualmente dispensadas, pero siempre que formulen demanda".(47) Para que siga el autor diciendo en líneas posteriores que están dispensados de Derecho funcionarios publicos que enumera y aclara que pueden hacer saber al Juez

(47)Messineo. Francesco. Ob. Cit. pp. 174

Tutelar que no quieren valerse de la dispensa. A continuación hace un detallado listado de quienes podrán valerse de tal previa demanda que se refiere a funcionarios civiles que por sus circunstancias ya expresadas deberán seguir ésta formalidad, situación similar que encontramos en otros países atendiendo el Derecho Comparado y a efecto de presentar otro caso, diremos que para el Derecho Mexicano, existen funcionarios y militares que igualmente están dispensados del ejercicio tutelar y las personas particulares deberán hacer vales su excusa siguiendo formalidades que se refieren también a términos para interponerla que empiezan a correr una vez habiendo sido notificada la persona, mismos que se alargarán por razones de distancia cuando ésta medie entre su domicilio y el del Juez competente.

Queremos enfatizar que para el Derecho Mexicano si la excusa no se interpone a tiempo, se tiene por renunciada la misma y, como ya se expresó, si el cargo se acepta, cualquier excusa se tiene igualmente por no interpuesta, es decir, existe una renuncia tácita.

Pasemos ahora al análisis de otros órganos de la tutela que en su conjunto supervisan y vigilan la conducta del tutor, así como, en su momento, autorizan los actos para los cuales el tutor no puede decidir sin la solicitud correspondiente.

5.2 Curador. Se trata de el primer órgano fiscalizador y el más cercano al tutor que comunicará a otros órganos de la tutela cualquier situación que pueda resultar dañosa al pupilo, función

que atiende el protutor en el sistema que siguen otros países de tendencia familiar.

Originalmente y como ya se ha expuesto, la curatela se daba para mayores de edad incapaces con efectos económicos o, de acuerdo a la Enciclopedia Jurídica Omeba, el curador, "conceptualmente es la persona encargada del cuidado de la persona y bienes del incapaz sometido a la curatela, o de la administración de los bienes del menor púber. Institución nacida en el Derecho Romano, para cuyos antecedentes y evolución deberá consultarse la voz Curatela".(48)

En el Derecho Romano, en efecto, se daba curador al el púber hasta los veinticinco años de edad para la administración de sus bienes y también se nombraba curador al mayor de edad incapaz de administrarse su patrimonio por sí mismo.

Posteriormente en el antiguo Derecho Español en los llamados Fueros, se admitió una sola institución de protección con el nombre de Guarda y se definía a los curadores como aquellos que se daban a los mayores de catorce años y menores de veinticinco años siendo locos o desmemoriados; pero más adelante en las Leyes de Partidas, la tutela se daba para los mayores de catorce y doce años, varón y mujer respectivamente y la curatela para los mayores de estas edades y de hasta veinticinco años siendo capaces, pero también se instituyó para los locos o

(48) Abata, José. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo V. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires 1968. pp. 349

desmemoriados, pero a diferencia de la tutela, la curatela podía imponerse a los menores si no la querían.

Existen diferentes concepciones sobre la curatela en el Derecho Comparado.

5.2.1 Concepto del Curador. El curador es un órgano de la tutela que existe y se nombra junto al tutor con funciones específicas de vigilancia de la conducta de éste y con poder de representación del pupilo cuando sus intereses estén en conflicto con los de él, función que como ya hemos apuntado, atiende el protutor en el sistema de tutela familiar y no mixto como es el caso que estamos definiendo.

En países como Francia y España, el órgano mencionado llamado protutor, tiene sus orígenes en el Código de Napoleón, pero es interesante apuntar que para el otro sistema tutelar existente o de autoridad, que es el caso de Alemania, Austria e Italia, entre otros, no es necesaria la intervención del protutor, que aunque entre ellos existe, delega tal función a los tribunales de la tutela que ejercen esta fiscalización por ley.

Sin embargo la idea romana ha persistido en los sistemas aludidos pues para el Derecho Italiano, la curatela persigue los mismos fines económicos pues, "es un instituto análogo a la tutela; se distingue de él, en que implica funciones de asistencia a ciertos actos, especialmente de contenido patrimonial, de la persona (emancipado o inhabilitado), que han

de prestarse mediante actos de asentimiento". (49) No es el caso de la legislación mexicana que sigue el sistema mixto como una excepción pues le asigna al curador a partir del Código Civil de 1870 un papel de carácter más amplio y general además de unitario en sus funciones tanto sobre el pupilo menor de edad como sobre el mayor incapacitado.

De el comentario expresado de la doctrina italiana se desprende que se reduce en este sistema a los emancipados por razones de edad y a los inhabilitados, situación más restringida que la que se expresó acerca del Derecho Mexicano.

5.2.2 Clases de curador. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1818 estableció tres clases de curatela, la Adbona que se otorgaba por razones de edad a los púberes menores de veinticinco años y solo podía ser testamentaria y dativa no existiendo la legítima; la Ejemplar, que se establecía para incapacitados física o moralmente de cualquier edad y podía ser testamentaria, legítima y dativa y la llamada curatela Adlitem o para pleitos y correspondía nombrarla al Juez, otorgándose a menores sujetos a la patria potestad, tutela o curatela.

Para el Derecho Argentino, la curatela se concibe atendiendo a los "tipos de curatela. El Código Civil establece distintas clases de curatela: general, especial, de los bienes y penal". (50) Es decir, se da curador general al mayor de edad incapaz de administrarse; de igual manera se nombra curador

(49) Messineo, Francesco. Ob. Cit. pp. 179

(50) Bata, José. Ob. Cit. pp 365

especial para un negocio particular sin tener direccion sobre la persona; la curatela de los bienes se refiere a la guarda de los intereses de las personas que no puedan atenderlos por si solos; respecto a la curatela penal podemos decir que se da este tipo de curador a los condenados a prision por más de tres años y cuya pena lleva la inhabilitación absoluta.

Para el Derecho Mexicano la curatela tuvo el mismo fin o mision pero a partir del Código Civil de 1870 el sistema familiar en la organización tutelar influenciado por el Derecho Francés y el Derecho Español evolucionó para convertirse en un sistema mixto mediante la creacion del curador pero con caracter general definitivo para los dos tipos de incapaces como primer supervisor de la conducta del tutor hacia el pupilo en su persona y bienes y con facultades de representatividad de éste último dentro y fuera de juicio. Tal curador se reguló en varios tipos a saber, definitivo, interino, testamentario y dativo, clasificación que obedece a las causas o circunstancias que originan su nombramiento y delimitan su calidad.

Es curador definitivo el nombrado al mismo tiempo que el tutor de esa clase. Todos los individuos sujetos a tutela de cualquier clase, tendrán, de acuerdo a el Derecho Mexicano, un curador, excepto los menores expósitos o abandonados. Como hemos mencionado antes, se nombra curador en sistemas ajenos al nuestro, sólo para misiones muy especificas y no aparejado al nombramiento de el tutor pues ya ha sido expresado que en el

sistema familiar en la organización tutelar este papel es desempeñado por el protutor.

Establece también nuestra legislación que el curador sera interino cuando el tutor tenga esta misma calidad, o sea, atienda un nombramiento temporal por situaciones de conflicto de intereses entre varios pupilos sujetos a la misma tutela y su tutor, así como en casos de impedimento temporal, ausencia, excusa superveniente o separación de el curador titular.

Por otro lado, tenemos al curador testamentario que como su nombre lo indica es nombrado por documento y el Juez defiere tal, quien también defiere el cargo de curador a persona idónea cuando no existe curador de otra clase dando así vida a el curador dativo, es decir, el designado por autoridad. También el menor emancipado puede nombrar curador pero necesita este acto ser confirmado por la autoridad respectiva.

A diferencia de el Derecho Mexicano encontramos que para el Derecho Alemán que obedece el sistema de autoridad tutelar y explica que " en principio, el curador se nombra solo para asuntos concretos o para una esfera limitada de asuntos". (51) Situación que ya se habia expuesto y que no regula así nuestra ley.

A continuación expondremos las situaciones especiales que comprende este Derecho que asigna así un curador para atenderias y son casos como el de los concebidos no nacidos,

(51)Lehmann, Heinrich. Ob. Cit pp. 486

enfermos que necesitan curador, mayores de edad ausentes que también necesitan de esta protección, entre otras que requieren de tal previsión del legislador.

5.2.3 Deberes del curador. Para sistemas como el nuestro que abarcará la exposición de este órgano de la tutela ya que es el coprotagonista de la función tutelar del sistema mixto, en términos generales podemos definir sus funciones diciendo que el curador está obligado primeramente a defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de el cuando estos se encuentran en contraposición a los de su tutor. En segundo lugar y ligado a la primera obligación encontramos que su función es estar siempre alerta vigilando la conducta del tutor y informando a los demás órganos de la tutela de cualquier cosa que le pueda resultar dañosa al pupilo o lesivo a sus intereses así como promover un nuevo nombramiento en casos de que el tutor falte o abandone la tutela.

Al hablar de esta institución u órgano tutelar apuntamos la importancia que tiene imprescindible en el desarrollo de la misma ya que participa como el protutor de otros sistemas desde la formación de inventario requerido al tutor antes de entrar en funciones.

Volviendo a las características de la tutela a efecto de explicar lo siguiente diremos que el cargo de curador es unipersonal y debe recaer en persona diferente al tutor y que por otro lado, toda persona sujeta a tutela testamentaria o dativa,

tendrán un curador nombrado con la misma calidad, pues a diferencia de al tutela, no existe curador legítimo pues debe obedecer su delación a otras causas diferentes a los lazos de parentesco, ya que el tutor legítimo no necesita de un vigilante de su conducta, así como el tutor de hecho oficioso o voluntario tampoco, ya se trate de persona física o institución de beneficencia.

5.2.4 Derechos del curador. El curador tiene derecho a excusarse por las mismas razones que tiene el tutor como impedimento legal para ejercer el cargo.

Considerando a este órgano de la tutela como un interventor fijo de la actividad tutelar, el curador tiene derecho a ser relevado de la curatela en su ejercicio pasados diez años de haberse hecho cargo; también tiene derecho a ser remunerado cuando interviene en forma que no sea de simple vigilancia, es decir, cuando tenga que representar legalmente al pupilo, previsto además que se le reembolsen los gastos efectuados durante tal gestión.

Es función y a la vez derecho del curador revisar las cuentas de la tutela que presente el tutor anualmente para su aprobación.

Para completar la exposición diremos que las funciones del curador cesan cuando el incapacitado sale de la tutela y si la persona del tutor es sustituida, el curador se podrá seguir desempeñando como tal hasta por el plazo ya mencionado.

5.3 Consejo Local de Tutelas. Este Órgano de la tutela solo existe con ese nombre en el sistema tutelar mixto que sigue nuestra legislación ya que para el Derecho Francés o el Derecho Español es referido como el Consejo de Familia con facultades muy amplias en la función tutelar, y en nuestro Derecho solo tiene una actividad complementaria en dicha función.

Como hemos apuntado antes, "el Consejo Local de Tutelas es un Órgano de vigilancia e información coadyuvante de los Jueces de lo Familiar en lo relativo al correcto ejercicio de la tutela y en la vigilancia de los menores e incapacitados que deban ser sujetos a la misma". (52)

Esta figura es de reciente creación en nuestro Derecho no así la del Consejo de Familia del Derecho Familiar de Francia y España entre otros, y cuya estructura y funcionamiento expondremos a continuación.

5.3.1 Organización y funcionamiento. Hemos apuntado anteriormente que este Órgano tutelar existe con las funciones mencionadas como auxiliar de la autoridad que interviene en nuestro sistema para ciertos actos, por lo que su composición y funcionamiento están regulados por la ley estableciendo que en cada delegación o municipalidad en que se estructura nuestro sistema administrativo, habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un presidente y dos vocales que durarán en el

(52) Montero D., Sara. Ob. Cit. pp. 387

ejercicio de sus funciones un año y serán nombrados por autoridad del Departamento del Distrito Federal o sus delegados políticos.

Los nombramientos deberán recaer, desde luego, en personas de alta probidad y calidad moral que garanticen su delicada función.

A continuación haremos una exposición general de las obligaciones del referido órgano ya que se tratarán más ampliamente en el tercer capítulo al hablar de la institución entera en el Derecho Positivo Mexicano vigente.

Las obligaciones del Consejo Local de Tutelas consisten en la formación de una lista de personas que por sus cualidades pueden desempeñarse como tutores cuando los requiera a ley y en ausencia de tutores de otra clase. En segundo término, deberá velar porque los tutores cumplan con sus deberes sobre todo en lo que se refiere a la atención personal del pupilo y su educación y como actividad permanente, deberán poner en conocimiento del Juez la existencia de personas incapacitadas, huérfanas y abandonadas para que se les nombre tutor, de las listas que ellos proporcionarán y controlaran para el efecto y desde luego, llevarán el registro de las tutelas existentes actualizado y en debida forma.

Hablemos ahora de el órgano de la tutela que interviene como autoridad.

5.4 Juez de lo Familiar. Antes de comenzar a exponer lo pertinente a esta figura, cabe aclarar que así es conocido dentro de los países que siguen nuestro sistema ya que por ejemplo en otras legislaciones se le conoce como Juez tutelar o pupilar y podemos agregar que para el Derecho Italiano, " el Juez tutelar inspecciona las tutelas y curatelas y ejerce un conjunto de funciones que le confía la ley en interés de los menores, puede requerir la asistencia de los órganos de la administración pública y de las entidades cuyos fines correspondan a sus funciones".(53)

Como se puede apreciar del párrafo anterior, el Estado es el que interviene con todas sus entidades en el sistema de tutela de autoridad que sigue el Derecho Italiano, que a partir de su código de 1938 dejó de seguir el sistema de tutela familiar del Derecho Francés y el Derecho Español entre otros, donde el Juez tutelar es el órgano que homologa las decisiones del Consejo de Familia.

5.4.1 Intervención del Juez de lo Familiar en la tutela. Es importante apuntar que este integrante de la tutela sólo atiende los asuntos relativos a ella pues es de su exclusiva competencia como autoridad y constituye una supervigilancia además de dar fuerza de ley y homologar los actos necesarios inherentes a la institución.

(53)Rotondi, Mario. Ob. Cit. pp. 591

Es el Juez de lo Familiar además la autoridad encargada en cada caso de deferir la tutela, ya sea general o especial de los menores para comparecer en juicio.

Abundando sobre lo anterior, diremos que el Juez referido defiere el cargo de tutor ya sea al llamar al pariente más próximo a quien corresponda la protección del menor así como deferir la tutela dativa en los casos previstos en la ley ya sea por inexistencia de tutor testamentario o a falta de pariente que pueda desempeñarse en el ejercicio. Para el Derecho Mexicano, tales funciones se explican, al decir que "la deferición de la tutela es el acto de jurisdicción que confirma el nombramiento de tutor. El discernimiento del cargo de tutor, es el acto judicial por medio del cual el Juez de lo Familiar, después de comprobar que los intereses del incapacitado quedan debidamente asegurados, inviste al tutor de los poderes de representación, gestión y potestad para el cuidado del pupilo". (54)

Debe el Juez de lo Familiar, como se expone en el párrafo anterior, tomar las medidas necesarias previas al discernimiento del cargo como son que se satisfaga el requisito de formar inventario el que fue nombrado y presente caución suficiente que garantice el manejo de los bienes del pupilo, pudiendo tomar medidas adicionales tendientes a proteger el patrimonio y persona del incapacitado, mediante el nombramiento de un tutor interino, cuando el titular falte, abandone o sea removido del ejercicio por excusa superveniente.

(54)Montero. Sara. Ob. Cit. pp. 389

6.- Extinción de la tutela.

La tutela se extingue cuando desaparece la necesidad de proteger y representar a un incapacitado, ya sea por llegar el pupilo a la mayor edad, por su muerte, o por su recuperación o rehabilitación.

El Derecho Italiano distingue dos formas de extinción, es decir, "cuando se habla de fin de la tutela, puede entenderse ésta de dos modos, objetivamente en cuanto no haya ya un incapaz y no sea necesario ni posible un poder tutelar, subjetivamente, en cuanto sin cesar la tutela se extinguen los poderes del tutor que debe ser sustituido".(55) Como se puede observar, se habla del sujeto pasivo o pupilo y subjetivamente del sujeto activo, ya que no se extingue el vínculo por remoción, muerte ó aún excusa posterior del tutor, es decir, el segundo sujeto aludido, sino que ha lugar simplemente a la sustitución de éste para que la tutela se continúe.

Otra de las causas que extinguen la relación pupilo-tutor, es la emancipación del menor por razones de matrimonio o edad en la que sólo persiste para efectos económicos y ya no tiene las características originales por lo que decimos que se extingue. Agregaremos diversos criterios de autores de otros países respecto a la condición personal de los sujetos integrantes, añadiéndolos al texto, de tal forma, que en opinión

(55)De Ruggiero, Roberto. Ob. Cit. pp. 947

del mismo de Ruggiero, extinguirán subjetivamente el vínculo y los poderes del tutor sobre el pupilo, todas aquellas causas que inicial o sucesivamente a la asunción de la tutela, le hagan incapaz de ejercer la función, y tales exoneraran al tutor del cargo o provocarán su remoción, mas no dan fin a la tutela, como veremos más adelante.

Por lo que hace al Derecho Español, la tutela concluye por llegar el menor de edad a la de veintiún años; también cuando cese la causa que la motivó por prodigalidad, que es parcial su incapacidad, y cuando es total si se trata de incapaz por interdicción; establece también el caso en que un menor vuelve a estar sujeto a la patria potestad, por reconocimiento y además regula lo relativo a la muerte del incapacitado que concluye contundentemente la relación derivada de la institución.

No podemos dejar de mencionar que está previsto igualmente en el Derecho mencionado la causa que extingue la tutela por emancipación del menor por concesión del padre o la madre que ejerce la patria potestad sobre él y que lo habilita como si llegara a la mayoría de edad.

Para referirnos también al Derecho Mexicano en éste punto, regula la ley como causas de extinción la muerte del pupilo en primer lugar, la desaparición de la causa de interdicción y el reconocimiento y adopción en segundo, tercero y cuarto lugar respectivamente sin guardar un orden especial.

Existen pues, situaciones en el sujeto pasivo de la institución que extinguen de plano la tutela mas no asi las circunstancias del tutor que solo dan lugar a el nombramiento de uno nuevo, como son las ya mencionadas que provocan su separación y sustitución.

La extinción de la tutela da origen a obligaciones que se reducen a la entrega de bienes en primer lugar pues como ya hemos visto, el tutor es el administrador de los mismos todo el tiempo que dura en el cargo. Dicha entrega se hace al que hubiera sido menor o incapacitado y en su defecto, a sus herederos en el plazo que marquen las diversas legislaciones a partir de extinguida la tutela.

La forma en la entrega de los bienes será igual a la que se siguió en la formación de inventario al recibirlos para su custodia y administración, esto es, en forma solemne y circunstanciada haciendo referencia a la ultima cuenta aprobada con intervención del protutor en unos sistemas o del curador en otros.

Coinciden las diversas legislaciones en que la entrega de los bienes y la rendición de la última cuenta se harán con cargo y a expensas del pupilo.

Por otro lado, "el saldo que de las cuentas generales resultare a favor o en contra del tutor, producirá interés legal". (56)

(56) Diez-Ficazo, Luis y Gullón. Antonio. Ob. Cit. pp. 476

Esto se refiere a que si resulta un saldo a favor del tutor, los intereses correrán desde que el incapaz sea requerido para el pago previa entrega de los bienes y si el saldo le resulta desfavorable, tales intereses serán exigibles desde la rendición de la última cuenta.

Es necesario añadir que la caución prestada para la administración del patrimonio del incapacitado por parte del tutor, queda interpuesta si como resultado de la última cuenta, existe saldo a favor del incapaz y se le ha concedido plazo para cubrirlo, que hasta no extinguirse liberará al tutor de tal garantía prestada, así como a su fiador garante que desde luego debe estar enterado de tal condición, pudiendo no estar de acuerdo y liberarse de esta manera, en cuyo caso el Juez decidirá al respecto solicitando nueva caución.

Con lo anteriormente expuesto, cerramos el primer capítulo que alude a la doctrina escrita en lo que se refiere al tema que nos ocupa en los textos de diversos autores y diversos países cuyos órganos constitutivos de la institución se denominan de diferente manera y que además varían en su grado de intervención pero cuyo fin u objeto es el de la protección del incapaz tanto en su persona como patrimonio así como la forma de extinguirse el vínculo que une a los integrantes de la figura como una relación jurídica regulada y sancionada por la ley.

Es así como ahora nos ocuparemos en capítulos subsecuentes de estudiar la evolución de la institución

concretamente en el Derecho Mexicano desde sus orígenes en la codificación iberoamericana hasta nuestros días en la legislación vigente, analizando los códigos intermedios que le dieron conformación a esta institución del Derecho.

Capítulo II

La tutela, como todas las instituciones jurídicas, ha sufrido modificaciones en el transcurso del tiempo, para que de esta manera, se pudiera adaptar a los numerosos cambios sociales que se han presentado en nuestro país a partir del siglo pasado. En México, esta institución fue regulada por primera vez en el Código Civil del Estado de Oaxaca en año de 1827, en vigor en 1828, el cual según los estudios del Doctor Raúl Ortiz Urquidí, fue la primera codificación hecha en toda Iberoamérica.

Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827.

Como ya mencionamos, este Código Civil fue el primero de toda Iberoamérica y por lo tanto, por consecuencia lógica, es la primera legislación mexicana que regula la institución de la tutela, tipificándola en oficiosa, testamentaria y legítima, que además hace mención del curador de vientre para el caso del hijo no nacido (naciturus) y asimismo contempla este ordenamiento, la posibilidad de que el padre pudiera nombrar un consejero a la madre sobreviviente para supervisar la tutela.

Con respecto a la tutela oficiosa encontramos que fue regulada de una manera muy breve debido a que solo abarca once artículos de este Código en los cuales lo más notable es que el

sujeto activo de esta institucion debia ser una persona de buena fe, el cual necesitaba el consentimiento de los padres del menor.

Es necesario aclarar que como la legislación que estamos analizando obedecía al sistema de tutela familiar, reguló lo relativo al tutor oficioso así como sus obligaciones tanto como lo que se refiere a la intervención de los órganos de la tutela aludida en donde el sujeto pasivo siempre era constituido por menores de doce años.

El tutor oficioso también tenía la obligación de rendir cuentas de los bienes pertenecientes al pupilo.

El Título Undécimo de este ordenamiento, relativo a la minoridad y la tutela es mucho mas extenso que el relativo a la tutela oficiosa, abarcando del artículo 245 al artículo 344.

De esta regulación llama la atención que se denomine como tutor de los hijos menores y no emancipados de pleno derecho al padre sobreviviente, toda vez que se establece en su artículo 248 que "después de la muerte natural de uno de los cónyuges, la tutela de los hijos menores y no emancipados pertenece de pleno derecho al padre ó a la madre que sobreviva". Y como sabemos en la actualidad al momento de fallecer alguno de los cónyuges, el otro conserva el ejercicio de la patria potestad y no de la tutela como señala este ordenamiento.

Contemplaba esta regulacion el derecho del padre o la madre sobreviviente para nombrar un tutor pariente o extraño mediante acto testamentario y al no existir dicho nombramiento, habia lugar a la tutela legitima.

La categoria de tutor legitimo contemplada en este Código, en los articulos 248, 261 y siguientes del Capitulo respectivo, establecia los grados preferentes de parentesco para el ejercicio de cargo de tutor, sin embargo, cuando un menor no emancipado quedaba sin padre ni madre, sin tutor elegido por el padre o la madre, sin ascendientes varones en ambas lineas, como también cuando el tutor de uno de los modos expresados se encontrase en el caso de las exclusiones o legitimamente excusado, se procedia al nombramiento de un tutor a través de un Consejo de Familia, el cual estaba compuesto por cuatro parientes del menor en consanguinidad o afinidad los cuales eran dos por parte de la línea paterna y dos de la materna y se procuraba que fueran los más próximos en grado, prefiriendo siempre a los parientes consanguíneos que a los afines y en el caso de que dos parientes consanguíneos tuvieran el mismo grado, era preferido el de mayor edad.

La tutela era considerada por este Código como una carga personal, la cual no podia pasar a los herederos del tutor. El tutor debia obrar y administrar los bienes del menor desde el día de su nombramiento como tal si se ha hecho el mismo en

presencia del menor, o en su defecto, desde el día en que le fuera notificado el domicilio del menor.

De acuerdo a este ordenamiento toda tutela debería tener un curador nombrado por el Consejo de Familia, (figura no propia del sistema familiar de la tutela) cuyas funciones consistían en obrar por los intereses del menor cuando estos se encontraban en oposición con los del tutor y, si considerando que este ordenamiento sigue el sistema de tutela familiar por la regulación relativa al Consejo de Familia y contempla la figura del curador como órgano de vigilancia de la tutela, con funciones similares a la que consigna nuestro ordenamiento vigente, se trata realmente de la figura del protutor en el sistema original de tutela familiar, pues el curador es un órgano de la tutela perteneciente al sistema de tutela mixta con funciones de carácter general definitivo.

En lo referente a las personas que podían dispensarse de la tutela, se encontraban los que ejercen cargos públicos así como de la milicia.

Este criterio es el que se ha ido sustentando en la mayoría de las regulaciones posteriores, pero cabe destacar que el Código Civil de Oaxaca incluía dentro de las personas dispensadas a los eclesiásticos, no solamente del ejercicio de la tutela sino también para poder formar parte del Consejo de Familia. También eran contemplados las personas mayores de

sesenta años y las que no guardaban parentesco con el menor como dispensados.

En cuanto a otro tipo de circunstancias para dispensarse del ejercicio de esta institución, encontrabamos a la enfermedad grave en el nombrado, así como el caso que el mismo atendiera ya dos tutelas, fuera casado aun sin hijos o viudo y con un hijo legítimo y en general se dispensaba a las persona que tuvieran cinco hijos.

En el caso de existir alguna excusa para el ejercicio de la tutela, esta debía exponerse al Consejo de Familia en el momento del nombramiento si el tutor estuviese presente en la deliberación que lo nombra o en un plazo no mayor de tres días útiles contados desde la notificación hecha al nombrado, toda vez que transcurrido dicho término ya no podía ser interpuesta.

Independientemente de las personas que se podían dispensar del ejercicio de la tutela, este Código estableció quiénes eran inhábiles para el ejercicio del cargo de tutor o para ser miembros del Consejo de Familia, y tales personas eran en primer lugar los menores, a excepción del padre y de la madre; los interdictos; en tercer lugar, las mujeres a excepción de las ascendientes del menor y, por último todos los que tuvieran un pleito o cuyos padres lo tuvieran con el mismo.

sesenta años y las que no guardaban parentesco con el menor como dispensados.

En cuanto a otro tipo de circunstancias para dispensarse del ejercicio de esta institución, encontrábamos a la enfermedad grave en el nombrado, así como el caso que el mismo atendiera ya dos tutelas, fuera casado aún sin hijos o viudo y con un hijo legítimo y en general se dispensaba a las persona que tuvieran cinco hijos.

En el caso de existir alguna excusa para el ejercicio de la tutela, esta debía exponerse al Consejo de Familia en el momento del nombramiento si el tutor estuviese presente en la deliberación que lo nombra o en un plazo no mayor de tres días útiles contados desde la notificación hecha al nombrado, toda vez que transcurrido dicho término ya no podía ser interpuesta.

Independientemente de las personas que se podían dispensar del ejercicio de la tutela, este Código estableció quiénes eran inhábiles para el ejercicio del cargo de tutor o para ser miembros del Consejo de Familia, y tales personas eran en primer lugar los menores, a excepción del padre y de la madre; los interdictos; en tercer lugar, las mujeres a excepción de las ascendientes del menor y, por último todos los que tuvieran un pleito o cuyos padres lo tuvieran con el mismo.

Como ya lo hemos mencionado, por tratarse esta figura jurídica de un cargo para protección de la persona y los bienes del incapacitado, no olvidó el legislador oaxaqueño excluir de la tutela o ser destituidos de la misma, a las personas que tuvieran una conducta notoriamente relajada y a quienes manifestasen su incapacidad o su infidelidad en cuanto a la administración de los bienes del pupilo.

La obligación principal del tutor es el cuidado de la persona del pupilo y su representación en todos los actos civiles. Podemos destacar que a semejanza del Código vigente, el tutor tenía la obligación, en los diez días siguientes a la notificación de su nombramiento de proceder al inventario de los bienes del menor, en el cual se debía inscribir cualquier crédito que tuviese aquel en contra del pupilo, pues en caso de omisión, se tenía como sanción la pérdida de la deuda.

Llama la atención en este ordenamiento la obligación que tenía el tutor de vender en pública almoneda todos los bienes muebles del menor a excepción de aquellos para cuya conservación en especie le hubiese autorizado el Consejo de Familia, porque pensamos que el patrimonio del pupilo debía conservarse íntegro siempre que no existiera una razón relativa a la insuficiencia de dinero para la manutención de éste, pudiendo preservarse aquél y, en este Código, se obliga a la venta de todos los bienes muebles sin especificar el motivo por el cual debía hacerse dicha venta,

aunque si se establecía una dispensa en caso de tratarse del padre o la madre.

Es de destacar la confusión que presenta esta legislación civil en cuanto al ejercicio de la patria potestad y la tutela en sí, pues como ya hicimos mención, se habla de una tutela de los padres o de las madres y como hoy sabemos, no es otra cosa que el ejercicio de la patria potestad y precisamente la tutela vendría a ser una institución subsidiaria en cuanto a la protección de los menores al momento de no existir una persona que ejerza la patria potestad sobre ellos.

Por lo que respecta a los préstamos, enajenaciones e hipotecas de los bienes raíces de la tutela, dentro del desempeño de la tutela en el manejo de los bienes, era necesaria la aprobación del Consejo de Familia para realizarlos. De la misma manera el tutor no podía aceptar ni rechazar herencias o donaciones a nombre del menor y, asimismo, intentar acciones relativas a los derechos del menor sobre bienes raíces ni consentir en una demanda relativa a los mismos derechos sin la aprobación del citado Consejo.

Como podemos observar, el Consejo de Familia, además de tener facultades para nombrar tanto al tutor como al curador, tenía lo que podríamos denominar facultades de vigilancia pues en la mayoría de los actos del tutor donde se pudiera llegar a poner

en peligro el patrimonio del menor, tenía que dar su aprobación este Consejo para poder ser llevados al cabo.

De acuerdo con esta regulación, todo tutor, al dejar de serlo por cualquier causa, debía rendir cuenta de su administración la cual sería a expensas del menor cuando este hubiere llegado a su mayoría de edad o, en su defecto, hubiese obtenido su emancipación sin perjuicio de que el tutor debía adelantar los gastos de las cuentas.

Por lo que hace a las mencionadas cuentas de la tutela, el tutor, siempre y cuando no fuera el padre o la madre, podía ser obligado por el curador a presentar un estado de la administración de la misma cada año, sin embargo, podemos decir que no era una legislación severa en cuanto a esta gestión, pues dejaba al arbitrio del curador el que se presentaran o no estas cuentas debido a que no lo establecía como una obligación para aquél.

Para concluir, debemos señalar que el Código Civil de Oaxaca de 1827, en vigor en 1828, no olvidó establecer una prescripción de diez años en cuanto a las acciones del menor contra su tutor derivadas de los hechos de la tutela la cual, los cuales, se contaban a partir de la mayoría de edad del incapacitado liberándose de esta manera el tutor al transcurrir el plazo señalado.

Antes de terminar con el análisis de este ordenamiento queremos destacar, como podemos observar de los preceptos consignados en el mismo, que fueron tendientes a conceptualizar la tutela como interés de orden familiar por lo que hace a sus órganos integrantes, sin embargo, se pone de relieve la figura del curador que constituía un órgano de la tutela definitivo siendo que pertenece realmente a otro sistema de tutela como es el mixto que consigna nuestro derecho vigente.

Código Civil del Imperio Mexicano de 1866

Encontramos que este ordenamiento fue mucho más avanzado que el Código de Oaxaca dado que presenta una estructura y organización más amplia y separada en capítulos respecto de las clases de tutela tradicionales y podemos observar que también sigue el sistema de tutela familiar, más acorde a los Códigos de Francia y España y que a la postre se volvió un sistema de tutela de intervención mixta, es decir, con participación de la familia y de la autoridad competente.

Esta legislación regula en su Título Octavo a la tutela en diez Capítulos y cientoveintiún artículos haciendo ya una clara separación de la tutela testamentaria, legítima y dativa.

Dentro de las disposiciones generales referentes a la tutela, reguladas en el Capítulo Primero, artículos 300 al 304,

se establece que ésta tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está sujeto a la patria potestad ni ha sido emancipado, además de ser un cargo personal del cual no se podía alguien eximir sin tener una legítima excusa y de no poder ejercerse el cargo por más de una persona. Como podemos observar, este Código ya tipifica a la tutela como una institución subsidiaria de la patria potestad, a diferencia del Código de Oaxaca en el cual como anotamos, existía confusión entre la patria potestad y la tutela al considerar como tutores a los padres, abuelos e incluso a los bisabuelos.

Es importante destacar que el Código del Imperio Mexicano, además de obligar a los parientes del menor a poner en noticia ya fuera al Juez de primera instancia o al municipal, el caso de orfandad o la vacante de la tutela, les imponía en caso de no hacerlo por negligencia, una sanción privándolos del derecho de ser tutores, pro-tutores, miembros del Consejo de Familia, así como del suceder sin testamento.

En cuanto a la tutela testamentaria, este Código establece que los que ejercen la patria potestad, a pesar de ser menores de edad, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento sobre quienes la ejercen, incluyendo al desheredado y al hijo póstumo.

Es importante anotar que el nombramiento del tutor testamentario hecho por el padre o la madre, excluía de la patria

potestad a los ascendientes sobre quienes hubiera de recaer en defecto del padre y la madre.

En el caso de que una persona no ejerciera la patria potestad y dejara por herencia bienes a un menor que no está sujeto a la patria potestad, el autor podía nombrarle un tutor pero exclusivamente para la administración de los bienes que le dejaba. La disposición anterior no establece propiamente el nombramiento de un tutor, sino a nuestro juicio el de un simple administrador de los bienes.

Cuando a la madre no se le hubiere deferido la administración de los bienes del hijo menor en virtud de haber contraído nuevo matrimonio y quisiese nombrar por tutor a su marido, este Código preveía para que tuviese validez el nombramiento, que sería necesaria la aprobación del Consejo de Familia, aunada a la confirmación hecha por el Juez. Como podemos observar, esta legislación era muy estricta en cuanto a la designación de un tutor para administrar los bienes de los menores habidos en un primer matrimonio anterior, a pesar de que, como veremos más adelante, existía el pro-tutor, el cual estaba obligado a vigilar la conducta del tutor así como a defender los derechos del menor cuando éstos estuvieran en oposición con los del tutor.

Cuando existían varios menores en una familia, se podía nombrar un tutor común para todos o también se podía nombrar uno

a cada menor, pero en caso de nombrarse un tutor común a todos ellos y existiesen intereses opuestos entre los menores, el tutor tenía la obligación de notificarlo al Consejo de Familia para nombrar un procurador especial a efecto de defender los intereses de aquellos que tuviesen conflictos. El nombramiento del procurador especial debía ser sujeto a la aprobación judicial.

Como se aprecia en las disposiciones anteriores, el legislador otorgaba demasiadas o vastas garantías para el patrimonio del menor al crear un procurador especial que se adelantaba a la vigilancia o acción del mismo pro-tutor.

Cuando se hacía el nombramiento de tutor sobreviviendo alguno de los consortes u otro que tenía derecho a ejercer la patria potestad pero que estaba impedido para ejercerla, al momento de cesar el impedimento terminaría el tutor y se recobraría el ejercicio de la patria potestad, evitando de esta manera el surgimiento de conflictos entre ambas figuras de protección, sin embargo, según lo dispuesto por el artículo 312 del ordenamiento, establece que "cualquiera condición o limitación en la administración de la tutela o prevención que hiciere el que nombra el tutor, debe observarse, a menos que el Juez, oyendo al Consejo de Familia, la estime dañosa al menor, en cuyo caso podrá suprimirla o alterarla"; el autor del testamento podía, en principio, excluir mediante su voluntad del ejercicio de la patria potestad a los demás ascendientes, a excepción de la

madre pero siempre y cuando el Juez, oyendo al Consejo de Familia, no lo estimase dañoso para el menor.

La tutela legitima se regulo en el articulo 313 del mencionado Titulo y establece en primer orden que ésta tiene lugar cuando no hay tutor testamentario y cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio, de la misma manera establece el citado precepto que la tutela legitima corresponde a los hermanos varones del menor, donde apreciamos una preferencia por el sexo masculino y, en defecto de éstos, a los tíos hermanos de padre o de madre, aclarando que si existen varios parientes en igualdad de circunstancias, el Juez hará la elección entre ellos.

Cabe destacar que en este Código no se reguló sobre la tutela legitima de el mayor de edad incapacitado y del menor emancipado, pues se instituyó la figura de la curaduría con estos fines, toda vez que la estructura de la tutela obedecía al sistema de tutela familiar como ya se apuntó, en el cual intervienen el tutor, Consejo de Familia, el pro-tutor y el Juez como órganos de la tutela.

En el Capítulo Cuarto, reguló el Código del Imperio en tres artículos lo relativo a la tutela dativa, distinguiéndose en el artículo 315 que el nombramiento de tutor dativo era hecho por el Consejo de Familia, como órgano rector de la institución en este sistema y debía ser confirmado por el Juez. Se puede apreciar también que dicha tutela, de acuerdo al texto del

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

precepto siguiente, tenía lugar en defecto de la testamentaria pues tal voluntad excluía a los parientes a atender la tutela legítima, a menos que el testador hubiera dejado en su testamento dispuesto que en defecto del nombrado por él, entrara en funciones el pariente al cual la ley llamaba a atender la tutela. También se distingue en el texto del artículo 317 que había lugar a la tutela dativa, cuando el tutor legítimo faltare perpetua o temporalmente y no existiera otro pariente de acuerdo a lo establecido en el Capítulo anterior, es decir, de la tutela legítima, que la pudiera continuar.

El Órgano de la tutela para este Código, que ejercía la primera vigilancia sobre la conducta del tutor y estaba obligado a defender los intereses del menor conforme a lo dispuesto por el Capítulo Quinto, era el llamado pro-tutor y podemos apreciar que sus funciones son las del posterior curador de otros sistemas tutelares que el ordenamiento en cuestión denominó de esa manera y aquél estaba obligado a seguir en la tutela si simplemente mudaba la persona del tutor, pero podía cesar en sus funciones hasta que el menor saliera de su incapacidad.

Por lo que toca a las demás obligaciones del pro-tutor, se trata de las mismas que las del curador de otros sistemas de tutela, con la salvedad de que el curador de hoy día, tiene derecho a ser relevado del cargo por el transcurso de un lapso y se constituye tal protección sobre incapacitados en general de acuerdo al sistema de intervención mixta en la tutela.

Hemos mencionado que conforme al sistema de tutela familiar que sigue este Código, existió el Consejo de Familia como órgano muy importante de la institución como lo establece el Capítulo Sexto y era formado este con parientes del menor cuando era necesario nombrar tutor, pro-tutor y en los demás casos que la ley requería de su reunión, conforme al texto de su artículo 329 y los integrantes de tal Consejo también podría ser nombrados por testamento pudiendo ser parientes o no en este caso.

Establecía el Código del Imperio, a quiénes correspondía formarlo en defecto del nombramiento por el testador, situación que encontramos de correcta previsión.

Queremos destacar la importancia del Juez en la constitución de Consejo de Familia y su intervención en todas las tomas de decisión que realizaba éste, como un homologador de las mismas en su carácter de vigilante especial como autoridad.

Es necesario apuntar que el pro-tutor era el presidente del Consejo de Familia y éste se reunía todas las veces que era necesario proveer a la tutela. Se distingue el caso de que el Juez designaba a sus integrantes cuando se trataba de una tutela sobre hijos ilegítimos, ya que subsecuentes legisladores no lo regularon debido a que cambió la tendencia de intervención en dicha protección.

Respecto a las personas inhábiles para el ejercicio del cargo de tutor, el Código de referencia reguló en tres artículos de su Capítulo Séptimo, quiénes no podían atenderla y aquí se distingue de otras legislaciones posteriores al establecer en primer lugar a las mujeres como impedidas para tal desempeño, situación que no encontramos justa y si discriminatoria. También podemos apreciar que eran separados del ejercicio del cargo, conforme al artículo 347, "los que sin haber registrado la hipoteca legal del menor se inquiriesen en la administración de la tutela", que ahora comprendemos como los que no han caucionado su manejo, tratándose éste de un criterio más generalizado.

En materia de excusas para el cargo de tutor, consignadas en el Capítulo Octavo de este Código, se estableció quiénes podían excusarse voluntariamente y se distingue aquí, que variaba el número de hijos bajo la patria potestad del nombrado como excusa para el ejercicio del cargo así como eran excusables entonces, según disposición del artículo 349, "los que tengan su domicilio, o ejerzan cargo público, a más de cinco leguas del lugar en que esté la mayor parte de los bienes del menor", razones de distancia que no existen en el criterio de legisladores posteriores, por el mejoramiento sensible que han sufrido los medios de comunicación.

Las excusas debían ser expresadas ante el Consejo de Familia, situación que se destaca por ser hoy interpuestas ante

la autoridad judicial pues ha variado la intervención de los órganos tutelares como ya se ha dejado apuntado.

No encontramos mayores divergencias entre el texto del Código del Imperio en lo referente a las excusas y responsabilidades derivadas de éstas y el criterio de legisladores posteriores, excepto las ya apuntadas.

Encontramos que en materias de cauciones para el manejo del patrimonio del pupilo, no existió capítulo especial, pues solo estipuló el Código en cuestión, la obligación de prestarla como garantía sin establecer en que podía consistir ésta, dentro del Capítulo Noveno relativo a la administración de la tutela y en el cual también se regularon las obligaciones del tutor respecto de la persona y bienes del menor distinguiéndose denominaciones sobre órganos de la tutela que ya hemos apuntado así como la intervención importante del Consejo de Familia, como el órgano que regia tal institución.

Se observa en este ordenamiento la obediencia y respeto que debía el menor a su tutor y el derecho de éste a corregirlo cuando fuese necesario. Por otro lado, respecto a las reglas de la administración de la tutela, éstas varían en cuanto a la prohibición del tutor para arrendar los bienes del menor por más de diez años, impedimento al tutor que ha subsistido con sus variaciones en los lapsos.

Queremos hacer hincapié en que todo lo relativo a la tutela a que se refiere el Código del Imperio, fue regulado sobre los incapaces menores de edad y no sobre el incapacitado mayor de edad al que da un tratamiento aparte al ponerlo bajo la protección de un curador en su capítulo correspondiente.

En lo referente a la extinción de la tutela, regulada en el Capítulo Décimo del ordenamiento que se analiza, encontramos interesante el criterio del legislador del Imperio pues establece como motivo de extinción la muerte del tutor y que como hoy sabemos no la extingue dado que se provee a un nuevo nombramiento, previas las medidas tendientes a proteger al pupilo, ya que creemos que la tutela se extingue por la muerte de éste y de otra manera no se termina el vínculo entre tutor e incapaz.

Las cuentas de la tutela están contempladas y reguladas en el Capítulo Onceavo del mismo título Octavo, en diecinueve artículos que establecen las obligaciones del tutor respecto de la administración del patrimonio del menor y en ellos apreciamos que obligaban a éste a dar cuentas de la administración de la misma una vez concluida, lo mismo que a sus herederos y tal obligación, estipula el precepto correspondiente, no podía ser dispensada ni en contrato ni en última voluntad del testador. Encontramos de interés que lo relativo a la entrega de los bienes concluida la tutela no era regulada en capítulo aparte sino que

se incluía en el mismo relativo a las cuentas de ésta, pudiendo haber sido más ampliamente regulada.

Cabe hacer notar que, por las razones ya expuestas, el órgano que intervenía en las cuentas de la tutela así como la entrega de bienes concluida ésta, era, debido al sistema imperante entonces, el llamado pro-tutor en el ordenamiento.

Respecto de la garantía prestada por el tutor como caución para su gestión administrativa del patrimonio del incapaz, ésta quedaba interpuesta hasta que le hubiera sido aprobada la cuenta final y entrega de los bienes, protegiendo así los intereses del pupilo, en este ordenamiento menor de edad.

Por lo que hace a las acciones del menor contra su tutor por hechos relativos a la administración de la tutela en su detrimento, éstos se extinguían por el lapso de sólo dos años, situación que el legislador posterior extendió como una mayor seguridad jurídica para el pupilo aunque el Código del Imperio, respecto a este punto preveía la mala fe o dolo del tutor en su desempeño para lo cual estableció la posibilidad de sujetar la prescripción de las acciones a las del derecho común en las de su clase.

Por último, queremos recordar que la protección sobre los incapaces mayores de edad, se contempló en el Título Décimo de este ordenamiento denominado de la Curaduría, referida a

aquellos incapaces en estado de interdicción por diversas causas declarada judicialmente y sobre quienes se dispuso lo conducente al constituir un curador con los derechos y obligaciones derivadas de su función. Cabe destacar que la figura del pródigo, como una persona con una relativa incapacidad de ejercicio, fue acogida bajo esta protección para efectos de la administración de su patrimonio más la misma no alcanzaba a su persona pues conservaba algunos derechos de índole personal que podía ejercer, como el marital o el de la dirección de sus hijos. Es curioso por demás, que fue dispuesto en este capítulo la exclusividad que tenía el cónyuge para demandar la interdicción de su pareja por prodigalidad y que tal facultad sólo era extensiva para el heredero forzoso, incapacidad que se antoja difícil de probar y ha desaparecido, tal vez por lo mismo, de nuestras leyes.

Código Civil del Estado de Veracruz de 1868.

El Código Civil del Estado de Veracruz Llave expedido el 17 de Diciembre de 1868 no presenta a nuestro juicio mayores cambios en materia de tutela respecto del anterior Código del Imperio Mexicano que los que a continuación comentaremos dentro de un sistema todavía de tutela familiar con la intervención de los órganos característicos de tal tendencia y observamos que en el Capítulo Primero, Título Octavo del ordenamiento a que nos referimos, relativo a las disposiciones generales de la institución de la tutela, se hace referencia al Juez de paz del

domicilio del menor y quien fuera aludido el Código anterior mencionado simplemente como el Juez, probablemente por no haberse constituido un sistema judicial similar al que hoy conocemos y que en este Código ya se denomina así.

En lo referente a la tutela testamentaria regulada en el Capítulo Segundo, apreciamos como diferencia respecto del Código de 1866, que el Código de Veracruz en su artículo 384 dispone en su última parte que si la madre, a la que no se le defirió la administración de los bienes del hijo menor, nombrase por tutor a su marido en segundas nupcias del hijo menor del primer matrimonio, necesitaría de la confirmación del Consejo de Familia y en el Código anterior necesitaba además de la confirmación mencionada, la aprobación o confirmación del Juez, es decir, el ordenamiento en análisis sólo necesitaba de la aprobación del Consejo de Familia, lo que consideramos insuficiente.

Otra diferencia digna de mencionarse en relación a los órganos de la tutela que intervenían en la misma por parte de la autoridad, la encontramos en el Capítulo Cuarto relativo a la tutela dativa, donde el artículo 395 estipula que "los jueces de paz, y, por su omisión los de primera instancia, cuidarán de que los menores huérfanos que existan en sus demarcaciones respectivas, estén provistos de tutor", pues recordemos que el Código del Imperio, como ya se ha apuntado, no distinguía entre

clases de jueces como el texto del Código de Veracruz que analizamos.

Un cambio digno de apuntarse en forma especial, relativo a las personas inhábiles para ejercer la tutela y que se encuentren reguladas en el Capítulo Séptimo de este ordenamiento, lo encontramos en que este Código no es discriminatorio para la mujer al no inhabilitarla en el precepto correspondiente para ejercer el cargo de tutor, pro-tutor o vocal de Consejo de Familia como lo establecía el Código del Imperio, pues del artículo 430 de aquél ya no la menciona como persona inhábil, lo que consideramos una evolución en el criterio del legislador a favor de la mujer, tal vez por las ideas liberales que iban tomando auge en la época posterior al derrocado Imperio Mexicano de Maximiliano.

En materia de cauciones, reguladas dentro del Capítulo Noveno del mismo Título referente a la administración de la tutela, no encontramos tampoco disposición alguna acerca de en qué podía consistir la caución que debía prestar el tutor antes de entrar en el manejo del patrimonio del pupilo pero si establece el artículo 449 que la caución debía ser prestada a satisfacción del Consejo de Familia y que el Código del Imperio no estableció como un requisito.

Una aportación importante del presente ordenamiento la apreciamos en la regulación de la tutela de los hijos naturales

contemplada en el Capítulo Doceavo, en donde se habilita a un Consejo de Tutelas con las funciones del Consejo de Familia y algunas adicionales que era compuesto por el Juez de paz del domicilio del menor y cuya misión era proteger a los menores mencionados sobre los cuales se podía conferir la tutela testamentaria, si previamente hubiera un reconocimiento del menor y subsistía ésta aún en caso de un reconocimiento posterior del padre original. Por otro lado el artículo 516 establece que no ha lugar a la tutela legítima respecto a los hijos naturales pero dispone el ordenamiento que a falta de tutor testamentario, el consejo de tutela hará un nombramiento y en su defecto el Juez, configurándose así la tutela dativa.

Por último queremos mencionar como otra aportación del código de Veracruz la regulación especial en el Capítulo Décimotercero sobre el Consejo de Familia y sus funciones así como el Consejo de Tutelas que antes fueron reguladas en los capítulos respectivos del Código anterior, pero encontramos disposiciones nuevas acerca de las funciones del Juez de paz tratadas así en capítulo aparte y como un órgano importante de homologación de los actos de los demás órganos de la tutela.

Código Civil del Estado de México de 1870

El Código Civil del Estado de México fue expedido en el mes de Junio de 1870 en Toluca, Estado de México y constó de tres

libros de los cuales nos ocuparemos en esta exposición del Libro Primero, que en su Título Octavo regula la institución de la tutela y en el cual podemos apreciar que presenta, tal vez, un retroceso respecto del Código de Veracruz de 1868 en los puntos y disposiciones que anotaremos a continuación, así como cambios respecto de algunas de las autoridades que intervienen en el desempeño de la tutela.

En primer lugar, encontramos en el Capítulo Primero del Título mencionado, relativo a las disposiciones generales sobre la tutela, que en el artículo 326 se establece la intervención de un Juez llamado conciliador, en defecto del Juez de primera instancia, quien hacía inventariar y depositar los bienes del pupilo y que en el Código de Veracruz tal autoridad era el Juez de Paz del domicilio del menor con tales funciones, apreciándose una diferente organización judicial.

Una diferencia más la encontramos en el Capítulo Cuarto, relativa a la tutela dativa donde el artículo 399 da participación al Ministerio Público por parte del Juez, para conocer de la vacante de una tutela y convocar al Consejo de Familia a efecto de proveer a un nombramiento de tutor y que el Código de 1868 no reguló así, encontrando en esta disposición una mayor concurrencia de las diferentes autoridades para intervenir en la protección de un incapaz, por medio de un representante de la sociedad importante en la defensa del menor.

Es de notar que el Capítulo Quinto regula la tutela oficiosa como lo hizo el Código de Oaxaca de 1928 como una protección para los menores de quince años, pero que encontramos innecesaria por ser contraria al objeto de la tutela que es la guarda de la persona y bienes del incapaz que no se encuentra sujeto a la patria potestad y que el artículo 342 del Capítulo citado, establece sobre los menores que si tienen padres y de los que consigna el precepto correspondiente a dar su consentimiento o no para que se configure este tipo de tutela que volvió a aparecer en el criterio del legislador.

La tutela oficiosa a la que se refiere este Capítulo constituye una excepción para las funciones del pro-tutor ya que conforme lo dispuesto por el artículo 356, "en todos los casos de tutela, excepto en el de la oficiosa, el Consejo de Familia nombrará un pro-tutor, siempre que no haya sido nombrado por el testador". Se entiende de esta disposición que el tutor oficioso no necesitaba de un vigilante de sus actos.

Respecto de el citado órgano tutelar, se aprecia en este ordenamiento la prohibición que consigna el artículo 361 que a diferencia del Código anterior impide que el tutor y pro-tutor puedan desempeñarse si existe grado de parentesco entre ellos, establecido en el precepto, lo que garantiza una más imparcial relación y vigilancia de un órgano a otro.

Se aprecia nuevamente una mayor participación del Ministerio Público en el Capítulo Séptimo que regula al Consejo de Familia y cuyo artículo 369 establece que aquel funcionario presidirá y formará la primera reunión del Consejo citado, si residiere en el lugar del domicilio del menor y dispone además que en caso contrario, tal facultad corresponde al Presidente del Ayuntamiento o Municipal respectivo, a diferencia del Código de 1868 que establecía tal obligación para el Juez de Paz, aunque se aprecia en la disposición del artículo 376 del Código que analizamos que el pro-tutor será el presidente del Consejo al igual que lo dispuso el Código de Veracruz.

En relación al comentario expresado párrafos atrás respecto del retroceso que apreciamos en el criterio del legislador en este ordenamiento, nos referiremos a la disposición del artículo 368 del Capítulo Octavo relativo a las personas inhábiles para el cargo de tutor o curador, que una vez más inhabilita a las mujeres para las funciones citadas, cuestión que había desaparecido del capítulo correspondiente en el Código de Veracruz. Por otro lado y a semejanza del Código del Imperio Mexicano, la fracción undécima del artículo citado también considera persona inhábil para el cargo al extranjero que no esté domiciliado en el Estado lo cual parece acertado pues tal disposición impediría que el incapaz fuera llevado a otra entidad propiciando una disgregación familiar.

Asimismo encontramos que el Capítulo Décimo, relativo al desempeño de la tutela, en su artículo 405 establece una limitación al tutor para variar la decisión del que ejercía la patria potestad sobre el menor respecto de la carrera a la que había sido destinado a seguir y que solo varía en cuestión de edades de los menores en cuestión, de lo dispuesto por el Código anterior a lo establecido por el que se expone.

Se puede apreciar nuevamente la intervención del Ministerio Público en la transacción en los negocios del pupilo como se desprende de lo dispuesto por el artículo 432 y que en síntesis otorgaba una mayor participación en el desempeño de la tutela a tal funcionario como representante social.

Encontramos como una aportación del presente Código que no era necesaria la autorización del Consejo de Familia ni la aprobación judicial en los casos de que un bien del menor era enajenado en virtud de providencia judicial, como lo tenía dispuesto el artículo 440 del mismo, Capítulo Décimo, dejando más libertad de acción al tutor, cuando tuviese que conformarse con una demanda entablada contra el menor respecto de esos derechos.

Se distingue en el ordenamiento que analizamos la regulación respecto de la retribución a la que era acreedor el tutor en sus funciones por el porcentaje establecido sobre las rentas líquidas de los bienes del menor consignado en el artículo 445 ya que legislaciones anteriores sujetaban tal remuneración al

arancel respectivo, contemplando en adición el artículo siguiente la posibilidad de aumentar dicho porcentaje en virtud de los aumentos en tales productos como resultado de una diligente administración tutelar.

Como hemos apuntado en el análisis de legislaciones anteriores y del cual ésta no fue la excepción, subsistía el criterio en el cual se establecía que la muerte del tutor extinguía la tutela y del cual ya se ha apuntado nuestra opinión, aunque se distingue en este último punto que la emancipación del pupilo daba lugar al conferimiento de una curaduría si el incapaz no había cumplido dieciocho años de edad.

Como una mejora entendemos, que el Código del Estado de México aquí expuesto, dispone en forma particular acerca de las cuentas de la tutela, la obligación del tutor de dar cuenta de la administración de la misma al menor o a quienes lo representen, la cual no podía ser dispensada en contrato o última voluntad ni aún por el mismo pupilo, situación que no reguló el ordenamiento anterior.

Finalmente queremos apuntar, que conforme a lo dispuesto y regulado por el Capítulo Décimotercero, a semejanza de el Código de Veracruz, era regulada la tutela de los hijos naturales como una igualdad jurídica así reconocida.

Como hemos podido apreciar, el Código del Estado de México conservó la tendencia y estructura de la tutela como una institución familiar, como se desprende de la denominación de los órganos tutelares, situación que cambiaría en la estructura de la tutela de Códigos posteriores que expondremos a continuación.

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

Se trata éste del primer Código Civil vigente en todo el territorio nacional, expedido el 8 de Diciembre de 1870 y entró en vigor en el mes de Marzo de 1871.

La tendencia tutelar evolucionó hasta encontrar un punto de equilibrio respecto de las personas u órganos que debían intervenir en la institución de la tutela, estructurándola y organizándola de tal forma que el ordenamiento que aquí exponemos concibió la tutela con los fines de protección ya previstos en legislaciones anteriores pero con la intervención del tutor, como la persona más importante y de mayor responsabilidad en el desarrollo y administración de la institución tutelar así como del curador que el ordenamiento en cuestión ya facultó como un órgano de vigilancia de la conducta del tutor con un carácter general y definitivo igual al de éste constituyendo así una primer garantía al incapacitado; la intervención también del Ministerio Público, funcionario público de alta categoría,

extraño a la familia del menor y por consiguiente una segunda garantía para los intereses del pupilo así como la autoridad judicial, con la experiencia necesaria en el derecho para responder de los actos de la tutela, mediante su intervención como homologador de los mismos y que creemos una garantía más para el objeto de la tutela.

Este Código reguló la institución de la tutela con dieciséis capítulos que establecieron lo conducente en esta institución, en los cuales encontramos varias e importantes innovaciones de legislador, transformando el carácter familiar de la protección tutelar en uno de intervención mixta familia-Estado que expondremos a continuación.

En el Capítulo Primero, podemos notar la disposición que impide y prohíbe que el tutor y el curador, este último con el carácter general que el ordenamiento consigna, sean parientes entre sí, previendo cualquier colusión en perjuicio de los intereses del pupilo. Asimismo el capítulo comentado otorga al Ministerio Público las más amplias facultades para intervenir en todo negocio relativo a la tutela, apuntado con anterioridad y con los fines de seguridad jurídica para el objeto de la tutela. Dispone también que el curador será el fiscalizador de los actos del tutor en forma permanente, a diferencia de la función que ordenamientos ya expuestos, le dieron en el pasado.

El Capitulo Segundo regula sobre las declaraciones de estado, es decir, el grado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a la tutela y que el articulo 440 establece como requisito previo a su deferimiento. Establece además dicho Capitulo quienes pueden pedir la declaración de minoridad así como la de interdicción y las medidas a tomar por el Juez en atención a esta situación por medio de reglas minuciosas. Es clara la disposición del legislador de designar las rentas del incapacitado destinadas a la curación de sus enfermedades estableciendo que la sentencia que declare una incapacidad por interdicción ha de fijar las condiciones de la misma.

El Capitulo Tercero establece, a diferencia del Código del Estado de México, las reglas que deben observarse en los casos de prodigalidad como una clase de interdicción parcial y que se traducen en limitaciones a la capacidad de ejercicio del pródigo y su forma de superarlas mediante la representación del tutor, una vez declarado interdicto judicialmente y conforme a lo dispuesto por el articulo 480 que establecía que el pródigo mismo debía ser oído en tal juicio.

Toda vez que se trataba de una interdicción parcial, la ley disponía que ésta podía cesar a los tres años a petición del interesado y una vez comprobada su buena conducta.

Es interesante observar la regulación expresa relativa al estado de interdicción en capitulo aparte y en el cual se

destaca que se excluía del llamamiento que la ley hacía a la atención del cargo de tutor a las personas que habían sido causa directa o indirecta de la incapacidad del demente y el pródigo lo cual se traducía en un impedimento para el ejercicio del mismo.

En lo relativo a las cuentas de la tutela el artículo 493 establecía una intervención del interdicto llamado prodigo en la revisión de las mismas lo que constituye una curiosa forma de participación de un considerado incapaz en la administración de su patrimonio, toda vez que se trataba del pupilo mismo.

Podemos notar que se protege en esta tutela el patrimonio del pródigo, ya que el conservaba las libertades personales inherentes a su patrimonio o paternidad.

En lo que se refiere al cargo de tutor establecido sobre el interdicto en general, el ordenamiento dispuso que el mismo podía ser renunciado a los diez años si el que lo ejercía era un pariente colateral o extraño al pupilo.

El artículo 511 declara la nulidad de los actos de los sujetos a tutela a fin de que no fuesen confundidos con aquellos que daban lugar a la restitución in integrum y las acciones para pedirla contempladas en el artículo 517.

La tutela testamentaria ofreció como una evolución respecto de sus regulación en el Código del Estado de México, la

posibilidad de nombrar tutor en testamento de los padres sobre los hijos interdictos, como se encuentra dispuesto en el artículo 535. Todas las disposiciones adicionales que regulan esta clase de tutela se encuentran contempladas también en el Capítulo Quinto.

Encontramos como una regulación novedosa, la contemplada en los Capítulos Sexto, Séptimo y Octavo, ya que se estableció una tutela legítima para los diferentes tipos de incapaces, es decir, regula el Capítulo Sexto del ordenamiento la tutela legítima de los menores; el mismo tipo de tutela se estableció en el Capítulo Séptimo sobre los mayores de edad con una incapacidad de ejercicio y el Capítulo Octavo estipuló lo relativo a la tutela de los pródigos. Es importante apuntar que por primera vez se atendió una división en la legislación respecto de las incapacidades de los sujetos a tutela, aspecto que no distinguió el criterio del legislador de Códigos anteriores.

Se distingue la facultad que encontramos en el artículo 535 del Capítulo Noveno, concedida al Juez para nombrar tutor dativo ya que anteriormente correspondía aquella al Consejo de Familia y por lo mismo apreciamos la mayor participación del Juez y una diferente estructura tutelar en donde el órgano rector de la institución es el funcionario judicial aludido.

Fue también una aportación de este Código, la regulación observada en el Capítulo Décimo de la tutela sobre los hijos abandonados, que los colocaba bajo la protección de las personas que los hubiesen acogido, incluyendo hospicios e inclusas y conforme a lo dispuesto al artículo 561, los directores de tales instituciones debían desempeñar esta clase de tutela con arreglo a las leyes establecidas para la misma.

Cabe hacer notar que dentro de las personas inhábiles para el desempeño y la atención de la tutela, el Capítulo Undécimo dispuso en su artículo 562, fracción primera que las mujeres estaban impedidas excepto en los casos, esta vez contemplados de la cónyuge como tutriz forzosa del marido interdicto así como la que debía ejercer la madre viuda sobre su hijo, lo que constituyó un adelanto en el reconocimiento que la ley hizo de la mujer como sujeto de derecho y obligaciones.

Podemos apreciar que en materia de cauciones, el Capítulo Decimotercero reguló las garantías que el tutor debía prestar para ingerirse en el manejo del patrimonio del pupilo expresamente, toda vez que anteriormente este aspecto fue incluido dentro del Capítulo relativo al desempeño de la tutela en forma por demás somera y que el ordenamiento al que hacemos referencia ya clasificó así como consideró que dicha garantía podía ser consistente en hipoteca y fianza, aceptando la segunda solamente cuando el tutor no tenía bienes sobre cuales constituir la primera, como se desprende de la disposición del artículo 579

en el citado Capitulo. Establece además el articulado correspondiente, las cantidades que debía ser cubiertas por dichas garantías así como su término para prestarlas, bajo pena de ser separado del cargo de tutor en caso de inobservancia.

Resultado de la evolución de la institución de la tutela conforme a sus nuevos organos y tendencia, encontramos que dentro de la administración de la misma, este Código dispuso una participación permanente del curador en todos los actos donde además intervenía la autoridad del Juez, pues como se expuso en su momento, aquel órgano tuvo una función diferente en casos especiales y no en atención a los pupilos en general.

Podemos distinguir la subsistencia de la idea del legislador en el sentido de que la tutela se extinguía por la muerte del tutor, así como la del pupilo como se reguló en el Capitulo Decimoquinto y en este aspecto ya hemos hecho las observaciones pertinentes.

Por lo que toca a las cuentas de la tutela, encontramos como una diferencia de los códigos anteriores, que la obligación de rendirlas, tanto anualmente como una vez terminada aquella, debía ser desahogada ante el curador, órgano fiscalizador de los actos del tutor, habilitado por este ordenamiento con un nuevo carácter general y permanente quien podía ser nombrado por testamento, legítimamente y, nombrado por el Juez como curador dativo.

Por último, queremos hacer mención especial que el Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que aquí analizamos estableció en favor del pupilo el beneficio de la restitución in integrum a todos los sujetos a tutela que fueren perjudicados, ya en los negocios llevados a cabo por ellos mismos con aprobación del tutor, así como los llevados a cabo por este último en nombre de aquellos, lo que mostró un adelanto en materia de acciones y seguridad jurídica del pupilo, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 679 y siguientes, contemplados en el Título Undécimo del ordenamiento.

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

El Código Civil de 1884 fue promulgado el 31 de Marzo del mismo año a nivel nacional el cual en su Libro Primero, De Las Personas, Título Noveno, regulo la institución de la tutela en catorce capítulos así como un capítulo adicional relativo al curador en el Título Décimo que como ya ha sido expresado a partir del Código de 1870 aparece como un órgano integrante de la nueva estructura tutelar.

En el Capítulo Primero de las disposiciones generales podemos apreciar en primer lugar y como un objeto adicional de la figura de protección llamada tutela que el artículo 403 en su

última parte, que "la tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley", concepto que no se contempló anteriormente, pues la representación del tutor dentro y fuera de juicio era parte de sus obligaciones para con el pupilo y con esta disposición el legislador ya preve la necesidad de una representación especial dentro de juicio de los intereses del pupilo cuando éstos cayeran en conflicto con los de sus ascendientes y que es atendida mediante el tutor especial al que hemos hecho mención.

En lo referente a las incapacidades, encontramos que el capítulo respectivo ya no consigna al pródigo como un incapacitado y por consiguiente persona que necesite la protección y representación de un tutor, tal vez por considerar el legislador a ésta como una incapacidad difícil de probar.

El mismo Capítulo, a diferencia del Código de 1870 que lo reguló en capítulo aparte estableció lo relativo a la declaración judicial del estado de la persona que debía ser sujeta a tutela a efectos de nombrarle tutor. En este punto es preciso señalar que el ordenamiento que se comenta no reguló tan ampliamente como el Código anterior lo relativo a los juicios de interdicción y sus características necesarias para la declaración judicial de incapacidad, previa al deferimiento del cargo de tutor y el Capítulo Segundo correspondiente sólo expresa lo referente a las nulidades de los actos llevados a cabo por dichos incapaces, disponiendo además que aquéllas sólo podían ser

invocadas por éstos, no así por quienes hubieran contratado con ellos, pero como ha sido expresado, el citado capítulo no atiende tan minuciosamente el juicio de interdicción y sus características de no ser por lo apuntado.

Dentro del Capítulo Cuarto relativo a la tutela legítima de los menores, distinguimos que el artículo 447 faculta al menor de catorce años cumplido para elegir el pariente que ha de atender su tutela, desde luego sujeto a la aprobación judicial y que nos parece el otorgamiento de una mayor participación al mismo pupilo que códigos anteriores no consideraron.

Encontramos como una disposición adicional y justa la del artículo 454 del Capítulo Quinto que establecía que los menores de edad, hijos de un mayor de edad incapacitado, quedaban bajo la tutela de su padre siempre que no existiese pariente a quien la ley pudiera llamar a atender el cargo de tutor.

Se distinguen también en el Capítulo Onceavo, del desempeño de la tutela, disposiciones más amplias acerca de las obligaciones del tutor respecto del pupilo interdicto en los casos en que el cargo fuera ejercido por el cónyuge o cuando la tutela recaía en las demás personas o parientes consignadas en el ordenamiento y que hasta la promulgación de este Código se atendió tan detalladamente.

Queremos hacer notar una pequeña falla, a nuestro juicio, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 545, el legislador imponía una sanción a la mujer en caso de mala administración del patrimonio del cónyuge interdicto o malos tratos hacia su persona, que consistía en la remoción del cargo y que consideramos debía haber sido aplicada indistintamente al hombre o a la mujer en sus funciones de tutor y que el artículo citado nos parece discriminatorio.

En lo relativo a las cuentas de la tutela, encontramos que el Capítulo Doceavo obliga al tutor a presentar anualmente el estado que guarda la administración del patrimonio del pupilo ante el curador, como lo dispone el artículo 551 y relativos, a diferencia del Código de 1870 que establecía esta obligación una vez acabada la tutela y que este ordenamiento la incluye como tal en capítulo aparte referido a la entrega de los bienes, lo que nos parece de un orden más lógico pues la obligación de presentar una cuenta periódicamente forma parte del desempeño de la tutela y la cuenta final tiene relación con la extinción de la misma y la obligación de la entrega de los bienes, previa a la rendición de dicha cuenta.

Veremos a continuación el tratamiento por parte del legislador que tuvo la institución tutela en la Ley de Relaciones Familiares de 1917 expedida en tiempos de Don Venustiano Carranza y la cual presentó características especiales al modificar exclusivamente lo relativo al Derecho de Familia.

Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

La presente ley fue expedida por el C. Venustiano Carranza con el objeto de establecer a la familia sobre bases más racionales y justas, según palabras del informe de la Jefatura del Ejército Constitucionalista el 12 de Abril de 1917, tendientes a reforzar la familia a partir del matrimonio y solamente derogó lo relativo al Derecho de Familia regulado en el Código de 1884 ya que este siguió vigente en materia civil.

La tutela particularmente fue reforzada y revisada con el objeto de que se impartiera protección eficaz a los sujetos a ella y evitar abusos en contra de los incapaces y así podemos notar, en primer lugar, que el concepto de incapacidades fue ampliado, considerando e incluyendo dentro de los incapaces sujetos a tutela, a los ebrios habituales cuya conducta necesitaba ser vigilada y sus intereses protegidos debido a su estado patológico como se desprende del artículo 299, Capítulo Vigésimo, de las disposiciones generales.

La institución de la tutela fue regulada en esta ley en catorce capítulos, del Capítulo Vigésimo al Vigésimotercero y un capítulo adicional relativo al curador, el Trigésimocuarto, como el órgano integrante de la misma con el carácter que tuvo a partir de la legislación de 1870.

Una disposición del Código anterior que ya no contempla el capítulo respectivo de este ordenamiento, relativo al estado de interdicción, es la que se refería a los actos llevados a cabo por menores que hubiesen presentado certificados falsos del Registro Civil con una clara intención dolosa y que la ley que se comenta no contempla.

Podemos percatarnos que el Capítulo Vigésimosegundo, relativo a la tutela testamentaria no establece ya, conforme lo hizo el Código anterior la regulación que se refería a dicha tutela sobre los mayores de dieciocho años y a los menores de veintiuno legalmente emancipados, tal vez por estar en este ordenamiento regulados como una tutela necesaria para la administración de sus bienes y no así sobre su persona como lo establece el articulado del Capítulo Trigesimoquinto relativo a la tutela dativa de los menores emancipados.

Solamente encontramos una pequeña diferencia, durante el desempeño de la tutela y respecto de la legislación de 1884, en el Capítulo Trigésimo, artículo 411, que limita al tutor para arrendar los bienes inmuebles del pupilo por más de cinco años, ya que el Código anterior permitió hasta nueve sin ser necesaria la autorización judicial y consentimiento del curador, lo que no nos parecía que ofreciera una seguridad para los bienes del pupilo y que este ordenamiento si concede.

Como hemos podido apreciar de la comparación del Código Civil de 1884 y la Ley de Relaciones Familiares que aquí analizamos, ésta no presenta mayores cambios excepto los comentados anteriormente relativos a las incapacidades a ser tuteladas y las pequeñas modificaciones en lo que se refiere a el desempeño de la tutela.

Con estas finales consideraciones, damos por concluido el desarrollo del segundo capítulo que pretendió analizar la evolución de la tutela en México a través de su legislación anterior a la regulación vigente en el Código de 1928-32 que comentaremos y expondremos en el capítulo tercero de esta tesis.

Capítulo III

La Tutela en el Código Civil de 1928.

En el presente capítulo haremos una exposición y comentarios de la institución de la tutela en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal atendiendo a su reglamentación, la responsabilidad civil derivada de la administración del patrimonio del pupilo y sus reformas, así como la Jurisprudencia en materia de la tutela.

El Código Civil objeto de este capítulo fue promulgado el 30 de Agosto de 1928 y entró en vigor el 10. de Octubre de 1932. A continuación, expondremos los puntos anotados en el párrafo previo.

1.- Su reglamentación.

Esta institución del Derecho de Familia se encuentra regulada en el Título Noveno del Código en cuestión a lo largo de 169 artículos en trece capítulos relativos a la tutela así como dos capítulos más, es decir, el Capítulo Decimocuarto y el Capítulo Decimoquinto del mismo Título que en diecisiete artículos disponen lo concerniente a los órganos de la

institución tutelar llamados Curador y Consejo Local de Tutelas así como también establece las funciones de los jueces pupilares, hoy llamados de lo familiar, que en su conjunto supervisan y auxilian al tutor en el desempeño de su misión protectora de los incapaces.

Es importante mencionar, en lo relativo al estado de interdicción, que es una declaración judicial que da lugar al nombramiento de un tutor y está regulado en el Capítulo Decimosexto del mismo Título Noveno, en seis artículos que determinan el estado de incapacidad o su grado, en la persona que va a quedar sujeta a dicha protección, como necesidad y requisito previo al nombramiento de tutor a efecto de proteger su persona y patrimonio.

En el Capítulo Primero del Título citado, se establecen en primer lugar, las disposiciones generales sobre la institución que como objeto principal tiene la guarda de la persona y bienes de los que no estando bajo la patria potestad de persona alguna, sufren alguna incapacidad de las consignadas en el mismo Capítulo ampliamente y necesitan de una protección supletoria de aquella.

Además de encontrarse muy bien regulada, encontramos que toda vez que como mandato legal la tutela no entraña los motivos de afecto que nacen de la relación natural de ascendientes o parientes hacia los incapaces, por lo mismo

necesita de una cuidadosa legislación que debería centrarse en la persona del incapaz, debido a que la administración del patrimonio del mismo podría responsabilizar a órgano diverso al tutor, que sugeriremos más adelante. Dicho de otra manera, podría centrarse la legislación en el problema central de la figura que es la incapacidad de la persona para cuidarse a sí misma, mediante la atención del tutor en forma única.

La atención de esta problemática no solo es humana sino que tiene un contenido de bienestar social, ya que existen personas con una incapacidad natural, es decir, los que sufren alguna enfermedad o adicción o bien una incapacidad legal, que se presume en los menores de edad y por tal motivo se ha legislado esta figura como una protección a las citadas personas aunque es preocupante que se le de mayor atención de alguna manera al patrimonio del pupilo.

Dada la calificación que la ley otorga como interés público a la función tutelar y como mandato que es, la tutela es un cargo del que nadie puede eximirse sino por causa legítima consignada en la ley, aunque es criterio de los Jueces de lo Familiar, que cualquier coerción que se ejerciera sobre el llamado por la ley a desempeñarse como tutor, sería contraproducente para los intereses del pupilo y que por otra parte, la tutela se da en la práctica en forma más espontánea y de esa manera pensamos que el objetivo principal no es la sanción al que se niega a desempeñar el cargo, sino que el objeto más

importante de la tutela es la guarda de la persona y su patrimonio.

La tutela en México es una institución de intervención mixta, es decir, que supone la participación de la familia aunque siempre vigilada por la autoridad.

Respecto a lo consignado en artículos subsecuentes en lo que se refiere a las características de la tutela, es acertado el criterio del legislador al estipular que el cargo de tutor y curador es unitario, evitando así una excesiva concurrencia de opiniones en el desarrollo cotidiano de la misma y más aún nos parece un adelanto del Código Civil vigente que establece un solo tutor y curador hasta de tres incapaces o en ocasiones más, cuando existen intereses comunes, por las razones ya expuestas, pero encontramos también razonable que ambos cargos no pueden ser desempeñados por la misma persona pues esto nos remitiría a un extremo de simplificación que podría dar lugar a una falta de vigilancia en la conducta del tutor, al menos inmediata e incluso a fraudes en perjuicio del patrimonio del pupilo.

Por otro lado, la ley tiene previsto el nombramiento de tutor interino cuando los pupilos fuesen varios sujetos a la misma tutela y pudiese surgir un conflicto de intereses entre ellos, lo que garantiza el interés patrimonial de cada uno de ellos.

El Código delimita además, categóricamente, las funciones de los órganos que intervienen en la tutela, así como sus responsabilidades, aunque en la práctica existe una falta de participación del Consejo Local de Tutelas del cual haremos unas sugerencias posteriormente.

También dispone el Capítulo en cuestión sobre el impedimento a los funcionarios de la tutela para desempeñarse como tutores o curadores pues se duplicarían sus funciones al ser jueces y partes.

Respecto a la obligación de dar conocimiento al Juez de lo Familiar de cualquier situación que amerite o dé lugar al nombramiento de un tutor, encontramos que tal medida se dá por lo regular en el desarrollo de un juicio sucesorio en el cual pueden existir controversias sobre los bienes de los menores o incapacitados que necesitan ser protegidos y nos parece adecuado que el Código faculte incluso a las autoridades para que en ningún momento el incapaz se encuentre desprotegido.

En atención a las formas de delación de la tutela, podemos decir que en opinión de algunos Jueces de lo Familiar, la tutela que más se confiere o dá en la práctica forense es la legítima, toda vez que la testamentaria hecha por el padre no excluye a la madre sobreviviente del ejercicio de la patria potestad, aunque sí a los abuelos, ya temporalmente si estuvieran ausentes o incapacitados, ya definitivamente, si esa fue la

voluntad expresa del testador en su calidad de progenitor superstite de los dos que en cada grado ejercían la patria potestad del incapaz.

En atención a la tutela dativa del indigente, no existe en la práctica toda vez que si no tiene patrimonio el menor o interdicto, es confinado a instituciones de beneficencia dependientes del DIF (Desarrollo Integral de la Familia) o a instituciones de salud, en el caso de interdictos, dependientes de la Secretaría de Salud, ya que las personas que aparecen en las supuestas listas que debiera proporcionar el Consejo Local de Tutelas y que en realidad elabora el tribunal, no atienden el llamado de la ley y aunque no existe excusa legal para el cargo, tampoco puede el juzgador obligarlos pues encuentra que sería contraproducente para el pupilo. A este respecto podemos apuntar que en referencia a las personas obligadas a atender el cargo de tutor de los pupilos indigentes, en la realidad ningún funcionario ha sido conminado a su obligación pues se hace uso de las beneficencias citadas antes que entrar en tal conflicto, como se encuentra previsto en el artículo 501 del Código Civil y del cual es evidente su inobservancia por impráctico.

En referencia a lo dispuesto por el artículo 462, entendemos que la declaración de incapacidad es el requisito mínimo para decidir la situación de una persona que va a ser confiada a la tutela de otra, pues de no observarse estaríamos ante una indefinición jurídica ya que no se sabría que interés o incapacidad ha de protegerse, independientemente de que el juicio

citado ha de ser promovido por pariente o interesado y en oposición a la representación del incapaz que defenderá sus intereses, ya sea con el objeto de que se le confiara una protección o se determine su situación jurídica como persona.

Respecto de la tutela sobre un menor de edad que al cumplir la mayoría tiene alguna incapacidad adicional, sugerimos que en el mismo juicio se previera la continuación de la tutela original evitando un juicio aparte para conferirle tutela diversa por motivos de economía procesal a menos que se tratara de tutor dativo, extraño a la familia del menor que tiene derecho a ser relevado en el cargo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 465, los hijos menores de edad del incapacitado podrían ser confiados a una tutela legítima independiente de la del padre pues se encontrarían así en mayor contacto con su familia y no bajo la responsabilidad del mismo tutor, a menos que no existiera pariente que pudiera atenderla voluntariamente.

Encontramos que la tutela del interdicto confiada a sus ascendientes o descendientes es entendible toda vez que existe un lazo de afecto para con el pupilo pero podría ser un poco más cauta la legislación al respecto tanto en el aspecto personal como en el del patrimonio pupilar mediante una correcta vigilancia de la conducta del tutor, ya que la misma ley contempla un posible conflicto de intereses aún entre parientes

como lo estipula en casos de patria potestad y tutela, al conceder al menor o pupilo una defensa interina para litigios en atención a sus intereses cuando se contraponen con los de sus ascendientes o tutores.

Salvo la muerte del pupilo, que extingue la tutela, consideramos muy importante la declaración judicial que cesa una interdicción una vez consultada la opinión de los facultativos pertinentes que consigna el precepto respectivo pues es una garantía de audiencia para el pupilo, así como para su tutor y curador que ya no consideran necesario seguirse desempeñando al haber cesado la incapacidad que dio origen a su cargo.

Si bien es cierto que el juzgador es responsable de la custodia del menor y bienes del incapacitado mientras se le nombra tutor, queremos apuntar que dicho funcionario judicial no cuenta con el auxilio de trabajadoras sociales o del Consejo Local de Tutelas para el cumplimiento de las medidas provisionales más que el eventual cupo en las instituciones de beneficencia que hemos mencionado y para lo que sugeriremos algo posteriormente.

En el Capítulo siguiente, relativo a la tutela testamentaria, observamos, en primer lugar, que el ascendiente supérstite pueda nombrar tutor por testamento a aquellos sobre quienes ejerce la patria potestad, según lo dispuesto en el precepto correspondiente, incluyendo al hijo póstumo y así

notamos que el objeto de esta tutela es excluir del ejercicio de este derecho a los ascendientes de ulteriores grados, como ya expresamos, los abuelos, toda vez que si la voluntad del testador en este sentido se conoce y todavía existe uno de los progenitores en posibilidad de ejercer la patria potestad, se entiende aquella como cláusula no puesta.

Acerca de la disposición que faculta a una persona que deja por testamento bienes a un menor que no se encuentre bajo la patria potestad de persona alguna para la administración de dicho patrimonio y para el efecto le nombra tutor, no creemos que se trate de un tutor pues no se avocará al cuidado de la persona y sí de un administrador para la conservación de dichos bienes y en todo caso daría tal situación lugar al nombramiento de un tutor, de entre los parientes del menor para el cuidado de su persona.

El Código no menciona, en el caso de nombramiento de tutor testamentario sobre qué hijos debe hacerse el nombramiento, pero debemos entender que se trata de hijos de matrimonio pues existe una disposición en ese sentido en el Capítulo relativo a la patria potestad, artículo 414.

Es necesario apuntar que respecto de el nombramiento de tutor por testamento en el que se preve la posibilidad de que el autor de la herencia deje varias personas nombradas para sus hijos menores, no encontramos que el ordenamiento tenga una situación similar prevista sobre los interdictos o hijos con una

incapacidad intelectual como la que cita el artículo 475 que entre paréntesis no abarca o hace mención expresa de todas las incapacidades de ejercicio de los mayores de edad.

No hay que perder de vista que el adoptante que ejerce la patria potestad sobre su adoptado tiene, además de los derechos y obligaciones que le concede la ley respecto de éste, el derecho de nombrar por testamento tutor sobre él y que reviste a nuestro juicio una modalidad del derecho legítimo de los padres más importante que el derecho concedido a los extraños para nombrar tutor por testamento para efectos de la administración de los bienes legados a un menor al que hemos hecho referencia y comentario.

En lo referente a el nombramiento de tutores múltiples para sucederse unos a otros en caso de imposibilidad o excusa de el primer nombrado, creemos que tal orden y calificación de los nombrados debería ser un acto puro de discrecionalidad del juzgador independiente de la voluntad de buena fe y probable desconocimiento de elementos del autor de la herencia.

Por lo que hace a la voluntad del testador en lo que se refiere a las reglas para la administración de la tutela sobre sus descendientes, pensamos que podían tener el mismo tratamiento sugerido en el párrafo anterior, aún no siendo dañosas al menor en ese momento toda vez que las circunstancias de la gestión

tutelar son cambiantes. Nos referimos al caso concreto de la dispensa de la caución al tutor nombrado por testamento.

De la disposición que faculta al Juez para nombrar tutor interino al pupilo que sufriera la ausencia temporal de su tutor consignada en el artículo 480, pensamos que cumple la misión de no dejar nunca desprotegido al incapacitado como se apuntó anteriormente.

Como una importancia a la tutela legítima por parte del legislador por sobre las demás clases de protección consideramos la división que hace el Código de la tutela legítima consignada en el Capítulo Tercero para los menores, independiente de la instituida sobre los demás incapaces y encontramos que ésta tiene lugar cuando no existe quien ejerza la patria potestad así como cuando no hay tutor nombrado por testamento, pero el Código consigna además que ésta es necesaria para los casos de divorcio en los cuales es necesario nombrarlo de entre los parientes del divorciado menor de edad que no establece claramente el precepto y que así entendemos y que la falta de explicación podría dar lugar a que se entendiera que es necesario nombrarlo a los hijos de los divorciados, situación antijurídica pues el cónyuge que conserva la custodia de los menores así como el que no la tiene conservan siempre la patria potestad que no necesita de la acción subsidiaria de la tutela y le quita su razón de ser. Cabe decir que el cónyuge culpable podría ser condenado a la pérdida de

aquella, pero el inocente ejerce dicha patria potestad por lo cual no ha lugar la tutela.

La tutela legitima, como ya lo hemos apuntado, es la clase más usual y notamos que el grado de parentesco, aun estando consignado en la ley, no ha sido de mayor relevancia para discernirla pues existe la confianza del juzgador en la buena voluntad y afecto de cualquier pariente que acude espontáneamente a hacerse cargo del pupilo.

El Capítulo Cuarto regula la tutela legitima de los incapacitados por causa diversa a la minoridad, entendida esta como la incapacidad o incapacidades contempladas en el ordenamiento, además de la incapacidad intelectual que apuntó el artículo comentado.

Como se desprende del artículo 486, la tutela del interdicto casado corresponde a su cónyuge, pero el precepto no establece claramente la situación de la administración de los bienes del incapacitado que no pertenezcan a la sociedad conyugal, aunque el artículo 704 del Código de Procedimientos Civiles vigente, preve la representación de un tutor interino para los bienes del cónyuge incapaz, ya que los bienes de la sociedad conyugal los administra el cónyuge tutor como resultado de la situación especial que le da origen.

Encontramos como algo notable la disposición que obliga a los hijos mayores de edad a hacerse cargo de la tutela de el padre interdicto, por incapacidad expresa en el ordenamiento así como por simple senilidad, ya que es de elemental agradecimiento que los hijos se hagan cargo de los padres que los han criado y debiera hacerse extensiva a los hijos en general, es decir que aunque el precepto no lo establezca, el hijo adoptivo debería estar igualmente obligado.

Estimamos que la preferencia que establece el precepto correspondiente para atender a la tutela de los padres al hijo que viva con ellos, podría ser un acto discrecional puro del Juez en todos los casos después del análisis de cada situación.

Aparece un error en el artículo 489 pues se debe entender que los padres atenderán la tutela de los hijos incapacitados solteros o viudos siempre que éstos no tengan hijos a su vez que atiendan el cargo. Pensamos que los abuelos deberían ser excluidos de la obligación de atender este tipo de tutela por razones de edad, ya que los demás señalados en el precepto, son capaces de obligarse y están en aptitudes morales y físicas para tan compleja y delicada misión.

Encontramos práctica la disposición que permite al tutor de un incapaz con hijos bajo su patria potestad ser también tutor de éstos siempre que no exista otro ascendiente a quien la ley llame para el ejercicio de tal derecho y obligación, pero ya

expusimos que tal vez los menores referidos estarían mejor bajo la custodia de algún pariente.

Nos parece un poco restrictiva la disposición que señala que la persona que recoja a un expósito se avocará a lo dispuesto para las demás clases de tutelas pues no reconoce la espontaneidad del gesto y solo dispensa la vigilancia de un curador y la dispensa de la garantía si no existen bienes y, por otro lado, espera que su desempeño sea gratuito.

El único caso de excepción del discernimiento del cargo, es aquél que se refiere a la relación entre el expósito y el director de la inclusa que lo ha acogido, lo que simplifica procedimientos además creemos que no es necesario ya que tal institución ha sido establecida con los fines de cuidado y protección a la niñez que caracterizan el objeto de la tutela.

En el Capítulo siguiente encontramos las disposiciones relativas a la tutela dativa como la función de delación más pura del Juez, ya que aunque también interviene en el conferimiento de una tutela legítima o testamentaria, en este caso designa a la persona que deberá atender el cargo de tutor de entre las listadas por órganos auxiliares que entre paréntesis no llevan tal control de acuerdo a lo informado por un tribunal de lo familiar y tales listas las elabora el tribunal. Es decir que la clase de tutela que comentamos está en manos del juzgador tanto en su nombramiento como en su vigilancia. Queremos comentar al

respecto que las personas que aparecen en las listas no atienden a su nombramiento si no existen bienes que administrar, por lo que el Juez busca siempre de entre los parientes del incapaz que no dan importancia a el hecho de que el pupilo no tenga bienes pues se hace confianza a su parentesco.

Consideramos importante, dada la facilidad para discernir de este pupilo en especial, la libertad que el legislador otorga al mismo menor, mayor de dieciséis años en el nombramiento de este tutor, como lo estipula el artículo 496, aunque el mismo faculta al juzgador para aprobar o reprobar la elección del menor.

En relación a los artículos subsecuentes queremos anotar que el juzgador carece de elementos de auxilio para su función y su función es tal vez la de mayor importancia en el desarrollo de la tutela como representante del Estado para efectos de legalización de los actos del tutor así como para su sanción.

Queremos comentar que respecto del nombramiento oportuno que dispone el artículo 498 encerrando una sanción civil, se trata de algo relativo dada la complejidad de un nombramiento prematuro y lo realmente importante, estimamos que es la asistencia y elementos con que debería contar el Juez para hacer la elección o discernimiento correcto, sin perjuicio de la

importancia que tienen las medidas provisionales que debe tomar el juzgador para la salvaguarda del pupilo y sus intereses.

En atención al precepto que dispone que siempre será dativa la tutela del emancipado para asuntos judiciales, podemos decir que el tutor nombrado podría ser electo de entre los parientes del menor ya que ésto garantizaría un mejor interés que el de un tutor extraño designado de entre las supuestas listas, o tal vez conferirla a su mismo padre o madre, si el menor emancipado acepta.

Es importante la protección que el ordenamiento brinda para los menores indigentes ya que se trata ésta de la incapacidad más difícil de tutelar pues el interés mayor es, como lo hemos apuntado, sobre el patrimonio y no sobre la persona del incapaz que el precepto correspondiente contempla y por tanto es ésta, tal vez, la única disposición que atiende al cuidado de la persona con el complemento de lo dispuesto por los artículos subsecuentes aunque en la realidad, como se apuntó, las personas que deben atender esta clase de tutela no acuden al llamamiento de la ley y podría atenderla mucho mejor una institución con suficientes recursos.

Lo realmente importante, a nuestro juicio es la facultad y obligación que tienen parientes y autoridades para hacer la denuncia de una situación que deba ser tutelada para los

casos de un indigente, pues se faculta al mismo juez para actuar de oficio.

Se ha apreciado que en la práctica estos hechos son conocidos por el Juez como resultado de la vista que le dio un Ministerio Público a consecuencia de un hecho a veces delictivo que reveló la existencia de un menor indefenso que se vio envuelto en tal situación.

Queremos apuntar que las personas que conforme al Código y por sus características públicas, es decir, que perciben un sueldo del erario y que por lo tanto están obligados a atender una tutela dativa o curatela no son llamados en la práctica forense familiar debido a que el procedimiento para proteger a los indigentes incapaces que hemos mencionado, es la confinación del menor a los centros de orfanato dependientes del DIF pues no cuentan con recursos más inmediatos y estas instituciones al menos proporcionan el cuidado básico al pupilo concerniente a su persona como resultado de la urgencia de tomar las medidas necesarias para la protección del incapaz y que si fue confinado provisionalmente a la institución de beneficencia, el Juez lo deja definitivamente ahí al no tener más elementos. Aquí debería ejercer la vigilancia correspondiente el Consejo Local de Tutelas.

El tutor legítimo que se hace cargo de su pariente indigente podría ser confirmado en su cargo si el pupilo

adquiriera bienes posteriormente sin necesidad de que se le confiriera una tutela dativa al menor por esa circunstancia, por razones de economía procesal, ya que es sabido de las cargas de trabajo que atiende un tribunal familiar que tiene además a su cargo dirimir otras controversias que surgen en la familia. Sería procedente el nombramiento nuevo, si el menor o incapacitado estuviera confinado en la institución de beneficencia a falta de parientes o tutor testamentario.

Analicemos ahora un aspecto importante respecto de las personas inhabiles para desempeñarse como tutores así como a los que deben ser separados del cargo una vez en funciones, aspectos que se encuentran regulados en el Capítulo Séptimo del Título Noveno ya mencionado, en ocho artículos que establecen los impedimentos para ser tutor aún de las personas que estén anuentes en recibirlo y tales se refieren a las personas que por alguna circunstancia especial, es decir, tengan antecedentes penales o sufran impedimentos que los inhabilitan, consignados en el precepto correspondiente, los cuales van desde circunstancias personales a incapacidades legales o naturales hasta circunstancias crediticias que los impidan para su gestión. Aparentemente existe una contradicción en lo dispuesto como inhabilidad para los funcionarios públicos y que conforme al mismo ordenamiento están obligados a atender la tutela dativa, por razón de su puesto, es decir, que al cobrar su sueldo del erario público, existen como sujetos obligados a atender esta clase de tutela según lo dispone el artículo 501. En este punto

habría que considerar las cargas de trabajo para los funcionarios de cierto nivel y que por esto mismo, no estén en posibilidades de atender en forma personal al cuidado del pupilo ya que, difícilmente pueden atender apenas a su propia familia y en todo caso, valdría la pena por parte del juzgador, determinar si ha de contemplarse lo dispuesto por el ordenamiento en su sentido de obligación por un lado o, excusa en razón de su puesto, para atender el llamamiento de la ley, en el caso de funcionarios públicos.

Como complemento de lo anterior, el artículo 504 dispone quienes deben ser separados de la tutela por motivos tan diversos como la falta de caución, de rendición de cuentas de la misma, hasta los casos de ausencia del tutor sin justificación por más de seis meses del lugar donde deba desempeñarse. En este último punto consideramos que el tutor puede dejar una persona encargada del cuidado del pupilo y ausentarse, siempre que lo haga del conocimiento del curador de una manera fehaciente, así como del Juez y tal moción le sea aprobada. Respecto a las demás causas de remoción contempladas por el precepto nos parecen adecuada sanción toda vez que de las omisiones o faltas del tutor consignadas en el precepto, resultaría un perjuicio en la persona o bienes del incapacitado. Pero no hay que olvidar que el tutor o curador debe ser oído y vencido en juicio para determinar su responsabilidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 913 y 914 del Código de Procedimientos Civiles vigente.

Si bien es cierto que dichas faltas que contempla el precepto es necesario que sean hechas del conocimiento del juzgador a promoción de los familiares o representante social, es decir, el Ministerio Público, siempre será importante la calificación que el Juez haga de ellas habiendo otorgado el derecho de audiencia al tutor acusado.

Consideramos que lo importante es la medida provisional que el Juez lleve a efecto mientras se ventila tal situación como puede ser el nombramiento de un tutor interino representando los intereses del menor.

Respecto del impedimento para ser tutores aquellas personas que hayan sido causa directa o indirecta de la incapacidad, conforme a la disposición del artículo 505, creemos que es una responsabilidad difícil de determinar por la dificultad para probarlo.

Consideramos también que las medidas provisionales que debe tomar en cuenta el Juez de lo Familiar cuando por alguna circunstancia el tutor fuera sujeto a proceso, deben ser promovidas por el curador toda vez que es el responsable de la primera vigilancia sobre los actos del tutor con la finalidad de un nombramiento de tutor interino a efecto de evitar cualquier daño al pupilo, aspecto que no expresa concretamente el precepto correspondiente aunque el artículo 509 dispone en tal caso se proveerá a la tutela conforme a la ley, esto es, en una función

temporal en relación al tiempo que tarde en dictarse una sentencia que responsabilice o absuelva al tutor original. Lo que no consideramos razonable es que conforme a lo estipulado por el artículo 510, si el tutor es condenado a una pena que no exceda a un año de prisión, pueda volver al ejercicio del cargo, ya que aunque se trate de un delito menor, no es ejemplificante para el pupilo.

En materia de excusas consignadas en el Capítulo Octavo, queremos hacer notar la aparente contradicción en la excusa concedida a los funcionarios públicos por razón de su responsabilidad pues como ya se ha dicho, el Código, en otro precepto, los obliga a atender una tutela por percibir sus ingresos del erario público y a falta de tutores testamentarios o legítimos. Ya hemos comentado anteriormente, que el Juez debe aplicar su criterio.

Coincidimos con el precepto que establece que si el nombrado o llamado por la ley para atender el cargo no expresa sus excusas en tiempo, esto supone una aceptación tácita así como su disposición y posibilidad de atenderlo.

Por otro lado, pensamos que el plazo concedido para interponer la excusa es corto, toda vez que se trata de responsabilidades complejas y pudiendo existir un impedimento, el nombrado no se encuentre en tan breve término en posibilidades de interponerla, tal es el caso de las fracciones quinta y octava

del artículo 511, que se refieren a personas de muy escasa instrucción o experiencia, así como mal estado de salud y con muchas posibilidades de no saber sus derechos así como la forma de expresarlos y necesitasen de una orientación que podría llevar a cabo el Consejo Local de Tutelas en auxilio del juzgador, no pretendiendo con esta observación demorar el procedimiento sino que se tome en consideración que cualquier omisión o desidia por parte del nombrado podría ser perjudicial al incapacitado, de igual forma que la coerción sobre aquél actuaría con los mismos efectos.

En otro orden de ideas, estimamos que el nombramiento de tutor interino también presenta dificultades por la relativa disponibilidad de tutores y no pensamos que pueda designarse a tiempo para proteger los intereses del pupilo y nuevamente encontramos el papel tan importante que juegan dentro de las medidas provisionales del Juez las instituciones de beneficencia como parte de las medidas provisionales que debe tomar el Juez para la salvaguarda de la persona y bienes del incapacitado, así como es la facilidad más importante para los expositos en su tutela definitiva que dativamente confiere el Juez.

Es justa la disposición del legislador de privar del derecho de heredar bienes al nombrado tutor que se excuse de su nombramiento hecho en testamento por quien le pudiera dejar algo con tal condición. Nos parece lógico que también el nombrado que no desempeñe el cargo, pierde el mismo derecho expuesto para heredar el incapacitado que muera intestado sin perjuicio de la

responsabilidad civil a que se hace acreedor como resultado de su negativa y que es extensiva a los tutores legítimos que no acuden al llamado de la ley.

Respecto al último artículo de este Capítulo, pensamos que no solo los herederos ejecutores del tutor deberían estar obligados por el precepto a dar aviso a la autoridad de la muerte del tutor sino que en este punto podría existir la misma obligación para los parientes del menor a efecto de que se provenga a un nuevo nombramiento.

Respecto a las cauciones, consignadas en el Capítulo Noveno, es nuestra opinión que sería prudente exigir la garantía para el manejo del patrimonio del pupilo en todos los casos, es decir, que por lo que se refiere a la dispensa de la caución que consigna el artículo 520, no creemos que el cónyuge o los padres que ejerzan la tutela del interdicto deberían de estar exentos de caucionar su manejo, debido a que la naturaleza humana es imperfecta y si la ley previene los casos de conflicto entre padres e hijos para quienes nombra un representante, estos casos no deberían ser la excepción toda vez que se evitarían abusos y en todo caso podría acudir al criterio del juzgador para analizar cada situación, aún aquellas en que el autor de una herencia dispensa de tal obligación a su tutor hereditario.

Consideramos que la garantía que deben prestar los nombrados tutores es importante pero, de acuerdo al artículo 524,

cuando el tutor es coheredero del pupilo, obliga el precepto a completar la porción heredada por el incapaz hasta con los bienes propios del tutor cuando su porción no alcanza la mitad de la del pupilo, lo que nos parece aritméticamente correcto pues se trata de garantizar lo más posible el patrimonio pupilar.

No encontramos sentido en la disposición del Código que se refiere a que la fianza será aceptada como garantía siempre que el tutor no tuviese bienes sobre cuales constituir hipoteca o prenda pues si la primera responde suficientemente no debería existir prelación en las cauciones y en todo caso el artículo siguiente preve una combinación de garantías para cubrir las cantidades consignadas en el ordenamiento de los bienes del pupilo.

Respecto a los bienes o propiedades que vayan a ser protegidas con la caución, juzgamos muy importante el auxilio de peritos al juzgador, a efecto de determinar sus valores que una vez establecidos daran elementos suficientes al Juez para calificar la caución, ya que como lo consigna el artículo 530, éste es obligado subsidiario del tutor en la responsabilidad civil por cualquier omisión o negligencia en esta materia. En este sentido es determinante también la intervención del curador, así como en la formación del inventario, pero creemos que el Juzgado de lo Familiar debería contar con auxiliares o trabajadores sociales adscritos al tribunal con los fines de investigación de datos en dependencias como el Registro Público

de la Propiedad o instituciones bancarias en la compilación de datos necesaria para determinar una caución real.

Es importante la vigilancia de la idoneidad de los fiadores y la revisión de las fincas que se gravaron para prestarlas como garantía que contemplan los últimos artículos de este capítulo en un mercado de cambiantes valores económicos y como previsión al incremento en el patrimonio del pupilo. Ojalá participara más activamente el citado Consejo Local de Tutelas.

Ya dentro del desempeño de la tutela, regulada en el Capítulo Décimo del mismo Título Noveno, encontramos que es responsabilidad del tutor no entrar en la administración de la tutela sin el previo nombramiento de un curador, que constituye su vigilante, aunque nos parece que el legislador antepone los intereses materiales del pupilo que la atención a su persona con esta disposición, ya que podría el tutor dedicarse al cuidado del pupilo en lo personal y para lo cual no necesita de una estrecha vigilancia, sobre todo si se trata de tutor legítimo. Recordemos que el artículo 492 establece la confianza del legislador para los que han recogido y cuidado del exposito y en ese punto no exige el nombramiento previo del supervisor de la tutela ni la caución salvo que hayan recibido dinero con tales fines.

Encontramos que la disposición comentada establece además la responsabilidad civil al tutor que no siguiera las reglas de la tutela en este sentido, sin perjuicio de ser ésto

100

motivo o causa para su remoción. Es de elemental economía procesal que el precepto prohíba a los extraños evitar tratar con el tutor que no ha llenado los requisitos mencionados pues al negarse a negociar con él por la falta de curador se demoraría el procedimiento en un juicio.

Estimamos el artículo 537 como el más importante de la institución de la tutela toda vez que establece las obligaciones del tutor en funciones para con la persona y bienes de su protegido menor de edad o mayor interdicto, es decir, declarado judicialmente como incapaz de ejercicio.

Podemos apreciar el orden de las citadas obligaciones pues en ellas se da un orden preferente a la persona del pupilo como son las de alimentarlo, educarlo y destinar los recursos del mismo a la curación de sus enfermedades o rehabilitación de sus impedimentos y posteriormente establece las que conciernen a la conservación de su patrimonio una vez atendidas las primordiales. Como tercer función importante encontramos la representación civil del pupilo para todos los actos excepto los personales como matrimonio, reconocimiento de hijos y el testamento.

Respecto de la segunda obligación del tutor, referente al patrimonio del pupilo, consideramos que la más importante consiste en la formación de inventario para determinar sus haberes así como la de caucionar su manejo sin perjuicio del comentario expresado en el cual el cuidado de la persona debe

prevalecer en el objetivo de la tutela, aunque entendemos que el cuidado de su patrimonio está destinado a la mejor atención de su persona.

Creemos innecesaria la aclaración del artículo 538 acerca de las condiciones económicas o posibilidades de los pupilos que deban determinar sus gastos de alimentación o su condición pues ante la ley todos somos iguales y debería procurarse lo mejor a cualquier pupilo y confiamos en el criterio del juzgador para establecer tales condiciones con audiencia del tutor y en todo caso, podría refaccionarse el presupuesto con la ayuda de los deudores alimentarios del incapacitado si los hubiese.

Cuando el pupilo hace la elección de la carrera a seguir y el tutor no cree que sea la elección adecuada en cuanto a lo económico o le parezca impráctica en cuanto a su campo de acción, debería éste de tener más libertad para decidir tal situación y no sujetarse al capricho del pupilo a quien la ley faculta a denunciarlo al Juez por conducto de otros órganos de la tutela. Ya son demasiadas las restricciones a la gestión tutelar como para agregar otras más respecto de la persona del pupilo aparte de las que se refieren a su pecunio, aun cuando el que ejercía la patria potestad así lo hubiere dispuesto. En este punto sí aplicaría el criterio "de acuerdo a las posibilidades", pues existen otras opciones para la educación del pupilo.

Creemos que este tipo de circunstancias deben ser cuidadosamente analizadas por el conjunto de los órganos de la tutela ya que al Juez corresponderá la decisión final al respecto pues no pensamos que solo sea cuestión de la voluntad del testador o el pupilo.

La disposición del artículo 542 nos parece prudente toda vez que debe conservarse el patrimonio del pupilo y destinar solo sus productos a la alimentación y educación del incapacitado, ya que por otro lado, siempre es positivo que el pupilo aprenda un oficio, sin perjuicio de la previsión del artículo siguiente en este sentido que ofrece otras alternativas que ya comentamos.

Respecto al artículo 543, nos parece mas adecuado que el tutor sea designado de entre los parientes del pupilo para evitar juicios exigiendo la prestación alimentaria cuando el que ejerce la tutela es un extraño nombrado en testamento y no un pariente, es decir, si el pupilo carece de bienes, debería quedar sin efecto la voluntad del testador de encomendar el cuidado de su descendiente a un extraño y que siempre el tutor necesario para ejercer el cargo surgiera de los parientes del incapacitado o fuera llamado por la ley cualquiera de ellos sin atender ningún orden ya que la tutela legitima supone una más noble intención.

Es grave que el pupilo carezca de un patrimonio pues ésto dificulta su cuidado y atención pero encontramos acertada la

disposición del artículo 544 que faculta al tutor a tomar las medidas necesarias tendientes a su atención pero sin desligarlo de la obligación de vigilar su cuidado aún cuando haya sido necesario poner al pupilo en un establecimiento de beneficencia pública así como procurar que los particulares le proporcionen trabajo compatible con su circunstancias ante la falta de deudores alimentarios.

Afortunadamente el ordenamiento prevé la posibilidad de que el gobierno mismo proporcione el dinero necesario para el cuidado de un incapacitado indigente según lo dispuesto por el artículo 545, aunque en la práctica la forma en que se lleva a cabo esta disposición, cuando se trata de un pupilo indigente, es mediante su confinamiento a institución de beneficencia pública en la que se aplica tal estipulación, toda vez que estos establecimientos subsisten con las partidas que el gobierno destina para esos efectos y que aunque tal vez nunca sean suficientes, son canalizados a través del DIF, que aunque en forma limitada, cumplen con sus funciones sociales de protección, cuidado y alimentación de los pupilos que no tienen parientes que atiendan su tutela o el nombrado por testamento, no disponga de los medios para hacerlo.

Por lo que hace a la tutela de los mayores de edad incapacitados, el artículo 546 establece una responsabilidad justa de tres órganos de la tutela que, en su conjunto, vigilarán el estado de la persona declarada interdicta previamente y sujeta

a tutela por medio de la revisión anual, con el auxilio y certificación de dos facultativos, del estado del incapaz así como los obliga a vigilar y proveer lo necesario para la mejoría del incapacitado. El artículo 547 faculta al tutor para tomar las medidas que crea convenientes respecto de la persona del pupilo aunque cabe destacar la importancia que da el precepto a la opinión del curador sobre el particular así como la intervención judicial de homologación, aun posterior a las medidas tomadas en forma urgente por el protector así como a las consultadas previamente.

La obligación de formar inventario de los bienes del pupilo, contemplada en el artículo 537, se ve reforzada por la disposición del 548 cuando establece éste la imposibilidad de dispensar dicha obligación aun cuando esta dispensa proviniera de la voluntad del testador. Dispone el artículo siguiente sobre la importancia de que este requisito sea cumplido y mientras tanto la tutela deberá limitarse a los actos de mera conservación y cuidado del patrimonio y persona del pupilo respectivamente lo que nos parece una protección provisional adecuada.

Otra medida protectora de los bienes del pupilo la encontramos en la disposición del artículo 550 que obliga al tutor a inscribir en dicho inventario cualquier crédito anterior a la tutela, que tuviese contra el incapacitado bajo pena de perder el derecho a hacerlo efectivo en caso de omisión. Estimamos esta una flexibilidad a la prohibición del artículo

503, fracciones séptima y octava, de las inhabilidades para el cargo de tutor que hace referencia a las personas impedidas para el cargo por ser acreedoras del incapacitado en una cantidad importante que pusiera en peligro el interés patrimonial del pupilo.

Cuando el precepto correspondiente obliga al tutor a inscribir en el inventario cualquier bien omitido en el mismo así como en otro artículo se contempla la obligación de inscribir igualmente bienes adquiridos posteriores a su formación, creemos que es una forma de conminar al tutor a reconocer la totalidad de los bienes que integran el patrimonio para cuando tenga efecto la entrega de los mismos una vez extinguida la tutela y esto se relaciona a que en caso de omisión, pueda rendir prueba contra el tutor, no así contra el pupilo, según lo dispuesto por el artículo 552, salvo casos de error sin dolo del tutor, que daría lugar a una simple rectificación toda vez que el precepto siguiente establece la posibilidad de que cualquier bien omitido se liste en dicho inventario, a petición del mismo pupilo, el curador o cualquier pariente, asunto que evaluará el Juez oyendo al tutor.

El texto del artículo 554 nos parece contradictorio a la revisión de los salarios que lleva a cabo la Comisión de Salarios Mínimos, pues el precepto establece la obligación para el tutor de determinar la cantidad de gastos de administración y sueldos, así como número de dependientes necesarios a la función

tutelar y la necesidad de someter a la aprobación judicial cualquier incremento en tales percepciones, lo que encontramos innecesario ya que la ley regula dichos incrementos cuando se trata de los llamados mínimos y en todo caso el artículo 555 dispone que el tutor deberá justificar cada gasto ó erogación relativos a su gestión en la presentación de su cuenta anual.

Afortunadamente la ley faculta al Juez para decidir, con el auxilio de peritos, la continuación del comercio o industria familiar del pupilo pues podría no ser necesaria o conveniente a los intereses del pupilo y solamente podría aumentar las ya amplias responsabilidades del tutor al conminarlo a ejercer una actividad que tal vez no domine.

Ha cobrado actualidad la obligación contemplada en el artículo 557, a nuestro juicio, de invertir el dinero sobrante de la tutela una vez cubiertas sus cargas y gastos sobre segura hipoteca, ya que la posibilidad de hacer otro tipo de inversiones como las casas de bolsa o instituciones bancarias, no ofrecen un rendimiento importante actualmente mejor, al derivado de el incremento en los precios de los bienes raíces, aún cubriendo los gastos que de ello se derivan. Esta imposición debe hacerse en un término de tres meses conforme a lo dispuesto por el precepto correspondiente y una vez reunida una cantidad establecida pero se faculta al Juez para ampliar este plazo si existiese inconveniente grave para constituir la hipoteca por parte del tutor, que lo tendrá que hacer de su conocimiento bajo pena que

le impone el artículo 557 de pagar los réditos legales de los capitales que no hayan sido impuestos o invertidos. Asimismo el artículo siguiente estipula que el tutor no puede distraer cantidad alguna del patrimonio pupilar mientras se procede a lo dispuesto por los artículos precedentes toda vez que lo obliga a depositar provisionalmente tales productos en establecimientos públicos, que suponemos bancos y que si bien no ofrecen una productividad interesante, si ofrecen la seguridad necesaria.

Entendemos que los actos de administración del tutor se ven restringidos en su dominio por disposiciones múltiples del presente Código y los anteriores y así lo apreciamos una vez más en el texto del artículo 561 el cual limita los actos de este sujetándolos a la autorización judicial independientemente de que exista una causa de absoluta necesidad para la enajenación de los bienes inmuebles, derechos anexos y muebles preciosos que conforman el patrimonio del pupilo ya que el artículo siguiente dispone en adición al anterior que la evidente utilidad para dicha enajenación deberá acreditarla el tutor dentro de un plazo señalado por el Juez y encontramos importante que el precepto limita al tutor a disponer del producto de la venta, pues lo obliga a depositarlo en institución de crédito a semejanza de lo dispuesto del último párrafo del artículo 437 que establece limitación igual a los que ejercen la patria potestad para disponer de los bienes de sus hijos.

La venta a que se refiere al artículo anterior, deberá hacerse judicialmente en almoneda pública, bajo pena de nulidad del acto en caso contrario, al tratarse de bienes inmuebles, según lo dispone el artículo 563, evitando así cualquier especulación sobre los mismos, pero por lo que respecta a los bienes muebles o preciosos, puede el Juez dispensar tal requisito para su enajenación. Es de considerar que la almoneda pública genera gastos que podrían evitarse en una venta privada. Valdría la pena que el juzgador considerara la posibilidad de dispensar tal disposición por las razones expuestas toda vez que el objeto de la tutela respecto de los bienes del pupilo es, la conservación del patrimonio custodiado, mediante una eficaz administración y que por tal motivo, aplicara la misma facilidad de dispensa del requisito mencionado respecto de los bienes inmuebles también.

Establece el mismo precepto que el tutor no puede vender valores comerciales del pupilo por menor valor del cotizado en plaza el día de la venta y tampoco puede dar fianza en nombre del pupilo. Respecto a la primera creemos que desde luego reponsabilizaría al tutor, más el contrato sería existente y aunque podría estar afectado el acto de nulidad y en atención a la segunda prohibición, estimamos que busca el precepto evitar obligaciones de pago innecesarias al pupilo, en caso de incumplimiento.

En el caso que marca el precepto siguiente, se establecen las condiciones para llevar a cabo una venta necesaria al pupilo si fuese copropietario de un bien, lo que puede resultar gravoso para los demás condueños, situación en donde juega un papel importante, una vez más, la decisión y apreciación judicial.

Por lo que se refiere a los gustos extraordinarios efectuados por el tutor en razón de la tutela, el artículo 565 restringe una vez más la liberalidad del tutor para actuar, al menos por razones de tiempo, aunque suponemos que así se trata de evitar la merma en el patrimonio pupilar.

El caso de transacción de los negocios del pupilo está protegido por la intervención judicial que previene el artículo 566, pues de esta manera se evita un riesgo para los bienes del pupilo, utilizando una aparente transacción para disponer de ellos. Respecto al arbitraje, también contemplado, no lo estimamos necesario pues el Juez es el vigilante de los negocios de la tutela, aunque debería solo resolver conflictos que le fuera reportados por los demás órganos.

Dispone adicionalmente el artículo 568 que cuando la transacción recaiga sobre bienes cuyo valor sea importante, necesita además del consentimiento del curador, que sigue su desempeño más de cerca así como de la intervención judicial mencionada.

Apreciamos justa la disposición relativa al impedimento de que el tutor celebre convenio alguno sobre los bienes del incapacitado para sí o sus parientes, pues se prestaría a especulaciones. Este caso tiene excepciones, como lo dispone el artículo 570, si tal contrato se celebra por razones de coheredad o sociedad del pupilo con las personas mencionadas, en atención al derecho del tanto.

Hemos mencionado en líneas anteriores que cualquier crédito que tuviese el tutor contra el incapaz debía ser inscrito en el inventario, y para hacerlo efectivo establece prudentemente el artículo correspondiente que necesita el tutor hacerlo pasar por el filtro de la conformidad del curador que evita así cualquier ventaja o imprecisión en las cifras de la deuda, pues adicionalmente el Juez deberá aprobar su cobro, es decir, se aprecia que para diversos actos existe siempre un control mancomunado sobre el accionar del tutor, aunque nos parece que el juzgador tiene una más importante misión que comentaremos más adelante.

El tutor, dispone el artículo 572, no puede aceptar a ningún título la cesión de algún derecho contra el incapacitado excepto que adquiriera el mismo por herencia. Encontramos que el precepto se relaciona con la prohibición al tutor para celebrar convenio sobre el interés del pupilo para su provecho así como

también cualquier derecho de este tipo tendría tal condición, si se produjera para los parientes de aquél.

Encontramos una limitación más a la decisión del tutor sobre lo que conviene al patrimonio tutelar cuando el artículo 573 impide al tutor arrendar por más de cinco años un bien inmueble del pupilo, a menos que sea de evidente utilidad para éste. Estimamos que se trata de una consulta excesiva del tutor con los demás órganos de la tutela para cuestiones, a veces, que no pudieran tener mayor relevancia, pues el mismo precepto establece excepciones que podrían en todo caso evaluarse en la presentación de la cuenta anual de la administración.

Una prohibición absoluta la encontramos en la disposición del artículo siguiente en el sentido de que el tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado, impidiendo así el legislador actos demasiado liberales del tutor, pero existen algunas excepciones a la regla pues el pupilo puede hacer donaciones antenuptiales a través de la representación civil tutelar como ya lo dispone el artículo correspondiente.

Una importante facultad del tutor que apoya en la autoridad es la contemplada en el artículo 577 respecto de la obediencia y respeto que debe tener el pupilo hacia su tutor, a semejanza del que deben los hijos a quienes ejercen la patria potestad sobre ellos y toda vez que la tutela es supletoria de aquella.

En materia de prescripciones de las acciones del tutor y del incapacitado por negocios inherentes a la tutela, el artículo 578 consigna que no corre la prescripción mientras dure la tutela, es decir, se suspende la prescripción mientras el tutor se encuentre en ejercicio de su cargo.

Si bien el tutor no tiene derecho a hacer donaciones a nombre de su pupilo, lógicamente si tiene la obligación de admitirlas para incrementar el patrimonio tutelado, así como las herencias o legados dejados al incapacitado, pero a beneficio de inventario, según lo consigna el artículo 579, es decir, que solo se responde de las cargas hasta donde los bienes aceptados o heredados respondan por la obligación.

Cuando un bien del pupilo se vea afectado por las leyes de expropiación por causa de utilidad pública, establece el artículo 580 que no es necesaria la autorización judicial para su aceptación, pues las leyes de expropiación prevalecen sobre el Código comentado, por causas de utilidad pública.

Respecto de la tutela del mayor interdicto ejercida por el cónyuge, la ley preve una garantía para aquél en la cual el artículo 581 dispone que si bien el tutor de este tipo continúa ejerciendo los derechos conyugales, existen modificaciones. Si se requiere de consentimiento del interdicto, la voluntad del mismo será suplida por el Juez con audiencia del curador y si necesita

el incapacitado querellarse de su cónyuge tutor, será representado por un tutor interino nombrado por el Juez, a promoción del curador, quien es responsable de los daños o perjuicios por su omisión pues debe estar alerta de estas situaciones derivado de su función. Creemos que por sus características, el Consejo Local de Tutelas debería tener la misma obligación y sanción.

La disposición que obliga al tutor de su cónyuge interdicto a sujetar un acto de enajenación del patrimonio del pupilo a la audiencia del curador y autorización judicial, la entendemos como protectora del pecunio del incapaz.

Es la idea del legislador, según pensamos, que las reglas de la tutela sobre los menores son más amplias y cuidadosas y serán aplicables a la tutela del interdicto llevada a cabo por persona distinta del cónyuge. Es de considerar que la tutela del interdicto llevada a cabo por sus ascendientes debería gozar de mayor confianza del legislador, pues al cónyuge le otorga la posibilidad de desligarse de su obligación por medio del divorcio, y la tutela que ejercen hijos o padres del incapacitado es vitalicia.

También el legislador preve y dispone que cualquier manejo incorrecto de la tutela respecto de la persona y bienes del incapacitado da lugar a la remoción del tutor a petición o promoción del curador, parientes del incapaz, Consejo Local de

Tutelas y Ministerio Público, lo cual consideramos como previsorio de cualquier abuso sobre el interés del pupilo pues algunas veces el tutor actúa como resultado de la potestad que se le confió sobre persona diversa de un pariente. Es definitiva la intervención del Ministerio Público como representante social para la defensa de los intereses de los menores o incapacitados a nuestro entender.

La retribución a la que tiene derecho el tutor por su gestión señalada en el artículo 585 nos parece una mínima compensación a las grandes responsabilidades que entraña el desempeño del cargo, y se encuentra contemplada en el artículo siguiente en un porcentaje de las rentas líquidas de los bienes del incapacitado; asimismo el artículo 588, abundando sobre este derecho, permite el incremento a tal retribución, siempre que debido a la diligencia de aquél, el patrimonio administrado se vea aumentado. Esto sin perjuicio de la aprobación de las cuentas de la tutela por dos años consecutivos anteriores a dicho incremento que establece como requisito el artículo correspondiente, lo cual consideramos justo.

Señala la ley, en atención a las cuentas de la tutela, que el tutor está obligado a rendirlas detalladamente en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo y que la falta de su presentación en un término de tres meses siguientes a el mencionado, dá origen a su remoción. Asimismo contempla el ordenamiento que cuando

existan causas graves a juicio del curador o criterio del Juez, más aún, y aquí estamos cien por ciento de acuerdo en la participación que concede el legislador al menor, a promoción de éste si ha cumplido dieciséis años, el tutor deberá presentar cuentas en cualquier momento que se le solicite.

Ahora bien, debemos entender por la cuenta de la administración de la tutela no sólo las cantidades en numerario que hubiese recibido el tutor como productos liquidados de sus bienes y la aplicación que les haya dado, sino, en general, todas las operaciones que se hubieren practicado en el desempeño de la misma, debiendo acompañarse de los documentos justificativos lo que hace más objetiva su revisión.

Podemos apreciar en el Capítulo Onceavo que regula las obligaciones anteriormente expuestas que el artículo 593 responsabiliza al tutor de los créditos activos en favor del incapacitado si no fueran hechos efectivos al vencimiento de su plazo y respecto a lo consignado al artículo siguiente, relativo a los derechos reales del incapacitado sobre bienes susceptibles de ser recobrados judicialmente y de los cuales, que el objetivo del legislador es no sólo la conservación del patrimonio del pupilo sino la posibilidad de incrementarlo mediante el ejercicio de derechos presentes y futuros. Es importante mencionar que la omisión del tutor respecto de las acciones mencionadas en nombre del menor da origen a responsabilidades civiles concretas derivadas de su función.

En justicia, encontramos la disposición que permite que al tutor se le abonen los gastos hechos debida y legalmente en su desempeño, aún cuando no haya resultado utilidad al menor si no intervino dolo o negligencia de aquél. También encontramos contemplada justamente, la indemnización a que tiene derecho el tutor de los daños sufridos por causa de su administración de la tutela.

Finalmente dispone el ordenamiento en el Capítulo citado, que como resultado de la importancia de la presentación de la cuenta anualmente, dicha obligación no puede ser dispensada por voluntad del testador, contrato o manifestación del mismo menor de edad de dieciséis años cumplidos por ser contrario a los intereses a proteger.

Está estipulado además que la cuenta debe rendirse en el lugar donde se desempeñe la tutela pues es el lugar de residencia de los demás órganos de la tutela que deben estar atentos a su desarrollo.

El segundo aspecto contemplado en el capítulo comentado, es el de la rendición de la cuenta final, como resultado de la extinción de la tutela y la cual debe ser precedida por la entrega de los bienes dentro del mes siguiente a que tuvo lugar aquella, plazo que por circunstancias especiales puede ser prorrogable por el Juez.

El tutor o en su defecto quien lo represente, tiene la obligación de rendir la cuenta referida y el ordenamiento establece claramente y previniendo que no quede desprotegido el patrimonio del pupilo en ningún momento, que las garantías quedan interpuestas hasta su final aprobación. Dispone el artículo 603 que en caso de muerte del tutor, la obligación de rendir la cuenta final pasa a sus herederos, lo que demuestra una vez más que el interés patrimonial del pupilo parece tener mayor relevancia que el cuidado personal del mismo pupilo.

Entendemos que la rendición de dicha cuenta nace como obligación final del tutor por el hecho de haberse extinguido el vínculo que lo unía al pupilo por las causas contempladas y reguladas en el Capítulo Doceavo como extintivas de la tutela, es decir, por desaparecer el supuesto que le dio origen. En este punto lo entendemos como la mayoría de edad del pupilo, su rehabilitación o que haya entrado de nuevo en la patria potestad por reconocimiento o adopción y, de una forma fatal, que haya tenido verificativo su muerte. Es una aportación del ordenamiento vigente la idea de que la muerte del tutor no extingue la tutela sino que, como lo expresamos anteriormente, sólo da origen a un nuevo nombramiento.

Es importante apuntar que en materia de cuentas de la tutela el tutor que reemplaza en su cargo a otro está obligado a exigir las al primer tutor o sus herederos así como la entrega de

los bienes pues de lo contrario responderá de los daños y perjuicios que por su omisión se sigan al incapacitado según lo dispuesto por los artículos 607 y 609.

La entrega de los bienes, a la que hemos hecho referencia, se encuentra regulada en el Capítulo Decimotercero y en la que se distingue la idea de no supeditarla a ninguna circunstancia, pues ésta debe hacerse de plano en el mes siguiente a que feneció la tutela por alguna de las causas expuestas y deberá llevarse a cabo a expensas del menor o incapacitado a menos que haya intervenido dolo o culpa del tutor para llevarla a efecto y donde dispone justamente el precepto correspondiente que los gastos que se generen deberá cubrirlos.

Señala el artículo 612 que el saldo que resulte en pro o en contra del tutor, como resultado de la rendición de la última cuenta, producirá interés legal y que en el primer caso correrá desde que habiendo entregado los bienes, se haga requerimiento legal para el pago y en el segundo desde la rendición de cuentas dentro de plazo o terminando el mismo. Cabe hacer notar, como ya se mencionó, que durante este procedimiento las garantías quedan vivas pero que si, conforme a lo dispuesto por el artículo 614, la caución se constituyó en una fianza, el convenio que conceda nuevos plazos al tutor, si la cuenta no fue liquidada en tiempo, deberá hacerse saber al fiador, pudiendo permanecer o no obligado hasta su solución final y en caso que no aceptase, la solución deberá ser inmediata, o en su caso,

justamente, deberá el tutor sustituir a su fiador por otro que garantice el cumplimiento de su obligación.

En materia de acciones por hechos relativos a la tutela, consigna el ordenamiento, que las que el incapacitado puede ejercer contra su tutor o sus garantes se extinguen por el lapso de cuatro años computados a partir de que aquél cumpla la mayor edad o haya recibido los bienes y rendición de la cuenta final o bien, desde que haya cesado judicialmente la incapacidad del pupilo, pues como se comentó, la prescripción no corre mientras dure la tutela.

Tanto el curador, como los Jueces de lo Familiar, cuando no cumpla con su encargo serán responsables de los daños y perjuicios que se causen a los incapaces. En cuanto a los Consejos Locales de Tutelas, por ser autoridades administrativas, en caso de incumplimiento están sujetos a las responsabilidades que sus deberes les atribuyen, como se desprende de lo consignado en los Capítulos Decimocuarto y Decimoquinto relativos a estos Organos.

El Capítulo Decimosexto establece a grandes rasgos, que los actos y contratos celebrados por los incapacitados son nulos y que tal nulidad se establece en favor de ellos o sus representantes en vía de acción o excepción y prescriben en los términos contemplados para las acciones personales o reales según su naturaleza con la excepción establecida en el artículo 639 si

el menor que contrato es experto o perito en alguna profesión o arte, lo cual estimamos una rareza. La otra excepción prevista se refiere a los menores que para obligarse hayan presentado certificados falsos del Registro Civil y por lo tanto la ley no establezca la nulidad del acto en su favor.

Veremos a continuación las responsabilidades resultantes del manejo del patrimonio pupilar que resultan a unos órganos de la tutela como causa de su gestión.

2.- La Responsabilidad Civil derivada de la administración de los bienes del pupilo.

Antes de entrar en el desarrollo de este punto es necesario atender las siguientes definiciones y consideraciones generales.

De acuerdo a Savigny, el hecho jurídico es todo acontecimiento natural o del hombre capaz de producir efectos jurídicos.

Hecho jurídico en sentido amplio es todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuirle consecuencias de Derecho.

Existen hechos jurídicos donde interviene la voluntad y otros de la naturaleza que producen efectos y consecuencias de Derecho igualmente.

Los hechos jurídicos en sentido amplio se dividen en hechos jurídicos en sentido estricto y actos jurídicos.

Si el hecho jurídico en sentido estricto no consiste en sucesos de la naturaleza, sino en acciones voluntarias, es llamado delito o cuasidelito.

Desde la antigüedad, el delito fue considerado como fuente las obligaciones, ya que "las acciones del hombre, en tanto que el Derecho subjetivo las considera como hechos jurídicos, dividen en lícitas e ilícitas, según sean conformes o contrarias a los preceptos de aquél". (57)

Conforme a lo expuesto, cuando una conducta es ilícita, se trata, ya sea con el elemento de dolo o de simple culpa, de un delito o de un cuasidelito.

En la vida social, es usual que la conducta de algunas personas afecte intereses ajenos que a veces se traducen en pérdidas causadas por actos y deben ser indemnizadas o reparadas. Es decir, existe una obligación de reparar los daños originados

(57)García Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa S.A. México 1963. pp. 183

por determinada conducta antijurídica, dañosa y culpable, que se denomina hecho ilícito.

Conforme a la disposición del artículo 1830 del Código Civil vigente, hecho ilícito es aquel "contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

El hecho ilícito dá origen a una responsabilidad subjetiva y tiene como elementos la conducta antijurídica, culpable y dañosa.

En el Derecho moderno, se designa a las obligaciones delictuales y cuasidelictuales como obligaciones procedentes de la culpa o negligencia y obligaciones generadas por los hechos ilícitos, respectivamente.

Para el Derecho Mexicano, existen delitos civiles y delitos penales, pero aún cuando la conducta antijurídica infrinja una ley de Derecho Público o Privado, solo nos referiremos a los delitos civiles llamados hechos ilícitos civiles, que dan origen a la obligación denominada responsabilidad civil.

Es necesario examinar el hecho ilícito que engendra este tipo de obligaciones, como fuente de ellas, que se encuentra regulado en el artículo 1910 del ordenamiento civil vigente, y

asi, "el que obrando ilicitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo..."

El hecho ilícito civil genera entonces una responsabilidad civil que podemos definir como "la obligación que corresponde a una persona determinada, de reparar el daño o perjuicio causado a otra, bien por ella misma, por el hecho de las cosas, o por actos de la persona por quien deba responder".(58)

Dicho de otra manera, la responsabilidad civil es el nombre que toma la obligación generada por el hecho ilícito que se traduce en la reparación de los daños y perjuicios.

Existe una responsabilidad civil objetiva y una subjetiva; la primera es una fuente de obligaciones por virtud de la cual, aquél que hace uso de cosas peligrosas, debe reparar los daños que cause aún cuando haya procedido lícitamente; la segunda, que es la que nos ocupa, está basada como teoría, en el estudio de los hechos ilícitos como fuente de las obligaciones. Se fundamenta en un elemento psicológico que es la intención de dañar, como base principal del delito, es decir, obrar con dolo; o bien, no existiendo tal intención, obrar con culpa o negligencia, que es la base de la responsabilidad en los llamados cuasidelitos tanto desde el punto de vista penal como civil.

(58)De Pina, Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. México 1976. pp. 333

En el Derecho Mexicano son elementos de la responsabilidad civil los siguientes, es decir, la comisión de un daño, la culpa y la relación de causa a efecto entre el hecho y el daño.

Es decir, si no existiere un daño en su sentido amplio, que comprende también en perjuicio, o sea, la privación de una ganancia lícita, es evidente que para el Derecho Civil no existiría la responsabilidad.

Dice el maestro Rojina Villegas al respecto del daño, que "el daño debe ser de carácter privado .- En tanto que la responsabilidad penal se funda en un daño causado a la sociedad, la responsabilidad civil solo implica un daño causado exclusivamente a la víctima". (59)

El daño mencionado puede ser patrimonial o moral, pero conforme a la disposición del artículo 1916 del Código Civil vigente, el segundo no puede existir si no existiese el primero.

Además del daño debe haber la culpa, es decir, que el daño sea consecuencia directa del hecho ilícito, o culpa del autor del mismo, lo que le da un aspecto subjetivo.

(59) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de la Obligaciones. Antigua Librería Robredo. México 1962. pp 296

La Teoría de la Culpa o Teoría Subjetiva de la Responsabilidad está basada en este elemento psicológico, es decir, la intención de dañar como base del delito y la culpa por negligencia o base de los cuasidelitos.

Desde luego, también tiene que existir una causalidad, pues "para que pueda determinarse la responsabilidad civil a cargo de un cierto sujeto, es necesario que no solo sea culpable del daño, sino además causante del mismo".(60) Es decir, que además de ser culpable de un ilícito, éste sea el causante del daño.

Atendiendo al elemento del hecho ilícito llamado antijuricidad, existe una responsabilidad civil extracontractual y una responsabilidad civil contractual. "Se dice que hay responsabilidad civil extracontractual cuando el carácter de la norma transgredida (el tipo de antijuricidad dado) es una norma de observancia general".(61) Esto es, que el origen de la responsabilidad civil como obligación es la violación de una ley y no de un contrato en particular.

Pero cuando la violación es de una norma o cláusula particular del Derecho Privado, se trata de una responsabilidad

(60)Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. pp 308

(61)Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Harla. México 1980. pp. 223 y 224

contractual ya sea del contrato o de cualquier otro acto jurídico de Derecho Privado.

Existen pues, hechos ilícitos civiles contra el interés de los particulares que dan origen a una obligación llamada responsabilidad civil cuya sanción es la reparación del daño y el perjuicio y por otro lado, hechos ilícitos o antijurídicos penales que violan una ley penal y cuya sanción la impone en Estado que se traduce en una pena pecuniaria o corporal.

En resumen, la responsabilidad penal se traduce en un castigo y la responsabilidad civil comprende una reparación económica al afectado.

Es importante apuntar que hay hechos ilícitos que implican una violación de intereses penales y civiles como por ejemplo, el daño en propiedad ajena, que lo reprime el Estado por medio de la acción penal ejercida por el Ministerio Público y que se traduce en un castigo, pero trae aparejada la reparación civil del daño causado que también le debe ser impuesta por el Estado pero es necesario tramitarlo como un incidente dentro del mismo proceso penal en el cual la víctima puede ejercer la acción civil.

Expuestas las anteriores consideraciones, trataremos de determinar la responsabilidad civil derivada del manejo o administración de los bienes del pupilo.

Dentro de las obligaciones consignadas al tutor en el desempeño de la tutela del Capítulo Décimo, Título Noveno del Código Civil vigente, encontramos en el artículo 537, fracción IV, que el tutor está obligado a administrar el patrimonio del pupilo.

Toda vez que su función es resultado del vínculo jurídico que existe entre él y el pupilo por virtud de una declaración judicial, cualquier hecho ilícito del tutor del tutor que reúna los elementos citados y transgreda los preceptos comprendidos como deberes jurídicos para los tutores respecto de la relación con sus pupilos, da origen a una responsabilidad civil que lo conmina a reparar los daños y perjuicios causados, en los términos de los artículos 2104 y siguientes, pues estimamos que la responsabilidad civil a que se hace acreedor un tutor al cometer un hecho ilícito en general, es una responsabilidad subjetiva, pues viola un Derecho subjetivo privado y contractual, dado que transgrede normas particulares de observancia solo para él en su calidad de tutor.

Es prudente decir que la responsabilidad civil alcanza al curador, quien es la persona que debe ejercer la acción de exigir la reparación del daño causado por la conducta del tutor contra su pupilo, derivada de su incumplimiento, ya que así se encuentra regulado en los términos del artículo 626 del Código en cuestión, en el Capítulo Decimocuarto, del mismo Título, en su

fraccion I. Y toda vez que expresamente el articulo siguiente lo consigna solidario en dicha responsabilidad si no cumple con las obligaciones para él establecidas en ese sentido.

Cuando las obligaciones señaladas para el tutor comprenden las de hacer como las que se refieren a administrar el caudal del incapacitado, hacer inventario de los bienes, fijar las cantidades de los gastos necesarios a la tutela y sueldos, invertir los sobrantes de la misma, consultar con el Juez de lo Familiar aquellas cuestiones que necesiten su aprobacion, admitir donaciones y herencias. así como la entrega de las cuentas periódicamente a las que se refiere el Capitulo Doceavo del mismo Titulo, no son observadas, el Juez determinará el daño causado en el patrimonio del pupilo así como el perjuicio derivado de la negligencia de su tutor que impide al pupilo a su cargo hacerse de una ganancia lícita.

Lo anterior encuentra su fundamento en las disposiciones del Capitulo I, Titulo IV, Libro Cuarto, relativas al incumplimiento de las obligaciones, en los términos de los artículos 2104 y siguientes que establecen la responsabilidad en los daños y perjuicios del que no cumpliera sus obligaciones que resultan aplicables al tutor pues se refieren a las obligaciones a plazo, de dar, de no hacer y, en estas últimas, se encuentran un sinnúmero de restricciones y prohibiciones al tutor en el desempeño de su función relativas a los actos de dominio sobre los bienes del pupilo.

La forma de responder del tutor como autor del ilícito en perjuicio de los bienes del pupilo, será la de reparar los daños y perjuicios causados a éste.

Se puede hacer por medio de la indemnización en los siguientes términos, esto es, mediante el restablecimiento de la cosa a su estado original, en caso de no ser posible, en el pago de dinero de un equivalente a los intereses afectados.

Para esta segunda forma es necesario que el Juez haga mediante peritos, una estimación legal del bien afectado.

Además, puede haber una indemnización compensatoria cuando el denuerito o la pérdida de un bien es definitiva, esto es, cuando el tutor enajena un bien inmueble del menor sin necesidad, o un bien mueble precioso fuera de almoneda, sin evidente utilidad para su tutelado. O bien, cuando el tutor no acepte una donación, legado o herencia en beneficio del pupilo.

Existe también la indemnización moratoria que se refiere al incumplimiento de las obligaciones a plazo. Tal es el caso del tutor que no hace las imposiciones de los dineros sobrantes de la tutela en los términos de los artículos 557 y siguientes del Código Civil vigente o cuando incumple su obligación de presentar las cuentas de la misma en el mes de

Enero de cada año. En este punto encontramos una responsabilidad civil solidaria con el curador obligado a revisarlas.

El principio de la indemnización se encuentra fundado en el artículo 1915 del ordenamiento en cuestión y lo reiteran los artículos 2017, 2112, 2114 y 2115 que procuran la integral satisfacción de la víctima del ilícito, en este caso el pupilo, de un daño económico.

A nuestro juicio, es interesante observar que existe un principio de reciprocidad en materia de responsabilidad civil, que encontramos contemplado en el artículo 599 del ordenamiento citado que establece que el tutor también debe ser indemnizado de los daños sufridos por causa de la tutela, cuando no haya intervenido culpa o negligencia de éste, a arbitrio del Juez.

No debemos dejar de apuntar que existen excluyentes de responsabilidad civil y se refieren a que no hay indemnización cuando existe cláusula expresa de no responsabilidad que se aplicaría a los contratos y no así a la tutela.

Una excluyente más existe cuando hay culpa grave de la víctima como se encuentra fundado en las disposiciones de los artículos 1910 y 1913 del Código en cuestión, y por último, el caso fortuito o fuerza mayor conforme al artículo 2111 que establece que "nadie está obligado al caso fortuito sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente

esa responsabilidad, o cuando la ley se la impone". Lo que quiere decir, que si no hubo negligencia por parte del tutor, no está obligado a la reparación del daño en este último caso.

Por último, queremos agregar que el Código Civil Mexicano, regula por separado la responsabilidad extracontractual con la reglamentación de los hechos ilícitos en sus artículos 1910 y siguientes y regula la contractual cuando trata el incumplimiento de las obligaciones en los artículos 2104 y siguientes; pero aunque la primera tiene su origen en un delito en que aparece el dolo o un cuasidelito en el cual no se ha querido el daño pero existe culpa, ambas se traducen en la reparación del mismo pues, "si alguien viola la ley culpablemente y causa daño a otro, deberá por ese hecho ilícito reparar el daño causado. De la misma manera, si un contratante quebranta un contrato u otro acto jurídico por el concertado o causa daños a su co-contratante, quedará también obligado a resarcirlos. Por añadidura, el término responsabilidad civil contractual es desafortunado, porque toda responsabilidad es extracontractual porque no nace del contrato. La mal llamada contractual proviene de la violación u otra norma jurídica particular, violación que constituye una acción antijurídica, culpable y dañosa, esto es un hecho ilícito". (62)

(62) Bejarano S. Manuel. Ob. Cit. pp 225

3.- Reformas.

En materia de tutela el Código Civil vigente tuvo su primera reforma, desde su expedición y entrada en vigor en 1954, y no fue sino hasta 1970 cuando algunas disposiciones más fueron reformadas, siendo sus últimas modificaciones hasta el año de 1974; lo cual quiere decir que en dieciséis años la institución de la tutela no ha tenido variaciones hasta nuestros días.

Visto lo anterior, a continuación haremos la comparación del contenido correspondiente del código en cuestión, partiendo en primer lugar del texto original seguido de su respectiva reforma.

ARTICULO 451.- "Los menores de edad emancipados tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo del Capítulo I del Título Décimo de este libro".

Diario Oficial de la Federación. 28-I-1970.- "Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio..."

ARTICULO 454.- " La tutela se desempeñará por el tutor con la intervención del curador, del juez pupilar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos en éste código".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971.- "La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar..."

ARTICULO 459.- "No pueden ser nombrados tutores o curadores las personas que desempeñen el Juzgado Pupilar y las que integren los Consejos Locales de Tutelas; ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta, sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971.- "No pueden ser nombrados tutores o curadores las personas que desempeñen el Juzgado de lo Familiar..."

ARTICULO 460.- "Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su executor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar, dentro de ocho días, a fin de que se provea a la tutela, bajo la pena de veinticinco a cien pesos de multa.

Los Oficiales del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen la obligación de dar aviso a los jueces pupilares de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su executor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con

quienes haya vivido está obligados a dar parte del fallecimiento al Juez de lo Familiar..."

Diario Oficial de la Federación. 14-III-1973. "Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar..."

Los Jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen la obligación de dar aviso a los jueces pupilares..."

Como puede observarse, esta última reforma establece nuevamente al juez pupilar y no al Juez de lo Familiar como lo estableció la reforma anterior, quedando casi el texto semejante al original de no ser que consigna a los jueces del Registro Civil como tales y no como oficiales.

ARTICULO 468.- "El juez pupilar del domicilio del incapacitado, y si no lo hubiere, el juez menor, cuidará provisionalmente de la persona y bienes del incapacitado, hasta que se nombre tutor".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "El Juez de lo Familiar..."

ARTICULO 489.- "El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son de derecho tutores de sus hijos, solteros o

viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela".

Diario Oficial de la Federación. 09-I-1954. "Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quien de los dos ejercerá el cargo".

ARTICULO 490.- "A falta de tutor testamentario y persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: el abuelo paterno, el materno, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 483; observándose en su caso, lo que dispone el artículo 484".

Diario Oficial de la Federación.- 31-XII-1974. "A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos..."

ARTICULO 496.- "El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El juez pupilar consignará la designación si no tiene justa causa para reprobársela. Para reprobársela las ulteriores designaciones que haga el menor, el juez oírá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento hecho por el menor, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años. El Juez de lo Familiar..."

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

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el Juez de lo Familiar..."

ARTICULO 500.- "A los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el juez pupilar.

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "A los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, se les nombrará tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación que corresponda a

su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, y aún de oficio por el Juez de lo Familiar".

ARTICULO 501.- (Párrafo último; el párrafo primero es igual al vigente) "Los jueces populares nombrarán de entre las persona mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que éste cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas que deben formar los Consejos Locales de Tutelas, conforme a lo dispuesto en el Capítulo XV de este Título, cuando estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trata".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "Los Jueces de lo Familiar..."

ARTICULO 511.- "Pueden excusarse de ser tutores:

- I.- Los empleados o funcionarios públicos;
- II.- Los militares en servicio activo;
- III.- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
- IV.- Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- V.- Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza o ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela;
- VI.- Los que tengan sesenta años cumplidos;

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

VIII.- Las mujeres, cuando por su falta de ilustración, por su inexperiencia en los negocios, por su timidez o por otra causa grave a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela".

Diario Oficial de la Federación. 17-I-1970. "... VIII.- Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela..."

ARTICULO 522.- "La garantía que presten los tutores no impedirá que el juez pupilar, a moción del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los parientes próximos del incapacitado o de éste si ha cumplido dieciséis años, dicte las providencias que se estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "La garantía que presten los tutores no impedirá que el Juez de lo Familiar..."

ARTICULO 540.- El tutor destinará al menor a la carrera u oficio que éste elija, según sus circunstancias. Si el tutor infringe esta disposición, puede el menor, por conducto del curador, del Consejo Local de Tutelas o por sí mismo, ponerlo en conocimiento del juez pupilar, para que dicte las medidas convenientes".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. El Tutor destinará al menor a la carrera u oficio que este elija, según sus circunstancias. Si el tutor infringe esta disposición, puede el menor, por conducto del curador, del Consejo Local de Tutelas o por sí mismo, ponerlo en conocimiento del Juez de lo Familiar..."

ARTICULO 544.- "Si los pupilos indigentes no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos, o si teniéndolas no pudieren hacerlo, el tutor, con autorización del juez pupilar, quien oirá el parecer del curador y del Consejo Local de Tutelas, pondrá al pupilo en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse. Si ni eso fuere posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo. No por esto el tutor queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando al menor, a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "Si los pupilos indigentes no tienen personas que estén obligadas a alimentarlos o si teniéndolas no pudieren hacerlo, el tutor, con autorización del Juez de lo Familiar..."

ARTICULO 545.- "Los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los

dos artículos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal o de los territorios federales, según el lugar donde estén domiciliados; pero si llega a tener conocimiento de que existan parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimento, el Ministerio Público deducirá la acción correspondiente para que se reembolse al gobierno de los gastos que hubiere hecho en cumplimiento de lo dispuesto por este artículo".

Diario Oficial de la Federación. 23-XII-1974. "Los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los dos artículos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal;..."

ARTICULO 546.- "El tutor de los incapacitados a que se refiere la fracción II del artículo 537, está obligado a presentar al juez pupilar, en el mes de enero de cada año, un certificado de dos facultativos que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción, a quien para este efecto reconocerán en presencia del curador. El juez se cerciorará del estado que guarda el incapacitado y tomará todas las medidas que estime convenientes para mejorar su condición".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "El tutor de los incapacitados a que se refiere la fracción II del artículo 537, esta obligado a presentar al Juez de lo Familiar..."

ARTICULO 569.- "Ni con licencia judicial ni en almoneda o fuera de ella, puede el tutor comprar o arrendar los bienes del

incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para si, sus ascendientes, su mujer, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva".

Diario Oficial de la Federación. 31-XII-1974. "Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para si, sus ascendientes, su mujer o marido..."

ARTICULO 581.- "Cuando sea tutor el marido, continuará ejerciendo respecto de su mujer incapacitada, los derechos conyugales, con las siguientes modificaciones:

I.- En los casos en que conforme a derecho fuere necesario el consentimiento de la mujer, se suplirá éste por el juez, con audiencia del curador;

II.- La mujer, en los casos en que pueda quereliarse de su marido, o demandarlo para asegurar sus derechos violados o amenazados, será representada por un tutor interino que el juez nombrará. Es obligación del curador promover este nombramiento, y si no lo cumple será responsable de los perjuicios que se sigan al incapacitado. También podrá promover ese nombramiento el Consejo Local de Tutelas".

Diario Oficial de la Federación. 31-XII-1974. "Cuando el tutor de un incapaz sea el conyuge continuará ejerciendo los derechos conyugales con las siguientes modificaciones:

I.- En los casos en que conforme a derecho se requiere del consentimiento del cónyuge, se suplirá éste por el juez con audiencia del curador;

II.- En los casos en que el cónyuge incapaz pueda querrellarse del otro, denunciarlo o demandarlo..."

ARTICULO 562.- "Cuando la tutela del incapacitado recayere en su mujer, ejercerá ésta la autoridad de aquel; pero no podrá gravar ni enajenar los bienes del marido que sean de la clase a que se refiere el artículo 568, sin previa audiencia del curador y autorización judicial, que se concederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 561".

Diario Oficial de la Federación. 31-XII-1974. "Cuando la tutela del incapaz recaiga en el cónyuge, solo podrá gravar o enajenar los bienes mencionados en el artículo 568, previa audiencia del curador..."

ARTICULO 624.- "Designarán por sí mismos al curador con aprobación judicial:

I.- (Igual al vigente)

II.- Los menores de edad emancipados, en el caso previsto en la fracción tercera del artículo 643".

Diario Oficial de la Federación. 28-I-1970. "Designarán por sí mismos al curador, con aprobación judicial:

I.- Los comprendidos en el artículo 496, observándose lo que allí se dispone respecto de esos nombramientos;

II.- Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio..."

ARTICULO 631.- "En cada Municipalidad habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto por un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por los respectivos ayuntamientos en la primera sesión que celebren en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramiento recaigan en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida".

Diario Oficial de la Federación. 14-III-1973. "En cada Delegación o Municipalidad habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto de un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los delegados o presidentes municipales, según el caso..."

Diario Oficial de la Federación. 23-XII-1974. "En cada Delegación habrá un Consejo Local de Tutelas compuesto por un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los Delegados, según el caso, en el mes de enero de cada año, procurando que los nombramientos recaigan en personas que sean de notorias buenas costumbres y que tengan interés en proteger a la infancia desvalida.

Los miembros del Consejo no cesarán en sus funciones aún cuando hayan transcurrido el término para el fueron nombrados

hasta que tomen posesion las personas que hayan sido designadas para el siguiente periodo".

ARTICULO 632.- "El Consejo Local de Tutelas es un Organó de vigilancia y de informacion, que, ademas de las funciones que expresamente le asignan varios de los articulos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

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

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

III.- Avisar al juez pupilar 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 pupilar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos;

Las fracciones V y VI no fueron modificadas.

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971.

"...I.-Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar...;

II.- Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educacion de los menores; dando aviso al Juez de lo Familiar...;

III.- Avisar al Juez de lo Familiar...;

IV.- Investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar..."

ARTICULO 633.- "Los jueces pupilares son las autoridades encargadas de intervenir exclusivamente en los asuntos relativos a la tutela. Ejerceran una supervigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "Los Jueces de lo Familiar..."

ARTICULO 634.- "Mientras que se nombra tutor, el juez pupilar debe dictar las medidas necesarias para que el incapaz no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses".

Diario Oficial de la Federación. 24-III-1971. "Mientras que se nombra tutor, el Juez de lo Familiar..."

Como se desprende del texto original y actualizado de los artículos que regulan la institución de la tutela, algunas de las reformas que han tenido lugar se refieren a cambios en la denominación de las autoridades judiciales que intervienen en el desempeño de la misma, como es el caso de los artículos 454, 459, 460, 468, 496, 497, 500, 501, 522, 540, 544, 546, 632, 633, y 634, los cuales se refieren ahora al Juez de lo Familiar en vez del juez pupilar, como la autoridad que intervendrá exclusivamente en los negocios y desarrollo de la tutela, cuya

competencia esta determinada en la Ley Organica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, artículo 58, el cual faculta a dicho juzgador para conocer de los juicios contenciosos relativos al estado de interdicción y la tutela, además de los negocios de jurisdicción voluntaria relacionados con el Derecho de Familia.

También hubo cambios en el nombre de autoridades administrativas como es el caso del antiguo Oficial del Registro Civil y que actualmente se denomina Juez, aunque personalmente pensamos que no estuvo bien la reforma, pues la citada autoridad no dirime controversias propiamente y solo certifica los actos civiles de las personas.

Por otro lado el artículo 451 agregó en su reforma que los menores de edad emancipados "por razón del matrimonio", tienen incapacidad legal para algunos actos, por la razón de que anteriormente los hijos podían ser emancipados por los padres y toda vez que la mencionada es la única causa de emancipación subsistente en nuestras leyes, a eso obedeció la reforma. Por el mismo motivo, se reformó el artículo 624.

Existen otros motivos de reformas del articulado en cuestión como son los casos de los artículos 489 y 490, los cuales consignan a los padres como tutores de los hijos interdictos sin distinguir entre hombre y mujer, es decir, que ante la ley ambos tienen la misma obligación; el segundo artículo

citado se refiere genéricamente a los abuelos en igualdad de circunstancias conforme al criterio moderno y como resultado de la equidad jurídica conseguida por las mujeres a raíz de su movimiento de liberación femenina de los años setentas.

De igual forma las mujeres fueron excluidas del texto del artículo 511 como inhábiles para el desempeño del cargo de tutor.

Cabe mencionar la omisión del artículo 489 reformado, de la palabra "no", que consideramos un error simple y que es importante cuando se refiere a la obligación de los padres de ser tutores de sus hijos interdictos y éstos tienen hijos mayores que pueden hacerse cargo de sus tutela.

Asimismo encontramos, que la reforma al artículo 569 otorga la igualdad en las obligaciones mencionadas al hombre y la mujer, así como el artículo 581 concede derechos a ambos cónyuges para querellarse el uno del otro. Igualmente la reforma al artículo 582 no distingue entre sexos como lo hizo el texto original.

Se puede observar de la reforma al artículo 631, la indicación de un cambio en las autoridades que organizan al Consejo Local de Tutelas en el presente y que anteriormente atendían las autoridades municipales y del ayuntamiento, hasta la reforma apuntada que delegó tales funciones para la constitución

y funcionamiento de aquél a las autoridades de las delegaciones políticas del Distrito Federal, por una diferente organización de la Federación, y para efectos del nombramiento del presidente del Consejo, como figura principal, en el Jefe del Departamento del Distrito Federal. Lo importante de la segunda reforma asentada, fue la adición del último párrafo que edita que el Consejo quede acéfalo pues obliga al presidente en funciones a prolongarse por más del año para el que fue nombrado hasta que sea relevado. No olvidemos que esta en cuestión la existencia real del citado organismo para el cual se a legislado con tanto atino, en la vida jurídica.

Estas fueron las únicas reformas en materia de tutela y no tienen mayor relevancia que la comentada, toda vez que las diferencias son de forma y no de fondo.

4.- Jurisprudencia en materia de tutela.

Conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha conformado la siguiente jurisprudencia:
"FILIACION, RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES EXTEMPORANEO Y SIN LA INTERVENCION DEL TUTOR"

El reconocimiento de hijos naturales que se haga presentándolos al Registro Civil fuera del término que la ley señala, no tiene en nuestras leyes la sanción de que se considere

nulo el acto mismo de la presentación, y ni siquiera que pueda considerársele como anulable, pues la sanción señalada de manera expresa por la ley consiste en la imposición de una multa a quienes no cumplen con la obligación de llenar esa formalidad legal en tiempo oportuno: tampoco es motivo para considerar nulo o anulable el acto de la presentación, el hecho de que el menor tenga el carácter de hijo natural por no ser casados sus padres y no haber intervenido su tutor, porque el consentimiento del tutor se ha establecido en beneficio del menor y no en su perjuicio, por lo que de no estar satisfechos esos requisitos legales, no se sigue que el menor deba perder los derechos que derivan de su reconocimiento y solo corresponde a éste impugnarlo, si le perjudicare.

Esta tesis apareció publicada con el número 154, en el apéndice 1917-1985, cuarta parte, página 487. (63)

Se desprende de lo anterior que el reconocimiento mencionado no puede ser impugnado por nadie y menos por el tutor ya que solo da origen a la extinción de la tutela conforme a lo dispuesto por el artículo 606, fracción segunda, Capítulo Doceavo del Título Noveno en la Legislación Civil vigente, con las consiguientes obligaciones del tutor relativas a la entrega de los bienes en el término señalado y la rendición de la cuenta

(63) Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 2a. parte. Salas y Tesis Comunes. vol. III. México 1989

final a los que ejercen la patria potestad para los casos como este que la Corte ha capturado.

En materia de tutela éste ha sido el criterio que se produjo por las cinco resoluciones a amparos directos en el mismo sentido que se enumeran a continuación:

Quinta Epoca:

Tomo CXIX, Pág. 357. A.D. 1482/53.- Rodolfo Arias Medrano.- 5 votos.

Sexta Epoca, Cuarta Parte:

Vol. IV Pág. 167 A.D. 878/53.- Juan Barreto Méndez.- 5 votos.

Vol. XVIII, Pág. 49. A.D. 4914/57.- Jesús Contreras Vda. de Toleda.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. LI, Pág. 94. A.D. 764/60 .- Rosaura Coronado Vda. de Márquez.- Unanimidad de 4 votos.

Vol. LIII, Pág. 9. A.D. 3789/60 .- Juan Estrada Reyes.- Unanimidad de 4 votos.

Es curioso observar que las controversias en materia de tutela que han llegado a nuestro máximo tribunal solo han formado precedentes mas no han conformado las suficientes resoluciones para que la tercera sala haga jurisprudencia.

CONCLUSIONES

1.- Conforme a la estructura actual de la tutela, existe duplicidad de funciones en los órganos que la integran en los respecta a la vigilancia sobre los actos del tutor.

2.- La tutela testamentaria opera como excluyente del ejercicio de la patria potestad, temporal o definitivamente, pero no existe disposición expresa en el Capítulo relativo a la patria potestad que contemple esta situación, como si existe en el Capítulo relativo a la tutela referida.

3.- La tutela legítima es la forma de delación más usual pues siempre alguno de los parientes se interesa por la protección del incapaz en cuestión, aunque no se atiende el orden de prelación que establece el Código Civil vigente.

4.- En la realidad, existen más tutelas de hecho sin registro, basadas en la buena fe de las personas que acogen a un expósito.

5.- Es preocupante la suerte que corren los pupilos indigentes mayores y menores de edad pues las instituciones dependientes del DIF o la Secretaría de Salud, no cuentan con los recursos para la atención especializada de estas personas, sobre todo tratándose de mayores de edad con alguna incapacidad no grave y que pueda rehabilitarse.

6.- La tutela dativa sobre pupilos indigentes es inoperante, pues la suerte que corren aquellos incapacitados sin recursos es el confinamiento a instituciones de beneficencia pública al no tener pariente alguno que atienda su tutela o tutor testamentario, ya que en la práctica, las personas que aparecen en las listas no atienden una tutela en la cual no haya bienes que administrar y retribución que cobrar.

7.- Las cargas al tutor son excesivas, así como sus responsabilidades, respecto de la atención de la persona y bienes del pupilo.

8.- Existe una falta de participación de las autoridades administrativas en el desempeño de la tutela, lo que desatiende su carácter de institución mixta.

9.- El Juez de lo Familiar ejerce labores de vigilante de la tutela que no le corresponden, dada su alta responsabilidad judicial en materia familiar.

PROPOSICIONES

1.- Es necesaria una reestructuración de la tutela en cuanto a la función de sus órganos, permitiendo al tutor solamente hacerse cargo de la persona del pupilo y el curador atender la

administración de sus bienes, mediante las reformas a los artículos correspondientes de los Capítulos Décimo y Decimocuarto del Título Noveno respectivamente.

2.- Que el capítulo relativo a la tutela testamentaria sea reforzado con las disposiciones necesarias al Capítulo Tercero, Título Octavo, relativo a los modos de acabarse la patria potestad, con la inclusión de una fracción adicional al artículo 443, estableciendo que ésta se acabe para los ascendientes de ulteriores grados, es decir los abuelos, por el nombramiento de tutor testamentario definitivo hecho por el progenitor sobreviviente, sin perjuicio de la calificación que el Juez pueda hacer de este nombramiento.

3.- Estimamos que debe darse preponderancia a la tutela legítima toda vez que es la más humana, para lo cual sugerimos que el artículo respectivo, relativo al orden de los parientes que deben atender el llamado de esta clase de tutela, cuando se trate de menores, sea suprimido, con el objeto de darle una mayor importancia a la discrecionalidad del Juez al aplicar su criterio para conferir la tutela a cualquier pariente con un interés espontáneo nacido del afecto para atender la tutela o curatela de su pariente menor de edad.

4.- Es necesaria una revisión del capítulo relativo a la tutela legítima de los pupilos indigentes, para la modificación de los artículos 500 y siguientes, cuando se trata de pupilos en estas

circunstancias, los cuales finalmente son confinados a instituciones de beneficencia que deberían gozar de un presupuesto mayor por parte del Estado para la atención de los mismos.

5.- Estimamos necesario revisar la aplicación y observancia de las obligaciones consignadas al Consejo Local de Tutelas con el objeto de que realicen sus funciones de una manera real, así como también es necesario modificar los artículos respectivos del Capítulo Decimoquinto relativos a dichas funciones, agregándoles las de vigilancia de las actividades propuestas para tutor y curador durante todo el desempeño de la tutela, incluyendo la revisión de las cuentas de la misma, así como solicitar la intervención judicial a que está obligado solo en los casos que necesiten de la intervención del juzgador, como funcionario judicial que es.

4.- Es necesario, en relación con el punto anterior, que se reivindique al Juez en su misión de juzgador de las controversias de lo familiar, así como su intervención en las declaraciones de estado de interdicción y del nombramiento de tutor, mas para estos fines se hace necesario modificar los artículos correspondientes con el fin de impedir que siga haciendo labores de vigilante del desempeño de la tutela, que a nuestro juicio y como se expuso, solo deberían corresponder al Consejo Local de Tutelas.

BIBLIOGRAFIA

- ABATA, JOSE Enciclopedia Juridica Omeba.
Tomo V. Bibliografica Omeba.
Buenos Aires 1968.
- ARIAS, J. Y ARIAS , B. J. Derecho Romano. Tomo II 17a.
Edición. Ed. Revista de
Derecho Privado. Madrid 1984.
- BARROS E., ALFREDO Curso de Derecho Civil.
Primera parte. 4a. Edición.
Vol. IV. Ed. Nascimento.
Santiago, Chile 1931.
- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL Obligaciones Civiles. Ira
Edición Col. Textos Juridicos
Universitarios. Harla. México
1980.
- BONFANTE, PEDRO Instituciones de Derecho
Romano. Traducción de la
8a. Edición por L. Bacci y
A. Larrosa. Quinta Edición.
Instituto Editorial Reus.
Madrid 1979.
- CARBONNIER, JEAN Derecho Civil. Traducción de
la Ira. Edición por Zorrilla
Ruiz. Tomo I. Vol. II. Ed.
Bosch. Barcelona 1961.
- CAPITANT. HENRI. Vocabulario Juridico.
Traducción de la Ira. Edición
por A.H.G. Ira. Edición.
Editorial de Palma. Buenos
Aires 1961.
- CASTAN T., JOSE Derecho Civil Español, Común y
Foral. 6a. Edición. Tomo IV
Instituto Editorial Reus.
Madrid 1944.

- CHAVEZ A., MANUEL
La Familia en el Derecho.
Relaciones Jurídicas Paterno
Filiales. 1ra. Edición.
Editorial Porrúa S.A. México
1987.
- DE IBARROLA, ANTONIO
Derecho de Familia. 3ra.
Edición. Editorial Porrúa S.A.
México 1984.
- DE PINA, RAFAEL
Diccionario de Derecho. 5a.
Edición Editorial Porrúa.
México 1976.
- DE RUGGIERO, ROBERTO
Instituciones de Derecho
Civil. Traducción de la 4a.
Edición Italiana por R.
Serrano y J. Santacruz. Vol.
II. Editorial Reus S.A. Madrid
1930.
- DIEZ-PICAZO, LUIS y
GULLON, ANTONIO
Instituciones de Derecho
Civil. Vol II.
Editorial Tecnos. Madrid 1974.
- GALINDO G., IGNACIO
Derecho Civil. 3ra. Edición
Editorial Porrúa S.A. México
1980.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO
Introducción al Estudio del
Derecho. 11a. Edición.
Editorial Porrúa, S.A. México
1963.
- GOMEZ R., HECTOR
Enciclopedia Jurídica Omeba.
Tomo XXVI. Bibliográfica
Omeba. Buenos Aires 1968.
- LEHMANN, HEINRICH
Derecho de Familia. Vol IV.
Traducción de la 2da. Edición
Alemana por José María Navas.
Editorial Revista de Derecho
Privado. Madrid 1953.

- MAGALLON I., JORGE M. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. 1ra. Edición Editorial Porrúa S.A. México 1988.
- MAZEAUD. HENRI, LEON Y JEAN Lecciones de Derecho Civil. Parte Primera. Vol. IV. Traducción de Alcalá-Zamora y C. 1ra. Edición. Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1959.
- MESSINEO, FRANCESCO Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Sentis M. Tomo III. 8a. Edición E.J.E.A. Buenos Aires 1954.
- MONTERO D., SARA Derecho de Familia. 2da. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1985.
- PETIT, EUGENE Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducción de la 9a. Edición Francesa por J. Fernández G. Editorial Saturnino Calleja, S.A. Madrid 1924.
- RIPERT, GEORGES y BOULANGER, JEAN Tratado de Derecho Civil. Según el tratado de Planiol. Tomo III. Vol. II. 1ra. Edición. La ley. Buenos Aires 1946.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL Compendio de Derecho Civil III. Teoría General de las Obligaciones. 1ra. Edición. Antigua Librería Robredo. México 1962
- ROTONDI, MARIO Instituciones de Derecho Privado. Traducción por F. Villavicencio. Ed. Labor S.A. Barcelona 1953.

TRABUCCHI, ALBERTO
Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la 15a. Edición Italiana por Martínez C. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1967.

VENTURA S., SABINO
Derecho Romano. 3a. Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1975.

REVISTAS

ALVAREZ A., RICARDO
"Representación del incapaz presunto" Revista de Derecho Privado. Año XXXV. No. 416. Madrid. Noviembre de 1951.

BELMONT Y MORA, JOSE DE
"La Tutela". Anuario de la Escuela Judicial. Vol XI. Madrid 1974.

CAMPDS H., MANUEL
"El tutor de hecho y sus posibles consecuencias". Revista de Derecho Privado. Año IX. No. 4. Madrid, Oct. Nov. y Dic. de 1953.

LETE DEL RIO, JOSE
"Pasado y presente de la guarda de los menores o incapacitados". Tutela. Documentación Jurídica. Tomo XI. No. 41. Ministerio de Justicia. Madrid 1984.

PEREZ L., JOSE
"La tutela materna en el Derecho Romano". Información Jurídica No. 66. Ministerio de Justicia. Madrid 1948.

VARGAS, MA. EUGENIA

"Representación de menores e incapaces". Revista del Colegio de Abogados. Tomo XVII. No. 1. Costa Rica 1961.

LEGISLACION

Código Civil del Estado de Oaxaca de 1827.
Código Civil del Imperio Mexicano de 1866.
Código Civil del Estado de Veracruz de 1868.
Código Civil del Estado de México de 1870.
Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
Ley sobre relaciones familiares de 1917.
Código Civil para el Distrito Federal de 1920-32 vigente en su octava edición.
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1931-1932 vigente en su 5a. Edición.
Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 2da. Parte. Salas y Tesis Comunes. Volumen III. México 1989.