

11-9/78
255.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

"DEFICIENCIA DE LA TUTELA EN
LA PROTECCION DEL CONYUGE
INTERDICTO"

T E S I S
Q U E P R E S E N T A
P A R A O B T E N E R E L T I T U L O D E:
L I C E N C I A D O E N D E R E C H O
D A V I D H E R N A N D E Z R O J A S

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

San Juan de Aragón, Edo. de México 1992



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	PAG.
Introducción.....	1
CAPITULO I	
ANTECEDENTES HISTORICOS	
A. Derecho Romano.....	3
B. Derecho Germánico	15
C. Derecho Francés	18
D. Derecho Español	20
CAPITULO II	
EVOLUCION DE LA TUTELA EN EL DERECHO MEXICANO	
A. Código Civil de 1870	31
B. Código Civil de 1884	39
C. Ley de Relaciones Familiares de 1917	42
D. Código Civil de 1928	44
CAPITULO III	
DE LA PATRIA POTESTAD	
A. Concepto de Patria Potestad	47
B. Quienes Ejercen la Patria Potestad	53
C. Quienes estan sujetos a la Patria Potestad	54
D. Efectos de la Patria Potestad	54
1. En relación a las personas	54
2. En relación a los bienes	57
3. Extinción, pérdida y suspensión de la Patria Potestad	59

E. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	63
---	----

CAPITULO IV

DE LA TUTELA

A. Concepto de Tutela	64
B. Personas sujetas a la Tutela	68
C. Personas que pueden ejercer la Tutela	70
D. Diferentes Clases de Tutela	75
1. Tutela Testamentaria	75
2. Tutela Legítima	76
3. Tutela Dativa	79
E. Semejanzas y diferencias entre la tutela y la Patria Potestad	81
F. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la Tutela	82
G. Sistema Tutelar Mexicano	85

CAPITULO V

DEL CONYUGE INTERDICTO

A. De la interdicción en general	93
B. Del cónyuge interdicto	103
C. Protección al cónyuge interdicto y sus deficiencias	105
D. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al respecto	111
Conclusiones	119
Bibliografía	119

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

La pretensión del presente trabajo de tesis es ofrecer un panorama del pasado histórico, la realidad presente y el futuro deseado que la protección de la tutela ha tenido, tiene y puede tener dentro de nuestra legislación en la protección de unos seres tan desvalidos como lo son los sujetos a estado de interdicción en general, y en particular a los incapaces que se encuentren casados, con toda su problemática de derecho en su situación de cónyuge interdicto.

El espíritu y anhelo de los pueblos para una sana convivencia humana, el estandarte que se levanta para defender al hombre física, psicológica y socialmente de él mismo, son plasmados en las normas de derecho; éste es dinámico, evoluciona y cambia al igual que evoluciona la sociedad, la nuestra necesita cambios tan importantes en la defensa de personas desprotegidas como lo son los incapaces, partiendo de su consideración como tales, por un lado, porque los que lo son en realidad son hasta la fecha despojados de sus derechos como persona y como cónyuges; por otro, los que sólo son incapaces por una consideración legislativa, basada en su edad, sin un fundamento científico relativo a su desarrollo psicológico que puede o no relacionarse con el físico de su persona y en especial cuando se encuentran casados éstos, limitados en su capacidad de ejercicio por la ley en muchos casos.

Los objetivos particulares de éste estudio es establecer: quienes son los sujetos a estado de interdicción en nuestra legislación, considerando una tásita inclusión de algunos de ellos en la ley; cual es la crítica desde un punto de vista clínico que se le puede hacer a la designación legislativa del estado de capacidad psíquica de una persona con fundamento en su edad fí-

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS

- A. DERECHO ROMANO
- B. DERECHO GERMANICO
- C. DERECHO FRANCES
- D. DERECHO ESPAÑOL

sica, ya que como veremos, existen personas menores de edad, consideradas capaces en ciertos casos por la misma ley, aunque dicha capacidad de ejercicio no cuenta con un fundamento estructural bien basado; quienes son los sujetos que podemos designar como cónyuges interdictos o en estado de interdicción en nuestro sistema legal; y para finalizar, en qué consiste la desprotección legal de la tutela a los cónyuges en estado de interdicción, así como propuestas tendientes a modificar esa falla.

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS

A. DERECHO ROMANO.- Al iniciar el estudio de cualquier institución Jurídica, es recomendable realizar el análisis retrospectivo ofrecido -- por el Derecho Romano; sin embargo, en relación a la Tutela se dan ciertas complicaciones en virtud de la confusión existente en cuanto a lo que la Tutela y la Curatela fueron en el Derecho Romano, y las diferencias entre éstas Instituciones antiguas y sus correspondientes en el Derecho Mexicano Contemporáneo, ya que las últimas son hasta cierto punto semejantes en el sentido de que protegen a sujetos en estado de interdicción, pero su función es distinta. En el presente capítulo se describirá lo que fué la Tutela y la Curatela Romana, para luego, en los capítulos posteriores describir las instituciones en estudio, en el ámbito del Derecho Mexicano.

En el Derecho Romano surgió la Tutela como institución jurídica, ya que todo ser humano que reuniera las cualidades de Libertad, Ciudadanía y ser Sui Iuris, era considerada " PERSONA " y así se encontraba en la posibilidad de ser titular de Derechos y sujeto pasivo de -- obligaciones, pero cuando no se daban las cualidades anteriores descritas, por ser muy joven, sufrir enfermedades mentales, dilapidar los -- bienes de familia o propios (Pródigos), y en el caso de la mujer -- por razón de sexo, se les colocaba bajo tutela o curatela según fuera el caso.

En la etapa antigua del Derecho que nos ocupa, se consideró a -- la Tutela como una Institución que otorga al tutor un poder jurídico -- sobre el pupilo, quien podía ser un menor impuber que no se encuentra sometido bajo la Patria Potestad y mujeres que no están bajo ésta -- potestad ni la Manus Marital, en poder de su conyuge, ya que se con-

sideraba prudente en ese tiempo, por razón de sexo colocar bajo cierta vigilancia a la mujer Sui Iuris aún después de llegada a la pubertad, y al casarse seguía una " Protección " mediante la manus ejercida -- por parte del marido, a lo cual se refiere Agustín Bravo González y -- Beatriz Bravo Valdez al señalar : " Antiguamente la manus acompañaba-- casi siempre al matrimonio para que la mujer pudiera entrar a la familia civil del marido, caer bajo su potestad y ocupar con respecto a él el lugar de una hija, participar en su culto privado y poder heredarlo como heres sua heredera suya ". (1)

Según los antecedentes históricos registrados, Servio dió una definición de lo que para él era la Tutela, por lo que se ha encontrado-- establecido " Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestad in capi te libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere-- nequit, iure civile data ac permissa la tutela ex, como lo definió -- Servio, una autoridad y un poder que el derecho civil da y confiere so bre un individuo libre con el fin de protegerlo en la impotencia en -- que se encuentra de hacerlo él mismo a causa de su edad ". (2)

Esta idea es falsa, ya que en ese tiempo, el poder dado por el -- derecho a los tutores no se ocupaba de los intereses personales del -- pupilo ya que hablamos de la etapa antigua, siendo el único interés de los tutores cuidar los bienes de sus representados la simple razón de-- que por sucesión, por tutela perpetua de la mujer o por cualquier ---- otra, podrán algún día ser suyos.

(1) Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdéz. Primer Curso -- de Derecho Romano. Editorial Pax--México. Undécima Edición-- 1984. Página 159.

(2) Ibidem. pag. 175.

La institución de referencia, en éste orden de ideas se daba en protección del régimen familiar, en beneficio de los agnados, -- al ser considerada UN PODER JURIDICO; pero más tarde esta idea -- egoísta cambió y el tutor fué obligado a administrar en beneficio del pupilo, lo anterior ocurrió en la República Romana, al ser --- considerada la tutela como un DEBER PUBLICO, por parte del tutor -- y a favor del pupilo, a su vez va desapareciendo la sujeción de la mujer por razón de sexo.

Al ser considerada la tutela como una obligación por parte -- del tutor para cuidar de la persona de su representado, es decir -- al considerarse al pupilo tenedor de un derecho y no bajo un derecho por razón de sus bienes, el jurisconsulto gayo define a la tutela en los siguientes términos : " Hay unas personas que están en tutela o curatela y hay otras que se hallan libres de estos derechos". (3) y de esta manera, la tutela ya no es potestad y fuerza del tutor, sino un derecho del incapaz.

En base a lo descrito con antelación, con respecto a la tutela, cabe señalar que al tutor se le definió : " Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem abent, exque re ipsa nomen ceperunt; itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut -- aeditui dicuntur quia des tuentur -- los tutores son aquellos que -- tienen esta autoridad y este poder y su nombre deriva de la naturaleza misma de su misión; se les llama tutores, es decir, protectores y defensores, del mismo modo que se llama sacristán al que -- guarda los templos". (4) D.26.1.1.1.16 y 18.

(3) Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdéz. Op.Cit. pag. 175

(4) Ibidem. pag. 176

El tutor normalmente era varón, sin embargo, en el Imperio romano, el emperador podía acceder a la solicitud de una mujer para darle el cargo de tutor. Cabe aclarar que todo lo manifestado anteriormente no quiere decir falta total de responsabilidad por parte del tutor, ya que según señalan Kip y Wolf "De todos modos, el tutor se consideró siempre obligado a la fiel gestión de la tutela. En los tiempos más modernos, entre el tutor y el pupilo media una relación bilateral obligatoria, perseguible en juicio mediante la Actio Tutelae Directa y Contraria". (5)

Cabe aclarar que la Actio Tutelae Directa, era una acción legal a favor del pupilo, para efecto de asegurar el debido cumplimiento de la administración de los bienes del incapaz, cuando incumplía el tutor con su obligación de rendir cuentas o éstas fueren dudosas; y la Actio Tutelae Contraria, a favor del tutor, para el caso de que con motivo de la administración que realiza debiera de indemnizarse por los gastos realizados a favor de su representado, y así queda civilmente obligado el pupilo frente al tutor, ya que éste último, sólo posee un poder de administración frente a los bienes del pupilo.

Con respecto a la confusión entre tutela y curatela en el derecho romano que operó por su similitud y vinculación existente, al respecto señala Víctor H. Martínez: "Junto a la tutela, existió la curatela, como institución que a semejanza de aquella, se ejercía sobre las personas libres, sufriendo una evolución análoga en el sentido de que en sus formas antiguas

(5) Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff. Tratado de Derecho Civi. Editorial Urgel. Vigésima Edición Alemana Sexta revisión de la Segunda Edición Española. Barcelona. 1952. Página 267.

aparece como una potestad otorgada tanto en beneficio del curatelado como en protección de los intereses familiares, para adquirir posteriormente el carácter de Función Pública, realizando los deberes del curador". (6)

El mismo autor al hacer referencia de la función del curador señala que ésta no se limitaba al consejo, asistencia y protección de los negocios del incapaz, sino que también podía administrar los bienes de éste último cuando así lo exigieran las circunstancias. De ésta manera es fácil confundir a la Cura Minorum (Curatela para menores de veinticinco años) y la Tutela Impuberum (Tutela para Impúberes). Por lo expuesto, pudiera afirmarse que ambas instituciones en el derecho romano, Tutela y Curatela, eran casi la misma, existiendo en lo relativo aún más puntos de confusión, como es el caso de la máxima "TUTOR DATUR PERSONAE, CURATOR REI, la cual aún nubla más el conocimiento de lo que era una y otra institución, ya que al interpretarla se entiende que el tutor asiste a la persona del pupilo, y el curador a la cosa o patrimonio de su representado, sin embargo no es clara esta idea, ya que al tutor se le prohibía cualquier intervención en la educación y salud del pupilo, por que podía ser manipulado en sus ideas, al respecto el maestro Guillermo Floris Margadant señala "La diferencia entre Curatela y Tutela en el derecho romano es una cuestión que se presta a controversia. El refrán romano Tutor Datur Personae, Curator Rei, es de dudosa interpretación. Para proteger al pupilo contra el tutor, se prohíbe a éste, precisamente; toda intervención en lo que se refiere a la salud o a la educación del pupilo". (7)

(6) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI, cita Victor H. Martínez Editorial Driskill. Buenos Aires 1981. Pág. 478.

(7) Guillermo Floris Margadant. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge. Novena Edición. 1979. Pág. 219

En este orden de ideas la pregunta es ¿Como puede el tutor asistir a la persona del pupilo, si no puede intervenir en su educación? y en todo caso, si se ha afirmado que el curador da consejos, asistencia y protección al curatelado en relación a sus negocios, ¿Acaso no es la curatela la que asiste a la -- persona, aún cuando está funsión se relacione con la adminis-- tración del patrimonio del representado en curatela?, esta pre-- gunta puede ser contestada de la siguiente manera : "El tutor no se ocupa del cuidado y educación del incapaz, sólo da las - cantidades necesarias para que se le asista y eduque de acuer-- do con su posición". (8) D.50.16.239.3; D.26.1.1.2 y 3; D.26. 2.12 y 14; D.27.2.1.2.1.3 pr y 5.

Lo anterior nos demuestra que ambas instituciones se ocu-- paron de la PERSONA y del PATRIMONIO de sus respectivos repre-- sentados, sólo que en la tutela al administrar los bienes del pupilo, el objeto primordial es que sea educado, aún cuando -- no sea por el tutor, pero si de acuerdo con la posición social del representado en tutela, por eso, al administrar el patrimo-- nio, la tutela se ocupa más de la persona del incapaz al pro-- porcionar los medios necesarios para su educación y salud, usando como instrumento de dicha funsión, a la administración de - los bienes del pupilo, y en la curatela no, ya que su objeto es en si, la buena administración del patrimonio por los benefi-- cios monetarios y materiales que se van a producir.

Otro punto de diferencia que debe de aclararse y que aún así es motivo de diferencia entre los autores, es la relativa al tipo de incapacidad que protegió, por un lado la tutela y - por el otro la curatela, en el Derecho Romano, es decir, natu-- ral o de otra especie, ya que Héctor Lataille al hablar de la época de Justiniano, señala "Se extiende la tutela a todos los

(8) Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdéz. Op.Cit. pag. 176-177.

menores en general en un sentido de protección para los elementos debiles" (9), como se puede observar, no podemos estar de acuerdo con este autor, en virtud de que si la tutela se ocupa como él señala "De todos los elementos debiles", entonces la duda es de que elementos o personas se ocupa la curatela, por esta razón, en contraposición a ésta opinión existe otra, la de Eduardo Bosso, el que al señalar la diferencia que se establece entre tutela y curatela, manifiesta: "Se aplicaba ésta institución sobre menores impúberes y sobre las mujeres; en cambio la curatela se extendía a los dementes, a los prodigos y a los menores puberes hasta la mayoría de edad fijada a los veiticinco años" (10), esta es la idea más aceptada por la doctrina y al desglosarla encontramos que la tutela se aplicaba en la Antigua Roma sobre menores impúberes, es decir, infantes que no han llegado a la pubertad, ocupandose así de una incapacidad natural y en cuanto a las mujeres por razón de sexo, en ese tiempo se consideró incapacidad natural; en la curatela en cambio, no era incapacidad natural la que protegía, ya que se ocupaba de los dementes (cabe la aclaración en el sentido de que se consideraban legales los actos realizados por éste incapaz en momentos de lucidez, aún sin intervención del Curador); de los prodigos que eran los que dilapidaban su patrimonio o el de su familia agnaticia; también se ocupaba de los menores púberes que no habían cumplido los veiticinco años de edad y que acaban de salir de la tutela, en este caso no había incapacidad natural, acaso se daría lo que pudieramos llamar una incapacidad legal ya que de hecho podemos considerar que un menor de veiticinco años podría tener la capacidad necesaria para administrar sus bienes. En apoyo a la idea anterior -

(9) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI, cita Héctor Lataille, Editorial Driskill. Buenos Aires. 1981. pag. 478.

(10) Ibidem. pag. 478. cita Eduardo Busso.

debemos apuntar lo expuesto al respecto por Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdéz, los que indicaron "Por el solo hecho de ser Sui Iuris no todas las personas son capaces, algunas son incapaces bien por:

- 1.- Falta de Edad.
- 2.- O por razón de sexo las mujeres en el derecho antiguo estaban en tutela perpetua.
- 3.- Por locura y,
- 4.- Por pródigos.

En los dos primeros casos se les asiste de un tutor, en los dos últimos se les nombra un curador, lo mismo que al menor de veinticinco años". (11) G.I.142.

En base a las diferencias numeradas con anterioridad, es decir, el predominio del aspecto personal y patrimonial, así como el tipo de capacidad que protege una y otra, natural o de otra especie, surge otra diferencia entre tutela y curatela más difícil de delimitar en el derecho romano y ésta radica en que se asegura por parte de la doctrina, que en la tutela encuentra inserta la AUCTORITAS y en la curatela no, esta se ha considerado como adición o complemento a la personalidad del pupilo, por lo que podría considerarse que en la tutela se da la auctoritas, por ser derivada de una incapacidad natural, ya que el infante impúber no tiene una voluntad madura y seria, situación que en el caso de la mujer que se le consideró casi siempre incapaz aduciendo carácter débil (llamada tutela Mulierum), seguramente es por lo que siempre y forzosamente tendría que apare-

(11) Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdéz. Primer Curso de Derecho Romano. Editorial Pax-México. Undécima Edición. 1984. Pág. 175.

cer la autorización formal del tutor, dándose de esa manera una adición a la personalidad del pupilo y con ésto la auctoritas, para realizar cualquier acto jurídico. En el caso de la curatela, en ella no se requería el asentimiento formal del curador, del cual se dice que aconseja en los negocios al curatelado, pero que también puede en los casos en que la ley lo requiera, administrar los bienes del representado, sin embargo no queda bien determinado cuando hace una cosa y cuando hace otra, en que casos serán necesarios sus consejos y en cuales la administración de bienes del curatelado en virtud del tipo de personas que representa el curador, para explicar esto, hablemos del púber menor de veinticinco años, el cual en mi opinión considero que no requería un asentimiento formal ya que por su edad, a pesar de que pueda aducirse inmadurez, ya tiene la capacidad de inteligencia para manejar sus negocios de manera suficiente, entonces sólo necesitaría consejos, pero si se inclina su comportamiento más hacia la inmadurez, requería la administración de sus bienes por parte de su curador, el problema quizás radicaría en poder delimitar esta situación. En cuanto a los dementes, otros protegidos por la curatela romana, seguramente requerían la administración total de su patrimonio por razones lógicas, sin embargo los actos realizados por ellos en sus momentos lúcidos, serían considerados legales y con plena validez, sin necesidad del asentimiento del curador, aquí encuentro el mismo problema de la delimitación de las variantes en cada situación, ya que no es fácil hacerlo, y supongo que en la etapa de referencia era más difícil saber cuando se daría esa lucidez para saber de la validez del acto celebrado de manera arriesgada con un demente.

Por último hablemos de los pródigos, los que siendo personas con una inteligencia normal dilapidaban los bienes de familia, quizás en este caso la curatela fuere atinante para asegurar la buena administración del patrimonio siendo también el problema el delimitar si requiere la administración de sus bienes familiares, ya que serían sus familiares los que algún día

heredarían su sucesión, sólo eran necesarios consejos por parte del curador, ya que su mente es sana, pero no sus hábitos.

Es conveniente citar lo expuesto por Victor H. Martínez, pero ahora para indicar... "Pero deben distinguirse ambas instituciones por cuanto al curador, si bien administra los negocios del menor cuando así lo exigen las circunstancias, en ningún caso se une a la personalidad de éste para aumentarla o complementarla. El tutor, en cambio, complementa la personalidad del menor con su auctoritas cuando así lo demanda el derecho civil al menor salido de la infancia al pretender éste realizar determinados actos jurídicos". (12)

En principio la idea precitada es acorde con el anterior concepto, más al hablar de la atinencia de ubicar la protección de la tutela para los menores salidos de la infancia, podríamos considerar a éstos como púberes menores de veinticinco años, a los cuales como ya se explicó les correspondía ser protegidos por la curatela; por lo que en lo relativo a esta última idea, no existe claridad.

En lo que se refiere a las clases de tutela en Roma, estas parten de la manera en la cual se designó a el tutor, ya que en un principio la citada designación fue hecha por la ley, luego por medio de testamento y por último mediante la intervención del magistrado, dándose así las tres clases de tutela conocidas como LEGÍTIMA, TESTAMENTARIA Y DATIVA.

Legítima.- Fue la que se estableció por medio de la designación hecha por la ley, en primer término eran llamados a

(12) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI, Cita Victor H. Martínez. Editorial Driskill. Buenos Aires. 1981. Pág. 478.

ocupar el cargo de tutor a los agnados, con primacía según su grado de parentesco con el pupilo, ya que en estas tutelas diferidas por la ley su fundamento es el llamamiento del tutor a la sucesión legítima del pupilo, puesto que la buena administración de su patrimonio interesa particularmente a las personas que algún día pueden ser llamadas a heredarle, sin embargo, a falta de los agnados, fueron llamados a sucesión los gentiles, de donde debía serles impuesta también la tutela.

Testamentaria.- Esta clase de tutela se daba cuando los padres nombraban tutores para sus hijos impúberes en el testamento, siendo requisito que dicho menor se encontrara bajo su patria potestad, ya que en el futuro sería su heredero y a quien se le designara tutor se le impondría dicho cargo de manera imperativa en el testamento. Según los proculeyanos, la designación de tutor debía ser anterior a la institución de heredero.

Dativa.- Esta se designaba por conducto del magistrado (Pretor Urbano) y la mayoría de los tribunos de la plebe en virtud de la ley Atilia, cuando el pupilo no tenía bienes o sólo contaba con una pequeña fortuna, mediante una orden especial o general del Presidente de las provincias (Gobernadores) sin necesidad de alguna información pero sí exigiendo una caución la que por causa de los escasos bienes del pupilo, fácilmente podría ofrecerse. Justiniano simplificó este sistema al permitir que los magistrados municipales nombraran tutores sin ser necesaria una orden del presidente y nombrando tutor dativo sólo a pupilos cuya fortuna no excediera de quinientos sólidos.

En resumen podemos apuntar que la tutela estaba ideada para situaciones normales, como infancia, pubertad y sexo femenino, y la curatela para remediar situaciones excepcionales, como prodigalidad, locura o la inexperiencia de algunos púberes menores de veinticinco años, sin embargo, cabe señalar que también

se ha considerado la diferencia entre estas instituciones, originada en tiempos remotos en que se hacía justicia por propia mano, y que el tutor era un hombre fuerte, para proteger a los infantes, impúberes y mujeres, mientras que el curador era un sabio consejero para personas físicamente capaces, pero de carácter algo débiles.

B. DERECHO GERMANICO.- En el derecho que nos ocupa existió al igual que en Roma una sujeción a la mujer en el sentido de su protección por medio de la tutela, cosa que fue desapareciendo, rápidamente, y sus últimos vestigios fueron eliminados en la legislación particular de los años 60 y 70 del siglo XIX.

Se entendieron sujetos a tutela los menores que no se encontraban bajo la protección de sus padres considerándose atinentemente protegerlos por medio de dicha institución hasta el momento en que el niño deja de serlo, situación que en estos términos fue muy arbitraria y poco definida, ya que el límite designado de esta forma puede aplicarse desde los doce y hasta los dieciocho años, y adquirida la capacidad en cualquiera de estas edades, podía quedar sujeto de manera voluntaria a la tutela hasta los veintiun años, edad en la que se fijó la mayoría de edad, pero al haber confusión en el estado de capacidad en el que se pudiera encontrar el que decidía no tener tutor desde los doce años, en comparación con el de veintiun años, por razón de madurez, se optó posteriormente, según lo señalan Kipp y Wolff en los siguientes términos "Pero después llegó a entenderse que el pupilo debía tener un tutor hasta la mayoría de edad y que hasta la mayoría de edad su capacidad había de estar tan limitada como la del impúber". (13)

Como se observa en las Leyes de 1548 y 1577, ordenan la sujeción a la tutela del menor sea púber o no, ya no se dá cambio alguno en la persona del tutor al curador en esa transición de la vida del menor como ocurrió en el derecho romano. Cabe aclarar que en el derecho Alemán no se da la AUCTORITAS TUTORIS,

(13) Ludwing Enneccerus, Theodor Kipp y Martín Wolff. Tratado de Derecho Civil. Editorial Urgel. Vigésima Edición Alemana. Sexta revisión de la según Edición Española. Barcelona 1952. pág. 269.

y el asentimiento del tutor es un simple consentimiento; de esta forma no media ya diferencia alguna para la protección que se le dió al púber y al impúber en el derecho germano común.

En el derecho Alemán antiguo, se designa tutor en primer término al más próximo pariente en la línea del padre, ya que con frecuencia fue preferido a la madre, y si los llamados de esta manera a ejercer el cargo de tutor fueren ineptos, la familia podía hacer la designación. En el caso de la designación tutorial por medio de testamento, en este derecho aún tiene importancia, pero este llamamiento y el legal según las Ordenanzas de Policía de Reich, estaban sujetos a la designación de la autoridad, ya que ningún tutor puede hacerse cargo de la administración sin que la tutela le haya sido discernida y mandada por la autoridad, y en el caso de la vigilancia e inspección a la función del tutor, fueron en un principio en el derecho germánico incumbencia de la familia del pupilo, pasándose luego a la Tutela Superior, en la que por medio de consejos municipales y de los soberanos territoriales, todo esto en manos de los tribunales, se logró controlar la actividad tutorial.

El derecho Común Germano, había heredado del romano una estricta limitación de la libertad del tutor para administrar los bienes de el pupilo, análogamente también el derecho territorial prusiano y su jurisprudencia sometió al tutor a la vigilancia del tribunal, por el contrario, durante el siglo XIX la tutela se regula con frecuencia por medio de derechos particulares, y por ende tiene importancia la Ordenanza Prusiana del 5 de julio de 1875, y así el tutor ejerció la tutela y en especial la administración del patrimonio del pupilo con independencia del Tribunal de Tutelas, el cual se limitó a vigilar y otorgar su aprobación en casos estrictamente determinados, además en la citada Ordenanza se designó al tutor casi en exclusiva por parte de la autoridad, aunque reconoce un llamamiento a la tutela en el sentido de ser designado preferentemente, a fa-

vor de ciertas personas llamadas por la ley y por disposiciones de última voluntad del padre o de la madre, sin perjuicio de ciertos casos de tutela legal.

Las normas sobre la gestión de la tutela en Alemania fueron, en general las mismas que en el derecho romano, por lo que se nota la influencia de uno sobre el otro, así mismo, en el derecho alemán con independencia del romano, se conoció la diferencia existente entre Tutela y Curatela, la primera fué aplicable a menores, enfermos mentales, enfermos y pródigos, y la segunda se aplicó a asuntos concretos, siendo plasmado este sentido en la Ordenanza Prusiana del siglo pasado y de la cual hice referencia.

C. DERECHO FRANCÉS.- En el derecho Francés antiguo, debemos de considerar la expansión que tuvo aquel país en las guerras napoleónicas por lo que se debe de distinguir en su derecho modalidades particulares según se trate de la aplicación que tuvo en las regiones de Europa de derecho escrito o costumbrista, considerándose en los primero una situación incompatible con la patria potestad la aplicación de la tutela, ordenándose a favor del pupilo, se mantiene la distinción entre tutela y curatela del derecho romano, autorizándose en algunos casos al incapaz a elegir curador, sin embargo al darse la codificación francesa se discutió sobre la incapacidad del pródigo, en ese acto se dijo que "La propiedad comprende el derecho de usar y abusar" (14).

A pesar de estos razonamientos se estableció un sistema de incapacidad limitada, obligándose al pródigo a someterse a un consejo judicial que tenía intervención en sus actos de gestión y patrimonio. Cabe subrrallar que se mantuvo la distinción entre tutela y curatela según se trate de púberes o impúberes.

En las regiones que manejaban el derecho consuetudinario se dieron dos instituciones, la guarda o bail, que protegía principalmente a los intereses de la familia del pupilo que los de él mismo; y la tutela propiamente dicha, así como en algunas partes la curatela, que sí defendían los intereses del menor o incapaz. En estas regiones la tutela podía coexistir con la patria potestad, ya que al morir uno de los padres, el sobreviviente ejercía dicha potestad en el ámbito personal y la tutela en el control de sus bienes.

Se daba especial trascendencia a la reunión de los parientes más allegados que constituían el consejo de familia.

(14) Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXVI. Editorial Driskill. Buenos Aires 1981. Pág. 479.

En los capítulos siguientes veremos como ha influido este y todos los sistemas legales que se tocan en el presente capítulo en nuestra legislación.

D. DERECHO ESPAÑOL.- Describiré a continuación la manera en que se desarrolló en éste lugar la tutela partiendo de la llamada tutela Real, que se dió en todos los estados de España al heredar el trono a menores de edad, por lo que se requirió la presencia de una o de varias personas para cuidar la tutela del rey menor, así como del ejercicio de las potestades reales, seleccionándose a estos representantes del rey según el tiempo del cual se trate, y así en la edad media la teoría fue a favor de un pariente cercano del menor, en la baja edad media, en Aragón se designó a un Procurador Real y, en León de Castilla, a uno o varios tutores o guardadores (no se hace la distinción entre uno y otro) del niño Rey y de la regencia o gobierno del reino, pudiéndose confiar ambas misiones a una misma persona, las cuales se realizarían hasta el momento en que dicho menor cumpliera la mayoría de edad, situación complicada porque la mayoría de edad se fijaba de modo diverso, según los estados y las épocas, oscilando dicha designación entre los catorce y los veintiun años, por lo que "En la baja edad media, las Cortes tuvieron una intervención muy activa en el gobierno del Estado durante las minorías de los Reyes". (15)

Las funciones de los guardadores fueron varias, relativas al buen gobierno del Reinado, se les tomaba juramento de lealtad y fidelidad al rey menor, comprometiéndose a respetar las leyes y costumbres del reino, y se encargaban de fijar la mayoría de edad para el Rey Menor. Las partidas establecieron que los guardadores fueran los designados por el monarca difunto y a falta de ellos los designarían las Cortes, dichos guardadores podían ser de una a cinco personas de buen linaje, naturales del reino y vasallos del monarca, en caso de que viviera la ma-

(15) Luis G. de Valdeavellano. Curso de Historia de las Instituciones Españolas. Ediciones de la Revista de Occidente. Segunda Edición. Madrid 1970. Pág. 438.

dre, ella era considerada primera guardadora, y los demás designados debían de obedecerla.

Posteriormente y haciendo a un lado la tutela del rey menor, en el Derecho español Gótico, recoge en su derecho visigodo, fueros municipales, fuero viejo, y fuero real, la concepción de los antiguos pueblos germánicos admitiendo en un principio la tutela colectiva, correspondiente a toda la familia, transformándola luego en la admisión del ejercicio de la tutela por parte de uno de los más próximos parientes, sin quitar el poder de intervención de la familia en determinados asuntos.

En el derecho que nos ocupa fueron señalados como una sola institución la guarda o tutela, no conociendo en un principio a la curaduría, proveniente del derecho romano. Volviendo a la designación del tutor, en caso de la muerte del padre, la tutela pasaba a la madre, lo que sugiere que la madre no ejercía la patria potestad o no se diferenciaba claramente entre esta y la tutela; a su falta o si contragara nuevas nupcias, este cargo pasaba a hermanos, tíos, primos, y a falta de estos, a la persona que nombraran los parientes ante la presencia del juez. Como se puede observar, se encuentran en el derecho español una marcada influencia del derecho romano y alemán de este último en su forma antigua, reflejó en la legislación española en el sentido del desconocimiento de la tutela testamentaria en un principio, la actuación de una tutela familiar colectiva, la cual se ejercía unas veces en forma de Supertutela por parte del grupo familiar, quienes exigían cuentas al tutor delegado para la administración en forma de una verdadera guarda activa, desempeñada por todos los parientes próximos. Cabe aclarar que la influencia del derecho alemán se manifestó en el principio de la legislación que nos ocupa, ya que posteriormente existieron variaciones.

El derecho romano se reflejó en las partidas en un sistema

tutelar español más reciente, al considerar a un tutor unipersonal o único como regla general y por excepción, una pluralidad de tutores se separaron posteriormente las dos especies romanas de guarda en tutela y curatela, la primera consideraría por primera vez a la tutela testamentaria, además de la legítima y dativa, y la segunda a las llamadas ad bona, ejemplar y ad litem, dándose la intervención de la autoridad judicial que complementaba la guarda legal en todas las especies citadas.

Las demás leyes posteriores complementaron el sistema de base romana tutelar del Código Alfonsino, que fue el que la introdujo, ahora resolviendo cuestiones singulares; El Código actual de España ha modificado substancialmente el régimen anterior de la tutela, pretendiendo unificar las dos formas tradicionales de guarda, la tutela y la curatela, es decir, refundir en una las dos instituciones siendo ésta unidad más aparente que real, ya que existe en ese país una gran variedad de instituciones pupilares, siendo difícil su sistematización.

En cuanto a la integración de la tutela en el derecho español, de la antigua tutela en que se integraba por el tutor y la autoridad judicial, esta última con funciones de intervención, se cambió por la integrada por parte de un tutor, un protutor y el consejo de familia.

El tutor, como ya sabemos, de manera general, cuidaría de la persona y patrimonio del incapaz.

El protutor, es una figura poco conocida, la cual se ha definido como "Adjunto que las leyes civiles colocan al lado del tutor para que vigile sus actos de gestión y le sustituyan en la representación del pupilo cuando exista incompatibilidad entre

los intereses de este y los de aquel". (16)

Por lo anterior podemos considerar que el protutor tiene ciertas-- características del actual curador en nuestro sistema tutelar, en el sen tido de que actúa en la vigilancia de los intereses del pupilo, cuando - se hallen en contraposición de los del tutor, pero, su diferencia podría consistir en que el protutor en algún momento puede sustituir al tutor, - también en el caso de que se tengan intereses encontrados el pupilo y el tutor, y el curador vigila, solamente, pidiendo a la autoridad judicial- el nombramiento de otro tutor cuando éste falte o abandone su cargo.

El Consejo de Familia, que es el que guía y toma decisiones en re- lación con el tutor y protutor, para el buen desempeño de la función tu- telar en el derecho español, aclarando que se da la intervención de la - autoridad judicial.

La falta de capacidad crea la necesidad de instituciones como la - tutela. En el derecho español debieron considerarse la carencia de capa- cidad por causas como la minoría de edad, defectos físicos, locura y la- prodocidad, para evolutivamente aplicar o no, la tutela.

En lo relativo a la minoría de edad, se considera sujeto a la pa- tría potestad y en su defecto a la tutela (por falta de la primera), - viviendo bajo la dependencia de sus guardadores, pudiendo por excepción- realizar con validez determinados actos jurídicos o intervenir en ellos- de manera independiente, como hacer donaciones por razón de matrimonio, - reconocer hijos naturales, actos patrimoniales, etc.

(16) Rafael de Pina Vara, Diccionario fr Derecho. Editorial Porrúa. Dé cima Edición. México 1981. Pág. 395.

En cuanto a la incapacidad por defectos físicos, parten de la influencia del derecho feudal en el que la personalidad dependía de la aptitud para llevar las armas, por lo que los ciegos y los sordos entre otros, eran incapaces, con los avances científicos, en nuestros días, se han ido limitando varias de estas causas de incapacidad en todo el mundo, por los que esta situación se ha reflejado en muchas legislaciones como la que nos ocupa.

En la incapacidad del loco, debe también estar sujeta a tutela, y para el caso de presentarse estados lúcidos, al realizar determinado acto jurídico por él, se considerará válido dicho acto, el problema reside en lo difícil que resulta comprobar y garantizar esa lucidez ante la autoridad judicial.

C A P I T U L O I I

EVOLUCION DE LA TUTELA EN EL DERECHO MEXICANO

- A. CODIGO CIVIL DE 1970
- B. CODIGO CIVIL DE 1884
- C. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917
- D. CODIGO CIVIL DE 1928

CAPITULO II

EVOLUCION DE LA TUTELA EN EL DERECHO MEXICANO

En México, desde sus antecedentes más remotos hasta la entrada en vigor de las leyes de reforma, la base fundamental de la familia, considerado así el matrimonio, era un acto exclusivamente religioso; las primeras manifestaciones de la familia fueron los clanes en los que a pesar de ser agrupaciones primitivas, ya operaban algunas normas como es el caso de la prohibición de casarse varones con mujeres que pertenecieran al mismo clan que ellos, o a pasar mujeres de determinado clan, a otro enemigo; estos grupos no eran otra cosa que familias, en ellas el hombre fue el jefe y a pesar de ello se dió en aquella etapa un trato de igualdad a la mujer, hasta cierto punto, así al ir evolucionando las sociedades, la mujer podía celebrar contratos, poseer bienes y acudir a los tribunales en solicitud de justicia sin necesidad de la autorización de la figura masculina. A pesar de lo anterior, el derecho primitivo como sabemos, se encontraba regido por normas de carácter consuetudinario, con la intervención sacramental, como de costumbre, de la religión en la mayoría de las relaciones y actos jurídicos, que venían a ser la manifestación de la vida privada de esos pueblos.

El tema central de éste estudio es la tutela y en el derecho primitivo no fue conocida de una manera tan compleja como ahora la conocemos, porque se dió con preponderancia al régimen patriarcal además de la falta de personalidad del hijo, sobre el que ejercía el padre o en su caso la familia, un derecho de dominio; en los matrimonios el padre se encargaba de educar y castigar a los hijos varones y las madres a las hijas, la patria potestad era muy amplia pudiendo el padre vender a sus hijos como esclavos en casos de extrema pobreza, razón por la cual poder-

mos considerar la amplitud con que operaba: la patria potestad por parte del jefe de familia, el hermano podía, de entre los familiares del padre, ostentar dicha potestad en caso de muerte del que la ejercía, al contraer matrimonio con la viuda; en el caso de los demás familiares, sólo pudieron ejercer la tutela, en la protección de los huérfanos; por lo que cabe citar:

"En caso de muerte del padre, el hermano de éste podía ejercer los derechos de la patria potestad, siempre y cuando contrajera matrimonio con la viuda; posteriormente, más adelante los huérfanos acudían a cualquier pariente para que los sustentara, quien indudablemente adquiría la tutoría de los menores, llamada así mismo la tutela como una institución total, ya que era una gran responsabilidad para quien la desempeñaba, la mala disposición de los bienes encomendados hacía el tutor merecedor de la pena de horca, la herencia se repartía entre la descendencia masculina, fungiendo la madre o el tío paterno como tutor en caso de minoría de un heredero". (17)

Para poder establecer la manera en que ha operado la institución denominada tutela en el derecho mexicano actual, es necesario además de los antecedentes remotos a los cuales nos hemos remontado, hacer mención de la manera en que se dieron las relaciones jurídicas en los pueblos pre-hispánicos, a efecto de seguir un orden lógico consecutivo. El Derecho indígena mesoamericano puede considerarse primitivo, ya que fueron civilizaciones que manejaron el Derecho consuetudinario para regular las relaciones jurídicas que se dieron en la vida privada de éstos pueblos.

(17) Nuñez Luis. Derecho Civil Mexicano. (Introducción, parte general, Derecho de Familia) Ediciones Maseo. Primera Edición. México, 1972. Pág. 13.

De esta manera parte la progresión legislativa del Derecho mexicano, porque de ahí parte el Derecho en nuestra cultura de una manera más definida en sus inicios:

"La sucesión histórica de la aparición del Derecho Positivo, de las leyes en suma, con sus tendencias, su evolución ulterior y sus antecedentes, constituyen el contenido de la progresión legislativa". (18)

No se puede hablar propiamente de una legislación en la época pre-cortesiana, ya que no se encontraban recopilaciones de normas jurídicas, y a pesar de ello, algunos arqueólogos han pretendido ver en determinadas manifestaciones jeroglíficas prehispánicas una recopilación de leyes, mas todo parece indicar que se trata de hechos y actos políticos y no de textos de Derecho civil y privado.

Debemos de aclarar que si bien, no podemos hablar de una legislación pre-colonial por el hecho de que no se encuentran leyes escritas de la época en cuestión, no quiere decir que no se encontrarán sujetos a una normatividad social para regir sus actos privados, y por ende, carecieren de un Derecho, por el contrario; lo único que se puede afirmar al respecto es en el sentido de que los pueblos indígenas tenían un derecho acorde a su situación histórica y política que vivieron antes de la conquista y tal fue su organización, que a pesar de ser un Derecho primitivo y por ello consuetudinario, fué transmitido por nuestros ancestros de generación en generación, y para mayor abundamiento diremos que:

"La costumbre no escrita transmitida tradicionalmente de generación en generación, integraba el Derecho de los Reinos,

(18) Muñoz Luis. Derecho Civil Mexicano. Ediciones Modelo. Primera Edición. Introducción, Parte General, Derecho de Familia. México, 1972. Pág. 17.

tribus y familias del territorio que hoy constituye la República Mexicana". (19)

Los diferentes Derechos privados que operaron en México hasta el momento de la invasión española fueron el Nahoá, Mixteco, Maya, Mexica, Michuaca y Tarasco. En la época colonial los españoles tuvieron el cuidado de regular la vida jurídica de la Nueva España combinando de forma conveniente el derecho indiano costumbrista con el Derecho de Castilla, para este efecto proveyeron los Reyes de España el envío de Misioneros que se encargarían de extender la religión Católica por todos los países de la América Hispánica. lo anterior en base a que se consideró al Derecho Español más desarrollado que el indígena: Por lo que a pesar de ser considerado supletoria su aplicación en el territorio conquistado tuvo especial preponderancia el Derecho de Castilla a lo que Ots Capdequí señala:

"De las fuentes del Derecho propiamente indiano, y sobre todo de la Recopilación de 1680, pone de relieve que las disposiciones que en ella se contienen sobre la familia, sucesión propiedad y obligaciones, aún cuando se promulgaron en número considerable, versan sobre asuntos y puntos concretos y no modificaron en lo fundamental, el viejo Derecho Castellano". (20)

En lo relativo a la recopilación de 1680, señalada en la cita anterior, cabe aclarar que debido a que fue creándose una gran cantidad de cédulas, provisiones, ordenanzas y otras instrucciones para toda América Hispánica y por la gran cantidad de dichas disposiciones, en el año de 1552 se trató de ordenar de

(19) Muñoz Luis. Op.Cit pag 18

(20) Pina Rafael De. Elementos de Derecho Civil Mexicano (introducción-personas-familia). Volúmen I. Décimo cuarta - Edición. Editorial Porrúa. México, 1985. pag 80.

igual manera que las leyes del Toro en España, ordenando dicha tarea Felipe II en 1570, sin embargo, quedó integrado hasta el año 1680 en tiempos de Carlos II, este monarca las denominó "Leyes de Indias", dando éstas disposiciones fuerza y autoridad de ley para ser aplicadas en el territorio conquistado, aún cuando fueren contrarios a los preceptos de las leyes y Prácticas de Castilla; convirtiéndose ésto en una amalgama de disposiciones de diversas materias: política, administrativa, procesal, civil y mercantil, motivo por el cual no podemos considerarlo como un Corpus Juris de Derecho Civil, de ahí la preponderancia del Derecho Español.

El Derecho en la Nueva España, fue un ordenamiento impuesto y a éste respecto es conveniente señalar que España se podía considerar desde ese momento Estado, pero la Nueva España no, ya que el grupo de poder gobernante no era originario; para esto señalaremos al concepto jurídico de estado que nos da JELLINEK:

"Corporación formada por un pueblo, dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio; o en forma mas resumida, la corporación territorial dotada de un poder de mando originario". (21)

Las leyes españolas que tuvieron aplicación en los pueblos conquistados de América se pueden dividir geográficamente en las que fueron aplicadas en la Nueva España y las que lo fueron en las colonias de América, incluyendo a la Nueva España; las primeras fueron las leyes de las Siete Partidas, Nueva y Novísima Recopilaciones y en las ordenanzas de Bilbao; las segundas son la Recopilación de las Leyes de Indias, las ordenanzas de intendentes de 1780. De esta forma podemos percibir el carácter de singularidad que se aplicaba a la Nueva España.

(21) Porrúa Pérez Francisco. Teoría del Estado. Editorial Porrúa Décimaprimer Edición. México, 1978. Pág. 189. Primera Edición 1954.

Tuvieron una especial preponderancia en nuestro país las Siete Partidas de Alfonso X el sabio, sobre todo en materia civil ya que en México estuvieron vigentes hasta la promulgación de las leyes nacionales. Por lo antes expuesto, y debido al carácter religioso de nuestro pueblo, se debe subrayar la manera en que se aplicó la tutela en la Nueva España fue por medio de la intervención del Clero cuando daba protección a los indígenas, pero también se llegó a extremos tales como la Encomienda, en la que el español tenía esclavizado al indígena, más que protegerlo y sobre el cual ejercitó el Derecho de Pernada.

Luego de la etapa de la colonia, al lograr nuestro país la independencia, se marcó una etapa intermedia, transitoria y anterior a la codificación, ya que se hicieron a un lado las disposiciones de la legislación hispánica Colonial y metropolitana, pero sólo hasta en tanto sus disposiciones fueren en contra del espíritu y forma de la nueva nación independiente. Desde los inicios de la independencia, los legisladores mexicanos atendieron la necesidad de crear un Código Civil, influidos por la tendencia codificadora de los países civilizados, sin embargo, nuestro país iniciada la independencia, se encontró en la imposibilidad de improvisar todo un cuerpo de Derecho Privado, por lo que aplicó provisionalmente y sobre todo, las partidas de la colonia.

Don Benito Juárez, con la promulgación de las leyes de reforma, quita personalidad jurídica a ciertas asociaciones como al clero, ya que el Registro Civil quedó a cargo del estado y por ende, el matrimonio fue definido por las nuevas Leyes como contrato civil, transformándose en una institución laica y fuera de la ingerencia de autoridades eclesiásticas.

A pesar de que desde el año de 1822, el gobierno provisional nombrado en nuestro país al consumarse la independencia, instituyó una comisión encargada de redactar un proyecto de Código Civil, situación que se logró hasta los tiempos de Don Be-

nito Juárez, ya que el México independiente trató de elaborar su propio sistema legal, pero ante la imposibilidad de crear todo un cuerpo de Derecho Privado improvisado, mantuvo el de la colonia provisionalmente, especialmente el contenido en las Partidas, las que fueron la fuente fundamental del Derecho Civil mexicano hasta que la república contó con una legislación Civil Propia.

A. CODIGO CIVIL DE 1870.

En el año de 1859, el abogado Justo Sierra, recibe el encargo de redactar un proyecto de Código Civil, tarea encomendada por el Benemérito Don Benito Juárez; el citado proyecto fué concluido en el año de 1861, más debido a las circunstancias políticas y sociales por las que atravesaba nuestro país, no pudo convertirse en Código, sin embargo, fué el primer paso decisivo hacia la codificación civil mexicana.

El Código Civil de 1870, tuvo su origen en los trabajos realizados por una comisión constituida en el año de 1862, bajo la presidencia del Ministro de Justicia Don Jesús Terán, siendo su objeto el de revisar el proyecto de Código Civil de Don Justo Sierra y formular otro de acuerdo con las circunstancias del momento, pero la labor de ésta comisión no cristalizó de manera definitiva, por lo que se nombró, al triunfo de la república, por parte de Don Benito Juárez, una nueva comisión la cual se integró con la participación de Mariano Yañez, José María Lafragua, Isidro Montiel, Rafael Dondé y Joaquín Euguía; dichos juristas terminaron su labor codificadora el día 15 de enero de 1870, a su vez, el congreso la aprueba el 13 de diciembre de éste mismo año y entra en vigor por Decreto de fecha primero de marzo de 1871 a partir del cual rigió el llamado "Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, del año de 1870", mejor conocido con el nombre de "Código Civil de 1870".

La denominación de éste Código, encierra en sí misma, una lamentable oportunidad desperdiciada de crear un sólo Código Civil que rigiera en toda la república mexicana, ya que:

"El Código Civil de 1870 se dictó exclusivamente para el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, sentando así un precedente lamentable, por cuanto debiera haber sido único para toda la república, siguiendo de éste modo la tendencia generalizada en los estados Federales de la época". (22)

No obstante lo anterior, la mayor parte de los estados de la República Mexicana en poco tiempo adoptaron, como base y por acuerdo de sus respectivas legislaturas, el texto del Código de 1870.

Como ya se indicó, el Código en cuestión partió del trabajo de Justo Sierra, más sin embargo, éste a su vez se inspiró en el Código de Napoleón, debido a su gran influencia en aquel tiempo. Nuestro Código Civil de 1870 ha sido juzgado a partir de diversos criterios, más si lo criticamos considerando la época de su realización, se puede afirmar, que fue un trabajo meritorio ya que significó uno de los Códigos más progresistas de América y mejor redactados, cuya influencia se dejó sentir en las demás repúblicas del Continente.

Se ha señalado más frecuentemente, que el Código Civil de 1870, tuvo como principal fuente de inspiración, el Código de Napoleón, ya que se manifestó de forma decisiva en los trabajos de Justo Sierra, aunque, es conveniente señalar otras fuentes de origen del Código en estudio, como el Derecho Romano, la antigua legislación española, el Código Albertino de Cedeña, y los Códigos de Austria, Holanda, Italia y Portugal; también cabe hacer una especial mención en éste punto, al Código español del año de

(22) Muñoz Luis. Derecho Civil Mexicano, (introducción Parte General, Derecho de Familia) Ediciones Modelo. Primera Edición. México, 1972. Pág. 23.

1851, proyectado por el jurisconsulto español Florencio García Goyena; el cual se emancipó, en buen grado del Código Francés.

Siendo éste el primer Código Civil de México, es decir, el de 1870, el cual derogó la legislación anterior según señala Manuel F. Chávez Asencio:

"El 13 de Diciembre de 1870, por Decreto No. 6855, se publica el Código Civil, en el que expresamente deroga toda la legislación anterior". (23)

A pesar de lo indicado, se puede afirmar que por necesidad no pudo aplicarse estrictamente esta aseveración, ya que podemos citar el Decreto firmado por Benito Juárez en fecha 5 de diciembre de 1867, establecía que una vez restaurada la república, se revalidarían los actos de estado civil registrados en el llamado Imperio, ya fueren ante autoridad civil o ante ministro de cualquier culto, aún cuando hubiere funcionario civil en el lugar designado por intervención del Imperio; lógicamente este Decreto tuvo que seguirse aplicando, aún después de la promulgación del Código Civil de 1870.

En cuanto a su formación, el Código de 1870 se compone de cuatro Libros, el Primero trata de las Personas, siendo del cual trataremos, por ser nuestro tema de estudio la tutela; el segundo de los bienes, la propiedad y sus diferentes modificaciones; el tercero habla de los contratos; y el cuarto de las sucesiones.

Dentro del Libro primero, en el Título noveno encontraré-

(23) Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho. (Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares). Editorial Porrúa. Segunda Edición. México, 1990. Pág. 65.

mos mayores elementos para nuestro tema, ya que es en el que se encuentra la mayor parte de lo relativo a materia de tutela. Para entrar en materia, diremos que el objeto de la tutela en el Código analizado, fue según lo narrado en su artículo 430:

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

En los dos posteriores artículos establece cuales son esas incapacidades, en los siguientes términos:

Artículo 431.- Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, o imbecilidad, aún cuando tenga intervalos lúcidos;
- III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir".

Artículo 432.- "Tienen incapacidad legal:

- I. Los pródigos declarados conforme a las leyes;
- II. Los menores de edad legalmente emancipados, para los negocios jurídicos".

Los principales razgos que sobresalen de este código, se pueden listar de la siguiente manera:

- a) Establece que la tutela es un cargo peronal, el cual, sólo podrá eximirse por causa legítima;
- b) Señala como órganos de tutela al tutor y al curador.

Artículo 433.- "La tutela se desempeña por el tutor, con intervención del curador, en los términos establecidos por la Ley".

- c) En este Código se habla de Diferimiento del tutor y curador, el que se podía realizar por medio de testamento, por ley o en caso de tutela dativa, por elección del incapaz mayor de catorce años, confirmada por el juez, o por nombramiento exclusivo de éste último.
- d) Se dió la tutela legítima sólo en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad.
- e) La mayor edad se alcanza a los veintiun años.
- f) El tutor garantizó el desempeño de su cargo, mediante hipoteca o fianza.
- g) Hubo un marcado predominio del hombre sobre la mujer.
- h) No existió el divorcio vincular.
- i) Las clases de tutela fueron: Testamentaria, legítima y dativa.
- j) La tutela cuidó de los sujetos a interdicción por demencia, idiotismo, imbecilidad, prodigalidad, sordomudez, así como la tutela para los menores de edad.
- k) No considera protegidos por la tutela a los ebrios consuetudinarios ni a los que hacen uso habitual de drogas enervantes.

Existen dentro de las anteriores consideraciones, cuestiones que son conveniente ampliar, y así, respecto al predominio del hombre sobre la mujer, a ésta se le privó no sólo del derecho a ser tutora, también se le restringió el ejercicio de la patria potestad, y sólo podía ejercitarla a falta de su marido. Cuando el hombre caía en estado de interdicción, como caso excepcional, la mujer pudo ser tutriz de su marido:

Artículo 549.- "El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido".

La anterior disposición suena armónica al considerar que no existió el divorcio vincular, por lo que sí pudo tener apli-

cación el anterior precepto en relación con el siguiente artículo relativo al matrimonio:

Artículo 159.- "El matrimonio es la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida".

La relación entre estos dos últimos artículos serán tema de análisis posteriormente, en los siguientes capítulos.

En el Código que nos ocupa, un punto que merece especial mención, es el relativo de la consideración interdicto al pródigo. El Libro primero, título noveno, capítulo tercero, se titula "De la interdicción de los pródigos". Para explicar en qué consiste la prodigalidad, citemos lo establecido por el artículo siguiente:

Artículo 473.- "La prodigalidad consiste en la profusión y desperdicio de la hacienda propia de modo que se consuma más de lo que importen las rentas o utilidades de los bienes en cosas vanas o inútiles".

Cabe señalar la importancia de la prodigalidad como causa de sometimiento a tutela, ya que ésta y la figura del heredero forzoso, desaparecieron junto con el Código Civil de 1870. La aparición de la tutela para el pródigo, tiene su explicación en lo ya narrado relativo a la etapa de codificación que se dió en los países más desarrollados de la época, por lo que es apropiado citar lo expuesto por Diego Espín Canovas, quien establece:

"En Francia al darse la codificación, se discutió en el consejo de estado la incapacidad del pródigo, se dijo que la propiedad comprende la facultad de usar y abusar de ella por parte de quien detenta ese derecho; a pesar de éste razonamiento

se estableció un sistema de incapacidad limitada, sometiéndose al pródigo a un consejo judicial, del que se requería su representación para realizar actos de gestión patrimonial". (24)

En el capítulo III, Título noveno del Libro primero se dieron las bases de la aplicación de la tutela para las personas que caían en estado de interdicción por prodigalidad, ya que se quiso dar un control para no proceder injustamente contra personas que únicamente disponían de su dinero para hacer negocios lícitos, así se consideró que el dinero ocupado de esa manera, aún cuando se perdiera por la escasa o nula experiencia por parte de la persona que lo realizara, no será ésta considerada pródigo y por ende, no estará sujeto a tutela, ya que sólo se le sujetó a dicha institución, a quienes ocuparon su patrimonio en determinadas actividades previstas en la ley: de ésta manera, cabe citar lo establecido en el:

Artículo 475.- "Se considera prodigalidad la disipación de los bienes en el juego, la embriagues y la prostitución".

Como consecuencia, del estado de interdicción por prodigalidad, se dió la figura del heredero forzoso, la cual tuvo que desaparecer junto con la del pródigo, ya que causaban problemas al ejercicio del derecho de propiedad, al respecto se consideró que se debía proteger los intereses de los descendientes, por ello lo citado anteriormente en el artículo 475; el objeto era que un padre irresponsable, no pudiera dilapidar el patrimonio que algún día pertenecería a sus hijos, y que en el momento de ser derrochado, también afectaba a la economía de la familia, recordando que el padre fue en ese tiempo, el único soporte económico de la familia, por lo que podemos decir que existió una buena voluntad por parte del legislador, pero no consideró un aspecto importante, como es el hecho de que el testador no podía

(24) Diego Espín Canovas. Derecho Civil Español. Editorial Revis-
ta de Derecho Privado. Primera Edición. Volúmen Primero.
(parte General). Madrid, 1951. Pág. 138.

disponer de ciertos bienes ya que se encontraban asignados legalmente a sus herederos, por ello y a pesar que para algunos fué benéfica la protección a los intereses de los herederos, también cabe el pensar que para otros la interdicción a los pródigos fue una restricción al derecho de propiedad.

No obstante la importancia que reviste el considerar los efectos originados por el despilfarro del patrimonio por un padre irresponsable con respecto a sus hijos, al analizar el fondo y causa del mismo, observamos que nos encontramos frente a una persona que se encuentra capaz de desarrollar muchas veces actividades complejas, por lo mismo, no es un ser afectado en sus facultades mentales, y la ley de ese tiempo casi lo consideró un demente, ya que le daba acción a su cónyuge y a sus hijos, por ser éstos sus herederos para pedir que el juez declarara el estado de interdicción por prodigalidad. En resumen, el Código Civil de 1870, al instituir al heredero forzoso, tuvo una buena intención, pero no consideró el derecho fundamental de propiedad. Fue hasta el Código civil de 1884, cuando se corrigió esta anomalía.

Otro punto importante a tratar, ya que será tratado en capítulos posteriores, es el de la emancipación, al respecto diremos que el tema fué tratado en el capítulo V, del Título cuarto, libro primero del Código en análisis. La emancipación en cuanto a los derechos que tenía posibilidad de ejercitar el emancipado, son parecidos a los que ejerce actualmente, pero existe una situación de trascendencia que se mantuvo hasta la Ley de Relaciones Familiares de 1917, en la que desapareció, contemplada todavía en el Código de 1884; se trata de la emancipación por voluntad de quien ejerce la patria potestad, para mayor entendimiento, reproduciremos lo establecido en los artículos 110 y 111 del primer Código mexicano, en el que se persive la coexistencia de la emancipación por causa de matrimonio y la que se dió por voluntad de quien ejercía la patria potestad:

Artículo 110.- "En casos de emancipación por matrimonio no se formará acta separada; el encargado del registro anotará las respectivas actas de nacimiento de los cónyuges, expresando al márgen de ellas quedar estos emancipados en virtud de matrimonio y citando la fecha en que ésta se celebró, así como el número y la foja del acta relativa".

Artículo 111.- Las actas de emancipación por voluntad del que ejerza la patria potestad, se formarán insertando a la letra la levantada por el juez que autorizó la emancipación; y se anotará el acta de nacimiento, expresando al márgen de ella quedar emancipado el menor, y citando la fecha de la emancipación y el número y foja del acta relativa".

B. CODIGO CIVIL DE 1884.

A pesar de sus cualidades, el Código Civil de 1870, requirió una revisión en su momento, y así mediante el Decreto de fecha 14 de Diciembre de 1883, se autorizó al Ejecutivo de la Unión, cargo que en esas fechas recayó en Manuel González, para promover la oportuna reforma, como ejemplo de la necesidad reformadora señalamos que se incluían normas procesales impertinentes en el Código de 1870, que confundían el deseo de adaptar al espíritu jurídico de la nación mexicana los preceptos jurídicos civiles sustantivos y adjetivos, así como lo referente a el patrimonio de familia en el que se marcó especialmente la necesidad de reforma, ésta se hizo con laudable rapidez, y comenzó a regir el nuevo Código Civil a partir del primero de junio de 1884.

El Código Civil del Distrito Federal y Territorios de la Baja California del año 1884, más conocido como el Código Civil de 1884, se conformó de la siguiente manera:

Contó con cuatro Libros; el primero se ocupó de las personas; el segundo de los bienes, la propiedad y sus modificaciones; el tercero de los contratos; y el cuarto de las sucesiones. Como podemos apreciar, al respecto no hubo modificaciones, en comparación con el Código antecesor, pero las hubo en los capítulos, por lo que analizaremos el libro primero, el cual corresponde a la tutela. Los capítulos del Título noveno del citado Libro del Código civil de 1870, fueron resumidos en menos capítulos en el Código Civil de 1884, trascendiendo la desaparición del capítulo relativo a la tutela de los pródigos, así se redujo de 4126 artículos en el Código de 1870, a 3823 en el de 1884.

El objeto de la tutela en el Código que ahora toca analizar fue el mismo que el establecido en el código anterior, señalado en su artículo 430; así el Código de 1884 señala en su artículo: 403.- "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bien de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos".

Pero adicionó, además:

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

Al respecto, diremos que el tutor interino apareció a partir del momento en que se inicia el juicio de interdicción y hasta que concluye éste, en ese momento sería substituído el interino por un tutor definitivo, nombrado por el juez. La intervención del tutor interino ya era contemplada en el Código Civil de 1870 siendo positiva la aclaración anterior para delimitar el período de intervención del tutor.

Se considera que uno de los cambios más importantes radicó en la introducción más novedosa en la legislación nacional, al establecerse la libertad para testar, lo que a su vez motivó, como señalamos anteriormente, la desaparición de la interdicción por prodigalidad, porque limitaba la libertad sobre la propiedad y por ello, una persona al testar no podía disponer por completo de sus bienes, ya que existía en el Código de 1870, la figura del heredero forzoso, el cual tenía sus derechos asegurados. En el Código Civil de 1884, desaparece también este heredero forzoso y así el testador ya dispone libremente de sus bienes al sucederlos; se relaciona la desaparición, por un lado del pródigo como interdicto y por otro del heredero forzoso, ya que en el anterior y primer Código mexicano, se facultó al cónyuge y al heredero forzoso para pedir el estado de interdicción del jefe de familia.

"El Código de 1884 introdujo como única innovación importante el principio de la libre testamentación, que abolió la herencia forzosa y suprimió el régimen de las legítimas en perjuicio principalmente de los hijos de matrimonio. Es decir, se suprimió el sistema de heredero forzoso (legítimos) por el cual el testador no podría disponer de ciertos bienes por estar asignados legalmente a sus herederos". (25)

El Código de 1884 siguió considerando a la tutela un cargo personal, se dió el diferimiento de cargo de tutor, también fué realizado por medio de testamento, por ley o por elección del mismo incapáz mayor de catorce años, con aprobación del juez y con sólo la elección de éste. La mayor edad se siguió fijando a los veintiun años, continuando la sujeción a la mujer.

(25) Manuel F. Chávez Asencio. La Familia en el Derecho. (derecho de familia y relaciones Jurídicas Familiares) Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1990. Pág. 68.

La tutela legítima protegió la interdicción para los dementes, idiotas, imbecilés y sordo-mudos, no fueron considerados los hebríos consuetudinarios ni los que hacen uso habitual de drogas enervantes como en el Código vigente. También consideró que la mujer de manera excepcional, podría ser tutora de su marido interdicto, de igual forma que en el Código antecesor, tampoco se aceptó el divorcio vincular. Los órganos de tutela siguen siendo el tutor y el curador y la forma en la cual el tutor garantiza la tutela es la Hipoteca y la Fianza.

Respecto a este Código, hubieron diversas opiniones en el extranjero,, siendo en general la crítica favorable. En opinión de Raoul de la Grasserie:

"Se halla en el Código Civil Mexicano la preocupación de un ideal de justicia distributiva, de una fina equidad, de una reglamentación integral, sin tratar por ello de oprimir la libertad o el vuelo del individuo. Derivado a la vez de la ley Española y Francesa, sabio y conciente, lleva el sello de su doble origen, procura conservar las cualidades buenas, destacando los defectos mostrados por la experiencia; está animado de un espíritu progresista y práctico y penetrado de la ciencia jurídica". (26)

Sin embargo tienen como defecto la falta de sistematización jurídica y existe cierta confusión entre la Hipoteca y la Prenda.

C. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Es conveniente hacer mención de ésta Ley, en virtud de que fué la que inspiró a nuestro Código Civil vigente en lo

(26) Muñoz Luis. Op.Cit. pag. 25

relativo a materia familiar. En ocasión del movimiento armado de 1910, el jefe del ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, promulgó el día 9 de abril de 1917 y la cual entró en vigor el día 11 de mayo del mismo año, la que a pesar de importantes reformas al Código de 1884, es posible detectarle un vicio en su creación.

"El nueve de abril de 1917, expide Venustiano Carranza la Ley Sobre Relaciones Familiares que se considera con un vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un congreso a quien correspondía darle vida". (27)

Esta ley derogó algunos capítulos del Código Civil de 1884 relativo a materia familiar. Sin embargo su artículo 403 fué reproducido íntegramente en el artículo 298 de la ley que nos ocupa y en la que se señala el objeto de la tutela, el que ya ha quedado expuesto en anteriores páginas.

Los rasgos distintivos de mayor trascendencia en materia familiar de la ley de 1917 son:

- 1) Esta ley consideró por primera vez en la legislación mexicana el divorcio vincular, esto tiene importancia en materia de tutela, como se puede observar en los siguientes artículos:

Artículo 750. "El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro".

En el Artículo 33, se establece cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.

- 2) Por primera vez se consideró la tutela para los ebrios; no así para los que hacen uso de drogas enervantes.

- 3) En cuanto a la emancipación, ahora sólo se dió por matrimonio del menor, autorizado por quien ejerce la patria potestad.
- 4) Consideró a la tutela como cargo personal.
- 5) La patria potestad, se ejerció por primera vez por parte del padre y de la madre.
- 6) Continuó dándose el predominio del sexo masculino, las mujeres seguían sin poder ser tutoras, salvo en la tutela legítima del marido interdicto y de los hijos legítimos y naturales. En lo relativo, siguió aplicándose lo establecido en los ordenamientos anteriores.

D. CODIGO CIVIL DE 1928.

El llamado Código Civil para el Distrito Federal y territorios Federales de 1928, es el que nos rige en la actualidad por decretos de fechas 7 de Enero y 6 de Diciembre de 1926, así como el 3 de Enero de 1928, los que confirmaron al ejecutivo la facultad para ordenar la redacción de un Código Civil, la elaboración del articulado se efectuó en la Secretaría de Gobernación por conducto de una comisión de jurisconsultos y fué promulgado el 30 de Agosto de 1928 por el Presidente de la República, Licenciado Plutarco Elias Calles; entró en vigor el primero de Octubre de 1932 y hasta esta última fecha rigió el Código Civil de 1884, considerando las modificaciones hechas por la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

El presente Código se compone de Cuatro Libros en el siguiente orden: Libro primero, de las personas; segundo, de los bienes; tercero, de las sucesiones; y Libro cuarto, de las obligaciones. En virtud de que será tratado el contenido de

éste código a lo largo de los siguientes capítulos con respecto al tema central que nos ocupa, sólo hablaremos ahora de sus rasgos sobresalientes:

Con respecto a la tutela, los puntos sobresalientes en el Código vigente son:

- 1) Considera a la tutela un cargo público.
- 2) Los órganos de tutela según en artículo 454 son el tutor, el curador, el juez de lo familiar y el consejo local de tutelas, con especial atención a la persona del incapacitado que a los bienes.
- 3) En general, se intentó armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo un excesivo individualismo manejado en el Código de 1884.
- 4) En relación a la tutela, se establece que la tutela legítima se dará cuando no haya quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario.
- 5) Puede escoger, en su caso, tutor un menor de edad que cuente con dieciseis años cumplidos, y la mayor edad se establece al cumplir 18 años.
- 6) La patria potestad la ejercen padre y madre, y a su falta, los abuelos paternos y maternos.
- 7) El artículo 449, nos establece el objeto de la tutela siendo el mismo que en el Código Civil de 1884 y la ley de Relaciones Familiares de 1917, pero adiciona un párrafo que establece: "En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y edu

cación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413".

- 8) En relación al tema, el Artículo 267 establece como causa de divorcio: VII.- "Padecer enagenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente.." y el Artículo 486.- "El marido es tutor legítimo forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido". Lo anterior se tratará en los siguientes capítulos.

C A P I T U L O I I I

DE LA PATRIA POTESTAD

- A. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD
- B. QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD
- C. QUIENES ESTAN SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD
- D. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD
 - 1. EN RELACION A LAS PERSONAS
 - 2. EN RELACION A LOS BIENES
 - 3. EXTINCION, PERDIDA Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD
- E. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

CAPITULO III

DE LA PATRIA POTESTAD

A. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

"La patria potestad se define como el conjunto de las facultades, que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria".
(28)

En la patria potestad podemos encontrar dos tipos de protección, una dirigida hacia los intereses materiales o asistencia protectora y otra dirigida hacia los intereses espirituales como la educación, en calidad de asistencia formativa; ambas a favor del menor de edad.

Messineo, autor italiano, de la teoría de los " Poderes Deberes " , nos da su concepto respecto de la patria potestad, el cual repara decididamente en la naturaleza jurídica de la institución; en los siguientes términos; expresando la relación existente entre un derecho subjetivo y una función, para mayor abundamiento debemos referirnos denominado deberes que constituyen una serie de conceptos morales en cuanto a la importancia preponderante que le concede a la persona del incapaz, y los llamados poderes, que no son otra cosa que las facultades necesarias.

(28) De Pina Vara Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano (Introducción-Personas-Familia). Volúmen Primero. Décimo-cuarta Edición. Editorial Porrúa. México, 1985. Pág. 373.

"La patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes: Poderes-Deberes) en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, e instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar". (29)

La anterior definición establece la necesidad de diferenciar lo que representa por un lado, la titularidad, y por otro, el ejercicio de un derecho para el caso de la institución denominada patria potestad, situación que atañe directamente lo relativo a capacidad.

La capacidad, como atributo de la persona, se puede dividir para su estudio en dos especies, la sustancial o de fondo y la adjetiva o procedimental; la primera representa la posibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, siendo ésta, la capacidad jurídica imprescindible en toda persona y conocida con el nombre de CAPACIDAD DE GOCE; la segunda viene a ser la parte dinámica por medio del otorgamiento y realización de actos jurídicos, mejor conocida como CAPACIDAD DE EJERCICIO.

Lo anterior quiere decir que el menor carece de capacidad de ejercicio en la esfera jurídica de su persona, no así de la de goce, por ser el atributo esencial de toda persona.

Muy por el contrario, los mayores de edad son susceptibles de ostentar ambas capacidades, es decir, la de goce y la de ejercicio, aunque no en todo momento; las siguientes citas bibliográficas servirán para ilustrarnos al respecto:

(29) Daniel Hugo D'Antonio. Patria Potestad. Editorial Astrea. Primera Edición. Buenos Aires, 1979. Pág. 26.

"El primer atributo de la personalidad es la capacidad. En sentido amplio, es decir, por capacidad en general entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones de ejercitar los primeros y contraer y cumplir los segundos en forma personal y comparecer - un juicio por derecho propio". (30)

"Es la capacidad de goce el atributo esencial e imprescindible de toda persona ya que la capacidad de ejercicio que se refiere a las personas físicas, puede faltar en ellas y, sin embargo, existir la personalidad". (31)

"La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos - o para ser sujeto de obligaciones. Todo sujeto debe tenerla". (32)

"En los menores de edad tenemos la capacidad de goce notablemente aumentada, podríamos decir que es casi equivalente a la capacidad de goce del mayor, en pleno uso y goce de sus facultades mentales. Sin embargo, existen restricciones a la capacidad de goce en los menores de edad". (33)

Así, la titularidad (Capacidad de goce), se refiere a un disfrute de un derecho, mientras que el ejercicio, hacen mención de la capacidad de obrar, siendo ésta la parte dinámica de la capacidad. Para constituir la titularidad de derechos y

(30) Domínguez Martínez Jorge A. Derecho Civil (Parte General Personas, Cosas, Negocios Jurídicos e Invalidez). Editorial Porrúa. -- Primera Edición, México, 1990. Pág. 166

(31) Bonetcase, Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Traducción, Licencia de José M. Cajica Jr. Puebla, 1945. Págs. 377 y 378.

(32) Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. Pág. 158

(33) Ibidem. pag. 164

así mismo ejercer la patria potestad, se requiere de dos componentes estrechamente ligados, uno de origen natural (finalidad de la autoridad paterna) y otro con esencia jurídica (distintos deberes), y a ambos se contraponen una constelación de derechos.

"La posibilidad de constituirse en titular de la patria potestad requiere la concurrencia de dos elementos, uno de origen natural y el otro con esencia jurídica, aunque se encuentre igualmente relacionado con la misma naturaleza". (34)

Se ejerce la patria potestad sobre las personas y bienes de los menores, el ejercicio de la guarda y educación se encuentra sujeto a las disposiciones respectivas señaladas en la Ley sobre protección social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal.

La patria potestad, al ir evolucionando a lo largo de la historia de los pueblos, ha dejado de ser un poder, un derecho autoritario del padre sobre del hijo, como ocurrió en el Derecho Romano y Germánico; hoy se considera una institución cuyo fin es la defensa de la persona y bienes del menor, con preponderancia de la persona, con la intervención y vigilancia del Estado, esta intervención se va desarrollando progresivamente hasta la mayor protección de los citados incapaces, siendo ésto una manifestación de interés público reconocida por sociólogos y juristas como necesaria dentro de la institución familiar, al desarrollarse y cumpliendo con su finalidad de protección a ese sector de la célula de la sociedad que por sus características naturales se haya inmerso en un desarrollo físico en trance, requiere cada vez de mayor atención jurídica.

(34) Daniel Hugo D'Antonio. Patria Potestad. Editorial Astrea. Primera Edición. Buenos Aires, 1979. Pág. 66.

Cabe recalcar en el sentido de que la patria potestad tiene un contenido ético y otro jurídico, no susceptibles de separarse uno del otro sin que afecten su naturaleza como institución, ya que en cuanto existe una persona investida de derechos, quien ejerce estas facultades, se encuentra justificado por los motivos morales de los fines de la citada institución, sobre todo en lo relativo al cuidado de el aspecto personal del menor. Como podemos observar, la denominación patria potestad que se aplica al conjunto de deberes y derechos que ostenta la persona que lo ejerce, es anacrónica e inadecuada en la actualidad, ya que fué denominada así por el derecho romano, en los tiempos en que verdaderamente el pater familias- ejercía sobre su hijo, un verdadero poder, manifestado a favor de aquél, no pretendía como ahora, la protección de quien se encuentra sujeto a ella; se ha pretendido cambiar la denominación de la institución que nos ocupa, por otra que tenga que ver con un sentido de función pública y protectora que se ha desarrollado en nuestros tiempos, la cual pudiera ser una expresión de enlace familiar y autoridad de la misma, sin perder de vista los intereses espirituales y materiales del menor en la esfera de derecho. Se han propuesto por algunos tratadistas nombres nombres como "autoridad parental", y otras, pero la mayor parte de los tratadistas y legisladores continúan fieles a la denominación tradicional.

La patria potestad no es renunciable, más el Código Civil vigente en el Distrito Federal, faculta a quien puede excusarse por las causas establecidas en el Artículo 448, el cual expresa:

Artículo 448.- "La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse.

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos.
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño".

Al hablar de la evolución sufrida por la patria potestad, podemos mencionar que existieron leyes dictadas a mitad del siglo XIX que consagraron la suavización continuada de la autoridad paterna, a la cual se consideró no merecía ser considerada potestad, oponiéndose los derechos del hijo y de la familia al derecho del padre, quedando la autoridad paterna, luego de tener la categoría de derecho egoísta, pasó a un altruismo, para llegar en las legislaciones modernas, a constituirse la patria potestad como un derecho-función, en este caso, son más los deberes que los derechos para quien la ejerce, siendo beneficiado el menor de edad.

B. QUIENES EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Al respecto señala el artículo 414 del Código Civil.

Artículo 414.- "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I. Por el padre y la madre;
- II. Por el abuelo y la abuela paternos;
- III. Por el abuelo y la abuela maternos".

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejerce la o las personas que le adoptaron, como consecuencia de la misma adopción; tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio, si los progenitores viven juntos y lo hayan reconocido, ambos la ejercerán; si viven separados los padres, pero se encuentra reconocido el hijo, ambos convendrán cual de los dos la ejercerá y de no hacerlo será el juez de lo familiar del lugar quien resuelva lo que ha de hacerse; viviendo los padres separados, ejercerá la patria potestad el primero que hubiere reconocido al menor, salvo convenio entre los padres, salvo convenio de los padres con la condición de que a juicio del juez no fuere necesario modificar el convenio por causa grave. En los dos últimos casos, cuando por cualquier causa deje de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro. En el momento que se separen los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que hubieren vivido juntos, si no se ponen de acuerdo de quien ejercerá la patria potestad, continuará ejerciéndola el progenitor designado por el juez. El hijo reconocido se le instituirá la patria potestad de acuerdo con los hijos nacidos en matrimonio.

C. ¿QUIENES ESTAN SUJETOS A LA PATRIA POTESTAD?

Son los señalados por el artículo 412 del código civil para el Distrito Federal.

Artículo 412.- "Los hijos menores de edad no emancipados caen bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley".

D.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.

En este punto distinguiremos los efectos de la patria potestad relacionado con las personas y con los bienes principalmente, para luego explicar el efecto final como término, pudiendo ser por causa natural, por actos ilícitos de quien la ejerce o por causas ajenas a su voluntad.

1.- En relación a las personas. Se trata tanto de las sometidas, como las que ejercen la patria potestad.

En cuanto a las primeras, para empezar, debemos delimitar ciertos aspectos marcadamente éticos que se establecen entre padres e hijos derivados del ejercicio de la relación filial, y así establece el Código Civil de referencia, que los hijos, cualquiera que sea su estado y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, lo cual se puede considerar un deber eminentemente ético de la relación padre-hijo en sentido amplio y no una consecuencia de la patria potestad en sentido específico.

Aquí encontramos el entrelace que se obtiene entre ley y ética, necesario para la relación filial y así los padres se encuentran como titulares del ejercicio de la patria potestad y de un deber moral, que comprende también a los demás ascendientes,

los que perciben un apoyo legal en sus relaciones familiares que les permite sentir un buen motivo de integración familiar.

La anterior disposición la encontramos en el artículo 411 del Código Civil para el Distrito Federal, quizás podría parecer superflua para quien pretenda ser mas formalista, sin embargo cabe señalar que en materia familiar, como rama del Derecho, siempre se ha relacionado de manera importantes las normas morales con las legales, además de ser un concepto tomado como criterio general en ésta clase de cuerpos legales.

Se ha dado ciertas disposiciones legales en nuestra legislación, que más que un derecho, ejercer la patria potestad es un deber de importante trascendencia, con el objeto de cuidar de daños al menor por causa de su supuesta inexperiencia, tales son:

- El hijo sujeto a la patria potestad no puede dejar la casa de los que la ejercen, sólo con su permiso o con decreto de autoridad.
- No puede comparecer a juicio el incapacitado sujeto a la patria potestad.
- El menor de edad no puede contraer obligación alguna, salvo consentimiento del que o los que ejerzan dicha potestad, pudiendo resolver el juez en caso de irracional disenso.

Si existiere entre quien ejerce y el que se encuentra sujeto a la patria potestad un interés opuesto, llevado a juicio o fuera de él, será presentado por el juez un tutor que represente sus intereses.

Respecto de las personas que ejercen la potestad en estu-

dio, en general, la obligación de las personas que ejercen la patria potestad, es de carácter civil, pero también puede ser de carácter administrativa, como puede ser la establecida en el artículo 53 de la Ley Federal de Educación, la que obliga a quien ejerce la patria potestad, a que sus hijos menores de quince años reciban educación primaria, también se les otorga la facultad de castigo moderado hacia sus hijos para corregirlos, con el apoyo de las autoridades, por medio de amonestaciones y correctivos, en forma de ayuda a la autoridad paterna. Se establece al respecto legalmente, una cierta medida para determinar, hasta donde el castigo de quien ejerce la patria potestad y en su caso la tutela, es moderado y hasta donde puede ser cruel, así el artículo 194 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, establece que las lesiones inferidas en ejercicio de la patria potestad y tutela con el objeto de corregir, son de las -- consideradas de primer grado, es decir, que no pone en peligro la vida y tardan en sanar menos de 15 días. Al excederse de esto, ya es crueldad.

El artículo 295 del citado código impondrá al delincuente la sanción que corresponda de acuerdo con la gravedad de las lesiones, siendo privado del ejercicio de la patria potestad en virtud de la cual tuviere el derecho de corrección.

Respecto de quien ejerce la patria potestad, existe la obligación de dar alimentos a sus hijos; quien ejerza la patria potestad, tiene la facultad y obligación de administrar los bienes que adquiera por cualquier título el sometido en la institución referida, a menos que los adquiera por medio de su trabajo, caso en el cual el menor cuenta con la propiedad, administración. quien ejerce la patria potestad, representa al incapaz en juicio.

Cuando es ejercida la citada institución por padre y madre o por abuelo y abuela, o por ambos adoptantes, según sea el caso

ambos decidirán quien se encargará de los dos de la administración de los bienes del menor, pidiendo quien sea designado a su cónyuge, consentimiento expreso para los actos más importantes de administración.

Artículo 435.- "Cuando por ley o por voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces".

2. En relación a los bienes.- Se clasifican en bienes obtenidos con el trabajo del menor y los que adquiere por cualquier otro título, en los primeros le pertenece la propiedad, administración y sus frutos al hijo, de los segundos, administran los que ejercen la patria potestad y les corresponde el 50% del usufructo producido. Existe una excepción a esta regla respecto de los bienes adquiridos "por cualquier otro título, que no sea el trabajo", y esta es cuando el hijo adquiere bienes por herencia, legado o donaciones, y el legatario o donante ha dispuesto que el usufructo pertenece al hijo por completo o que se destine a un objeto determinado; disposiciones que serán observadas y cumplidas.

También los padres pueden renunciar al 50% del usufructo que les corresponde, haciéndolo de forma expresa o tácita, de modo que no quede lugar a duda, a favor del hijo en legal modo, esta renuncia será considerada donación.

Los réditos y rentas vencidos antes de que los que ejerzan la patria potestad entren en posesión de los bienes del hijo y producidos por éstos, pertenecerán íntegramente al menor, y no son frutos que deban de gozar los que ejerzan la patria potestad.

El usufructo de los bienes que pertenezcan a los que ejercen la patria potestad provenientes de su parte de usufructo, estan sujetos a la obligación alimentaria que establece el artículo 319 del Código Civil vigente.

Artículo 319.- "En los casos en que los que ejerzan la patria potestad gozen de la mitad del usufructo de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si ésta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la patria potestad".

Además de la obligación alimentaria citada, tienen las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la de dar fianza, siempre que no haya sido declarado en quiebra o concursados, no contraigan matrimonio posteriormente (ulteriores nupcias), y no exista una administración notablemente ruinoso para los hijos.

La forma de extinguir el derecho de usufructo que ostente la persona que ejerce la patria potestad, es por emancipación o mayor edad de los hijos, por pérdida de la patria potestad y por renuncia.

En cuanto a la manera de que se puede garantizar que el que ejerce la potestad citada no abusará de la administración de los bienes del menor, es la siguiente:

- No puede enagenar ni gravar los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo, sólo podrá hacerlo por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio del menor y previa autorización judicial.
- No puede celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años ni recibir renta adelantada por más de dos.
- Tampoco se le permite vender valores comerciales, in-

dustriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por menor valor del cotizado en la plaza el día de la venta.

- Ni hacer donaciones de ellos, así como tampoco dar fianzas en representación de los hijos.
- Tiene la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos, entregándoselas tan pronto como se emancipen o lleguen a la mayor edad.

Se da una intervención a la autoridad judicial, la que se da a instancia del menor de edad, mayor de catorce años, de las personas interesadas o del Ministerio Público; interviniendo así el juez, quien estará facultado para tomar las medidas que sean necesarias, a efecto de impedir que la mala administración de quien ejerce la patria potestad, haga que los bienes del hijo se demeriten o derrochen, esto requiere de un requerimiento expreso por parte del juez, ya que esta prohibida la intervención de oficio.

3.- Extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad.

Los anteriores términos son distinguidos por nuestra legislación civil en relación con la patria potestad, de la forma en que ahora pasaremos a explicar, en relación a la ley:

Extinción.- Se extingue cuando la ley por medio de sus disposiciones pone fin a ella, no habiendo cometido acto culpable por parte de quien ejerce la patria potestad, indicándose los acontecimientos por los que ha de concluir. Así:

Artículo 443.- "La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra - persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo".

Pérdida.- Se pierde por motivos en que aparece culpabilidad por parte del titular en el cumplimiento de su labor encomendada, disponiendo la ley la privación de sus derechos. Así:

Artículo 444.- "La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;
- IV. Por exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses".

Suspensión.- Se suspende por razón de incapacidad que impide que la siga ejerciendo quien la desempeña o por haber sido sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión. Así:

Artículo 447.- "La patria potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente;
- II. Por la ausencia declarada en forma;
- III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión".

La forma mediante la cual se acaba el ejercicio de la patria potestad, se pueden clasificar en absoluta y relativa, al extinguirse en sí misma o propiamente dicha; o con relación a las personas que la ejercen.

Modos absolutos.- En nuestra legislación, son la muerte de quien la ejerce, no existiendo quien mas al que recaiga, la emancipación y la mayor edad, es decir, lo ya señalado por el artículo 443.

Modos relativos.- Es la anteriormente analizada pérdida de la patria potestad y explicada ya en el artículo 444 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

A efecto de abundar más en el tema, debemos señalar lo expuesto respecto del padre adoptivo en el ejercicio de la patria potestad:

"La muerte del padre adoptivo que ejercitaba la patria potestad -según el criterio sustentado sobre éste punto en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal- hace que el padre natural recobre su ejercicio, sin que sea el caso de nombrar tutor. Entiende el citado tribunal que el Código Civil para el Distrito Federal no resuelve esta cuestión de manera expresa, pero que de la correcta interpretación de distintos preceptos de dicho precepto legal y del estudio de los antecedentes que informan esta materia en la legislación mexicana, así como de la doctrina, se deduce la solución apuntada". (35)

Para concluir, señalaremos lo establecido en preceptos legales nacionales que servirán de análisis en el tema concreto de el presente trabajo:

(35) De Pina Vara Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano (Introducción-Personas-Familia). Volúmen Primero. Décimo-cuarta edición. Editorial Porrúa. México, 1985. Pág. 381.

Artículo 448 (Código Civil).- "La patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quien corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan sesenta años cumplidos.
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño".

Artículo 639 (Código Civil).- "Los menores de edad no pueden alegar la nulidad de que hablan los artículos 635 y 636 en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión o arte en que son peritos".

Artículo 23 (Ley Federal del Trabajo).- "Los mayores de dieciseis años pueden prestar libremente sus servicios, con las limitaciones establecidas en ésta ley. Los mayores de catorce y menores de dieciseis necesitan autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de la autoridad pública".

"Los menores Trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercitar las acciones que les correspondan".

"Comentario: Los mayores de 16 años tienen capacidad plena para celebrar por sí mismos contratos de trabajo, así como también gozar de capacidad procesal para intentar ante las autoridades del trabajo, las acciones que nazcan de la relación o del contrato de trabajo, por otra parte, los mayores de 14 y menores de 16 años pueden celebrar el contrato de trabajo mediante la autorización a que se refiere la Ley, de donde se deriva a su vez la capacidad procesal del los mismos". (36)

(36) Ley Federal del Trabajo (Comentarios, Prontuario, Jurisprudencia y Bibliografía). Quincuagésimaviena Edición, Editorial Porrúa. México, 1988. Pág. 35.

E. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION.

No existe suficiente jurisprudencia relativa a la patria potestad, pero de entre ellas, seleccionamos una que exprese la protección con que cuenta la citada institución:

1103.- "SUSPENSION TRATANDOSE DE MENORES. PRIVACION DE LA GUARDA".

"Contra la resolución que pretenda privar a quienes ejerzan la patria potestad, de la custodia del menor, procede conceder la suspensión sin fianza, para que las cosas se mantengan en el estado en que se encuentran, entre tanto se falla el fondo del amparo". Suprema Corte de Justicia. Tercera Sala. Fallos 1917 - 1965.

Quinta época Tomo XIX	Pág. 587.	García Felipe.
Quinta época Tomo XXII	Pág.1401.	Arenas de Nieto Carmen.
Quinta época Tomo XXIX	Pág.1315.	Liceaga del Corral R.
Quinta época Tomo XXXI	Pág. 765.	Cid Viuda de Paz Isabel
Quinta época Tomo XXXI	Pág.1557.	Flores Amada Francisca

C A P I T U L O I V

DE LA TUTELA

- A. CONCEPTO DE TUTELA
- B. PERSONAS SUJETAS A LA TUTELA
- C. PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA TUTELA
- C. DIFERENTES CLASES DE TUTELA
 - 1. TUTELA TESTAMENTARIA
 - 2. TUTELA LEGITIMA
 - 3. TUTELA DATIVA
- E. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA TUTELA Y LA PATRIA POTESTAD
- F. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION SOBRE LA TUTELA
- G. SISTEMA TUTELAR MEXICANO

CAPITULO IV

DE LA TUTELA

A. CONCEPTO DE TUTELA.

Con el objeto de entender la naturaleza jurídica de la tutela, es necesario entrar al análisis de las concepciones que enmarcan los diversos puntos de vista de autores que atribuyen como función principal a la institución señalada, el ser un cargo público, un cargo privado o bien una función jurídica.

Autores como Roberto de Ruggiero, consideran que al hablar de tutela nos estamos refiriendo a un cargo público, al considerarla un medio por el cual el Estado puede otorgar protección a los menores, así en su concepto:

"La tutela es un poder que imita en gran parte, a la patria potestad; en su especie más importante, la tutela de los menores, que sirve de modelo a las demás, viene a ser un subrogado de la patria potestad puesto que sólo funciona cuando ésta cesa por muerte de los padres o por perder éstos la patria potestad". (37)

En análisis al anterior concepto, podemos decir que si bien señala De Ruggiero a la tutela como un "poder", debemos

(37) De Ruggiero Roberto. Instituciones de Derecho Civil. Volúmen II, Traducción de la Cuarta Edición Italiana. Madrid, 1931. Pág. 236.

considerar la tendencia de la idea y expresarla como un "cargo público", ya que ese poder es conferido por las leyes del Estado; también la equipará el autor a la patria potestad, dándole preponderancia de modelo a la tutela que protege a los menores de edad, sobre la que protege a los demás incapaces. En apoyo a lo anterior es pertinente citar la siguiente opinión:

"Para algunos autores (Valverde y Ruggiero, verbigracia) la tutela es un cargo público, fundándose en que es una manera que el estado tiene de otorgar protección a la infancia; (Sánchez Román y Clemente de Diego, por ejemplo) es un cargo privado, por constituir a su juicio más que una función y una carga "un ministerio privado". (38)

Como se advierte de la anterior cita textual, se describe la contraparte de quienes ubican a la tutela como un cargo público indicando que los hay quienes la enmarcan como cargo privado.

Para otros, la tutela es una función jurídica la cual es confiada a una persona capaz, consistiendo en el cuidado de un incapaz, en su representación y administración de bienes. Uno de ellos es Marcel Planiol, que ubica a la tutela, además, como una institución de derecho privado, por lo que no se debe de atribuir carácter obligatorio ni ser considerada una carga legal. Lo anterior, en virtud de que en la legislación francesa un menor se encuentra protegido por la patria potestad y por la tutela al mismo tiempo, este autor nos da su idea de lo que es la tutela en los siguientes términos.

(38) De Pina Vara Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano (Introducción-Personas-Familia). Volumen Primero. Décima-cuarta Edición. Editorial Porrúa. México, 1985. Pág. 384.

"La tutela es una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de la de un incapaz y en la administración de los bienes de éste". (39)

El Código Civil vigente para el Distrito Federal, nos indica lo que, en nuestra legislación debemos entender por tutela en los siguientes términos:

Artículo 452.- "La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima".

Para complementar la idea de tutela en la legislación mexicana, citemos el siguiente precepto:

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

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

El artículo 413 señala en lo conducente, que la guarda y educación queda regulada por la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal. En tanto, la capacidad legal y la natural se delimita de la siguiente manera:

(39) Planiol Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Cárdenas Distribuidores y Editores. México, 1983. Pág. 303.

Artículo 450.- "Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia, por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.
- IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

La incapacidad que sólo es legal, enmarca unicamente al emancipado legalmente, esto es, por virtud del matrimonio, en los términos de los artículos 641 y 643, que constituyen el Libro primero, Título décimo del Capítulo I, del citado Código Civil, y que explicaremos más adelante.

Es necesario concluir, que antes que otra cosa, la tutela es una institución de derecho que cumple una función pública, siendo ésta principalmente, la protección a la persona, pero también al patrimonio del incapaz, ya sea por causa natural y legal o sólo de ésta última, siendo para quien ejerce el cargo de tutor, un deber público, y para el pupilo un derecho, también de interés público, en virtud de su falta de capacidad de obrar. La tutela puede suplir a otra institución, la patria potestad, en el caso de los menores de edad, cuando éstos no cuentan con sus padres o demás ascendientes que debieran ejercer esta institución al cuidado de su persona y bienes de manera más completa por los lazos de familiaridad; la tutela también pretende proteger a los demás incapacitados descritos en el artículo 450 precitado, buscando, en ambos casos, la preferencia por un tutor lo más acercado en lazos de parentesco al incapaz, es lo buscado.

Por lo anterior, diremos que la tutela es primordialmente una institución radicada dentro del derecho de familia, sin ol-

vidar el caso de los emancipados conforme a las leyes, quienes tienen incapacidad legal, unicamente, y a quienes la misma ley no les precisa un tutor familiar.

B. PERSONAS SUJETAS A LA TUTELA.

Como hemos visto, en nuestra legislación civil para el Distrito Federal, se consideran sujetos a tutela los menores de edad, así como los mayores de edad afectados de sus facultades mentales por causa de locura, idiotismo o imbecilidad, aunque lleguen a tener intervalos lúcidos; los sordomudos analfabetas (que no saben leer ni escribir); los ebrios consuetudinarios y los que hacen uso de drogas enervantes de forma habitual. Además existe una tutela para emancipados.

Tienen como punto común la tutela por causa de menor edad y la de por causa de las afecciones antes descritas, que ambas tienen por objeto cuidar del incapacitado bienes y persona, siendo en ésta última en la que se encuentra primordialmente su diferenciación ya que el aspecto personal que cuida la tutela para un menor es la educación y para los mayores de edad en estado de interdicción por las afecciones citadas es el cuidado de la salud. Existe un caso establecido por el Código Civil vigente para el Distrito Federal, en su artículo 464, en el que podemos observar ambas formas de tutela, unir las y separarlas posteriormente, por lo que a continuación se transcribe:

Artículo 464.- "El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordomudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de drogas enervantes, estará sujeto a la tutela de menores, mientras no llegue a la mayor edad".

"Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a la nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores".

Este cambio en la protección debemos situarlo por causas de modificación en el sujeto, ya que como es obvio, un menor sano requiere principalmente educación, en un mayor de edad enfermo, el objeto fundamental será alcanzar su salud, y en un menor de edad enfermo, serán educación y salud las metas principales.

A menores y mayores de edad en estado de interdicción, los protege la misma institución denominada tutela, por lo que podemos ubicar a ambos como sujetos a interdicción, sinónimo de incapacidad civil, de ésto hablaremos más adelante en el siguiente capítulo.

Lo anterior lo podemos comparar con la sujeción que se dió a la persona en la antigua Roma, en la que como señalamos en el Capítulo I de éste trabajo, la sujeción se estableció por un lado al menor de edad impúber, y por otro al menor púber así como al demente y al pródigo, considerados todos incapaces; la diferencia entre nuestra actual legislación civil mexicana y la Romana antigua, radica en que en la primera no existe cambio de institución de los incapaces menores y mayores de edad, siendo ésta la tutela; y en la segunda sí, ya que los menores impúberes estaban bajo tutela y los demás incapaces sujetos a la curatela. Por el contrario nuestro sistema jurídico considera al curador como el que vela por el buen funcionamiento y desempeño del tutor a cargo y por ende, de la tutela.

Nuestra legislación civil señala que para que cese y se extinga la tutela, deberán de cumplirse los presupuestos del artículo 606 del Código Civil vigente, es decir, por muerte del pupilo o por que desaparezca su incapacidad, así como cuando el incapacitado entre a la patria potestad, por reconocimiento o adopción.

En cuanto a los incapaces menores de edad, existe un caso específico que la ley señala en su protección, esta es la tutela

para los cónyuges emancipados, es decir, cuando han contraído matrimonio estos, como lo establece el artículo 641 del Código Civil de referencia, así los cónyuges menores tienen ya derechos y obligaciones en lo relativo a su matrimonio y a la persona de su cónyuge. Estos derechos y obligaciones han sido consideradas por el legislador para el efecto de que el emancipado pueda hacerle frente a los compromisos de su nuevo estado civil, para lo cual se le permite ejercitar su capacidad de obrar, aunque con ciertas limitaciones que encontramos señaladas en el artículo 643 del Código citado, que establece:

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

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

II. De un tutor para negocios judiciales".

Podemos considerar que las anteriores limitaciones a la capacidad del menor emancipado tienen por objeto protegerlo por su inmadurez o inexperiencia, más sin embargo existen algunas situaciones no muy bien basadas al respecto dentro de la misma ley, las cuales trataremos en el siguiente capítulo, al hablar del cónyuge interdicto y de su protección por la tutela y en general, por nuestra ley Civil.

C. PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA TUTELA.

Para poder establecer qué personas, de acuerdo con la ley, pueden ejercer el cargo de tutor de algún interdicto, sea cual fuere su incapacidad, ya por menor edad, ya por cualquiera de las otras causas, es necesario empezar por señalar las características que rechaza la ley en un tutor, es decir, cuando son

inhábiles para ejercer este cargo; con tal objeto citaremos los preceptos relativos del Código Civil vigente que nos ocupa, y que a la letra establece:

Artículo 503.- "No pueden ser tutores, aunque esten anuentes a recibir el cargo:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela
- III. Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- IV. Los que, por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;
- V. El que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad;
- VI. Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta.
- VII. Los que al diferirse la tutela tengan pleito pendiente con el incapacitado;
- VIII. Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable, a juicio del juez a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;
- IX. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia;
- X. El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;
- XI. Los empleados públicos de hacienda que por razón de su destino tengan la responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto ;

- XII. El que padezca enfermedad crónica contagiosa;
 XIII. Los demás a quienes lo prohíba la ley".

Existe también prohibición expresa contra las personas que hayan sido causa de la demencia, idiotismo, imbecilidad, sordomudez, embriaguez consuetudinaria y drogadicción, como incapacidad del sujeto a estado de interdicción, para ocupar el cargo de tutor o curador de aquél, y aún cuando sólo la hubiere fomentado. Las anteriores disposiciones legales, nos indican una forma de prevenir un mal desempeño de la tutela, es decir, fija las reglas para escoger a juicio del legislador, antes de que entre en funciones, a un tutor idóneo. Por otra parte, tenemos con el objeto de preveer también el buen funcionamiento de la tutela, los casos señalados en la ley, en los que una persona que ya se consideró idónea antes de ejercer el cargo de tutor, pero que posteriormente dentro ya del ejercicio de sus funciones, se le encuentran o sobrevienen características nefastas en su persona, contrarias a lo que se considera, debe caracterizar al tutor; Así el artículo 504 establece en lo conducente:

Artículo 504.- "Serán separados de la tutela:

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

VI. El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela".

Las fracciones III y V del anterior artículo, se refiere a un punto importante: las cuentas que debe rendir el tutor referentes a la administración de los bienes del pupilo, el primero establece que la rendición de cuentas ha de ser en el mes de enero de cada año independientemente de la fecha de inicio de funciones y no podrá excederse de 3 meses, ya que si lo hiciera, sería removido de su cargo. La segunda fracción nos habla también de las cuentas, pero haciendo mención al caso de que por medio de la dispensa puede contraer matrimonio tutor y pupila, la cual se les concederá por parte del presidente municipal respectivo, una vez aprobadas la cuentas; y en caso de contravención a éste mandamiento legal, causará la separación del cargo al tutor.

Existen además casos en que puede ser opcional para el señalado a desempeñar funciones tutelares el aceptarlas o no, dentro de las cuales también el juez de lo familiar llega a decidir si es o no apto para el cargo de tutor la persona elegida, por lo que podemos decir que se toma en cuenta la voluntad del presunto designado a ejercer la función señalada, nos referimos al caso de que pueda existir excusa que la ley señala en los siguientes términos:

Artículo 511.- "Pueden excusarse de ser tutores:

- I. Los empleados y 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 e 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. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no esten en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela".

Artículo 512.- "Si el que teniendo excusa legítima para ser tutor acepta el cargo, renuncia por el mismo hecho a la excusa que le concede la ley".

Las personas citadas en los preceptos anteriores que tienen excusa o impedimento legal, nos muestra las características exigidas por la ley y con ello determinamos qué personas pueden ejercer el cargo de tutor, ahora debemos determinar de entre qué personas se elige a la que debe tener las características requeridas por nuestra legislación, lo que analizaremos en el siguiente punto D.

D. DIFERENTES CLASES DE TUTELA.

En nuestra legislación civil, existen tres clases de tutela: La testamentaria, la legítima y la dativa, y ninguna de ellas puede conferirse sin la previa declaración judicial del estado de incapacidad de la persona que quedará sujeta a sus efectos, en los términos de los artículos 461 y 462 del Código Civil vigente.

El orden en que han sido nombrados con antelación las tres clases de tutela, tienen que ver con una preferencia en su aplicación práctica, esto es, que de ser posible, se aplicará la primera, y de no ser así se substituirá por la segunda y en su caso, ésta por la última. Para entender lo narrado, a continuación pasaremos a analizar cada una de ellas.

1. TUTELA TESTAMENTARIA:

Es la instituida en testamento que desempeña la persona designada en el mismo para tal efecto, por el último ascendiente del incapaz, que ejerce la patria potestad de éste; la primacía que le damos a esta tutela, consiste en que si dejó asentado, la persona que ejerce la patria potestad en testamento como designio de última voluntad, a la persona que ejercerá la tutela del menor, aunque se encontraran en disposición ascendientes de grado ulterior para ejercer la patria potestad, se hará cargo aquel nombrado en testamento; de igual forma, cuando alguien deje bienes en testamento a un menor sobre quien no ejerza la patria potestad, podrá nombrarle tutor para la administración de aquel legado.

No sólo se podrá nombrar tutor testamentario a los menores de edad, la ley establece que también al sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, podrá nombrarle esta clase de tutor el padre que ejerza la tutela de aquel, en caso de que la madre

haya fallecido o no pueda ejercerla por algún impedimento legal, la madre en su caso, también puede hacer éste nombramiento. El adoptante que ejerce la tutela de su hijo adoptivo, también tiene derecho de nombrarle a éste tutor testamentario. Es preciso indicar que deberán ser observadas todas las reglas y limitaciones o condiciones puestas por el testador para el ejercicio de la tutela, siempre que no vayan en contra de la ley o cuando el juez, oyendo al tutor y curador, las estime perjudiciales para el incapaz, pudiendo dispensarlas o modificarlas; cuando sean nombrados por el testador varios tutores, será el primero señalado por aquel quien ejercerá la tutela, y los substituirán por orden de aparición los subsiguientes, en caso de muerte, incapacidad, excusa o remoción, esto se aplicará siempre que no haya sido indicado el orden en que deberá sucederse en el desempeño de el ejercicio de la tutela. Si por nombramiento condicional, o por cualquier otro motivo falta tutor testamentario, temporalmente, operará un interino.

2. TUTELA LEGITIMA.

Se ha considerado a ésta tutela como la diferida por la ley, se nombra en segundo término precisamente porque es aplicable a falta de quien ejerce la patria potestad, y de tutor testamentario, observemos el siguiente artículo:

Artículo 482.- "Ha lugar a la tutela legítima:

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

En la fracción II del anterior artículo, hemos de hacer notar que pareciere que la ley sólo se refiere a los menores emancipados al divorciarse, ya que el capítulo III, título nove-

no de el Libro primero en el Código Civil en estudio, en que se haya el artículo 482, que antecede, se denomina "De la tutela Legítima de los menores: en el capítulo V del presente trabajo haremos notar que no solamente se aplica la tutela en caso de divorcio, para menores de edad, sino que también para cuando hay divorcio de interdictos mayores de edad. El Código Civil vigente para el Distrito Federal, señala tres divisiones dentro de la tutela legítima que son: La tutela legítima de los menores; la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbéciles, sordo-mudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes; y por último la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia.

La tutela legítima de los menores, es la que corresponde ejercer, según la ley:

Artículo 483.- "La tutela legítima corresponde:

- I. A los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas;
- II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive;

En caso de existir varios parientes en el mismo grado, a los cuales les correspondiera el cargo de tutor, el juez preferirá el que a su juicio le parezca más apto para el desempeño del cargo, pero habiendo cumplido el menor 16 años, será él quien decida quien lo ha de tutelar, la falta temporal de tutor, se suplirá de conformidad con las reglas que se han descrito.

La tutela legítima de los dementes, idiotas, imbéciles, sordo-mudos, ebrios consuetudinarios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, en primera instancia, nuestra legislación señala que deberá ejercer la tutela el cónyuge de manera "forzosa" de su consorte en estado de interdicción, por

éstas causas; lo cual en opinión personal, parece una utopía, como se apreciará en el análisis desarrollado en el siguiente capítulo V. Sigue señalando el ejercicio de la tutela a cargo de los hijos mayores de edad, de su padre o madre viudo, lo que veremos, tiene excepción cuando hablemos de la jurisprudencia al respecto, en el punto "F" del presente capítulo. Los padres son de derecho tutores de sus hijos aún siendo viudos o solteros en estado de interdicción, a falta de hijos que de ellos pudieren ejercer la tutela debiendo de ponerse de acuerdo respecto de cual de los padres la ejercerá; conviene recordar que para éste tipo de sujetos a interdicción, si se puede nombrar tutor testamentario, siempre que sea por causa de afección mental, por parte de sus padres. A este respecto:

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

Lo señalado en este artículo nos establece que además de los parientes descritos expresamente, serán llamados a la tutela legítima que nos ocupa para su ejercicio, a los demás colaterales dentro del cuarto grado, y habiendo varios en el mismo grado que debieren ejercerla, el juez eligirá al que le parezca más apto, para el cargo de tutor.

La tutela legítima de los menores abandonados y de los recogidos por alguna persona o depositados en establecimientos de beneficencia, ésta tutela legítima no es motivo de estudio en este trabajo, por lo que únicamente narraremos en este punto los tres artículos que componen el capítulo V del Título noveno, Libro primero del Código Civil que nos ocupa, ya que es aquí donde encontramos los tres artículos que de ella hablan:

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

Artículo 492.- "La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores".

Artículo 493.- "Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento".

Artículo 494.- "En los casos del artículo anterior, no es necesario el discernimiento del cargo".

3. TUTELA DATIVA.

Esta tiene lugar cuando no hay tutores testamentarios o legítimos, también en caso de impedimento temporal del tutor testamentario si no existe colateral dentro del cuarto grado de parentesco con el incapaz; al cumplir dieciseis años el menor podrá designar a su tutor dativo, ésta será aprobada o no por parte del juez de lo familiar, de ser negativa la designación o si el menor no ha cumplido 16 años de edad, será el juez citado quien designará al tutor de entre los que figuren en las listas de tutores proporcionadas a él por el Consejo Local de Tutelas. Además de los menores de edad que no tengan quien ejerza sobre ellos la patria potestad ni la tutela testamentaria o legítima, se encuentran también sujetos a tutela dativa, para asuntos judiciales el menor de edad emancipado, ya que la tutela para éste siempre será dativa. Para el caso de que el menor carezca de bienes, tendrá esta tutela el objeto de que el menor reciba la debida educación, el nombramiento de este tipo de tutor, será a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del menor si ha cumplido 16 años, y en su defecto por el mismo juez de lo familiar.

Además de las personas listadas por el Consejo Local de Tutelas, para el caso en que el menor carece de bienes pueden ser nombrados tutores dativos los señalados a continuación por nuestra legislación civil.

Artículo 501.- "En el caso del artículo anterior, tienen la obligación de desempeñar la tutela, mientras duran en los cargos que a continuación se enumeran:

- I. El presidente municipal del domicilio del menor;
- II. Los demás regidores del ayuntamiento;
- III. Las personas que desempeñan la autoridad administrativa en los lugares en donde no hubiere ayuntamiento;
- IV. Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde vive el menor;
- V. Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del herario;
- VI. Los Directores de establecimientos de beneficencia pública".

Sólo serán nombrados tutor dativo a cualquiera de los citados, cuando estén conformes en desempeñar gratuitamente la tutela de que se trata. El juez de lo familiar procurará que el cargo se reparta equitativamente.

E. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LA TUTELA Y LA PATRIA POTESTAD.

Como semejanzas, diremos que ambas son instituciones de derecho familiar o de familia, así como que las dos pretenden proteger la persona y bienes de sujetos que no tienen completa su persona jurídica, ya que tienen capacidad de goce, pero no de ejercicio. Como diferencias, encontramos que la patria potestad es una institución que pretende proteger a menores de edad, en tanto que la tutela es una institución que protege a menores de edad sanos, afectados por otras causas de interdicción y emancipados; así como al mayor de edad interdicto por locura, idiotismo, imbecilidad, sordomudez, a ebrios consuetudinarios y a los que hacen uso habitual de drogas enervantes. Otra diferencia es que la patria potestad emana de la naturaleza de la relación padres a hijos; mientras que la tutela parte de una consideración legislativa plasmada en la ley.

Por lo anterior podemos afirmar que existen dos instituciones dentro del derecho de familia que son protectoras de personas en estado de interdicción, según sea el caso y las circunstancias que lo rodeen, ya que si bien la patria potestad es un poder de protección ejercida por los padres y abuelos en su oportunidad, la tutela viene a ser un poder con que la sociedad ha acordado investir a algunas personas que tendrán por objeto proteger a aquellos que por su edad o por otra causa de incapacidad y prohibición civil de ejercitar sus derechos, no pueden proveer la protección de su persona y de su patrimonio al cien por ciento.

La tutela no es un poder protector constituido por la naturaleza, ya que la ley la organiza para suplir el defecto de capacidad de una persona ya sea en menores que les falta la protección natural emanada de la patria potestad, ejercida por sus ascendientes o en cualquier otro tipo de incapacitados que señala la ley.

F. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION SOBRE LA TUTELA.

Podemos citar, respecto de la tutela una tesis jurisprudencial del Estado de Morelos, que pudiera parecer contradictoria a la naturaleza misma de la institución que nos ocupa, y es la que le concede el ejercicio de la tutela a un menor de edad, en virtud de que comunmente a este también lo podemos considerar incapaz; a la letra nos dice:

"TUTELA LEGITIMA, ARBITRIO JUDICIAL PARA DETERMINAR EN FAVOR DE QUIEN PROCEDE. LEGISLACION DEL ESTADO - DE MORELOS".

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

Fuente	: Civil	Amparo Directo 7805/86
Sección	: Informe 1987(Semanario)Tomas Jiménez Contreras	
Página	: 247	22 de Abril de 1987
Tomo	: II	5 votos.

Ponente: Victoria Adato Green de Ibarra/Secretariado:
Raúl Melgoza Figueroa.

Como podemos ver, en el estado de Morelos ya se ha considerado la necesidad de otorgar el cargo de tutor a un menor de edad trascendiendo hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que ha hecho un análisis en el sentido de la libertad en la aplicación del criterio que se le concede al juzgador para determinar, quien de entre varios menores de edad, puede ser más apto para el desempeño de la tutela de sus padres sujetos a estado de interdicción; seguramente porque se consideró la conveniencia de dejar al cuidado de un interdicto a un familiar, aún siendo menor de edad porque se ha considerado con la capacidad natural necesaria, para el ejercicio de ese cargo, aunque quizá no todos los menores la posean.

El artículo correlativo del Código Civil vigente para el Distrito Federal, del primero mencionado en el texto de la anterior tesis jurisprudencial de la Suprema Corte, viene a ser el artículo 488, que establece:

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

Este último artículo sólo se diferencia del artículo 590 del Código Civil del Estado de Morelos en el sentido de que este habla de "hijos menores de edad", por todo lo demás son textualmente iguales.

El Código Civil del Distrito Federal, contrario a lo establecido por el precepto invocado en la anterior Tesis Jurisprudencial, señala en su artículo 491:

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

Es decir, que mientras una legislación, a un menor lo pone en ejercicio de la tutela, la otra lo subordina a un tutor nombrado para su ascendiente. De lo anterior se desprende que nuestro derecho tutelar, se encuentra en una etapa de transición en lo que respecta a considerar la capacidad de los hasta hoy llamados menores de edad, como veremos en el siguiente capítulo, donde citaremos el análisis de otros casos en el que ya se considera el ejercicio de sus derechos por parte de menores de edad. En un concepto personal, lo anterior va a motivar la liberación de los derechos de los menores.

La importancia de la jurisprudencia tratada en éste punto radica en que la ley considera tásitamente sujeto a interdicción al menor de edad y el emancipado por causa de matrimonio, lo es para nuestra legislación, por tanto y siendo el punto principal de estudio en este trabajo la deficiencia que tiene la tutela para proteger a los cónyuges en estado de interdicción, es parte de ese estudio el cónyuge menor de edad o llamado emancipado.

G. SISTEMA TUTELAR MEXICANO

Para poder establecer cual es el sistema tutelar ejercido en nuestro país, es necesario indicar la clasificación de los tipos de sistemas tutelares que operan en el mundo; estos son la tutela de autoridad, la tutela familiar y la tutela mixta.

Los dos primeros son la base del tercero que tiene un carácter ecléctico no muy bien definido. La tutela de familia es nacida de las asambleas de parientes del derecho consuetudinario francés, y la tutela de autoridad del Tribunal Especial de Tutelas en el sistema germánico; de ésta forma el tutor constituye para estos sistemas un órgano de alta dirección y vigilancia que no se dió en el derecho romano, ya que la tutela romana no pasó a estos sistemas con la pureza que otras instituciones de derecho.

Así debemos entender que en los sistemas de derecho moderno encontramos estas tres tendencias de organización tutelar, en la llamada tutela de autoridad el mecanismo y funcionamiento se ejercen por parte de autoridades administrativas o judiciales, en la tutela de familia corren a cargo de una organización de carácter parental, y la tutela mixta tiene algo de las dos anteriores y su estructura funcional depende de la forma que deseen darle los países que la apliquen. Como ejemplo de legislaciones que aplican respectivamente estos sistemas, tenemos:

Tutela de familia: España, Francia, Italia, Portugal, Rumanía y algunos de América Central y Meridional.

Tutela de autoridad: Inglaterra, Alemania, Suiza, Holanda, América del Norte, Brasil y Bolivia, aquí la autoridad es preponderante para la tutela.

Tutela mixta: México, Nicaragua, Costa Rica, Argentina, Paraguay y Uruguay.

A este respecto, y considerando que nuestra atención debemos enfocarla en nuestra legislación, es pertinente apreciar otra opinión que ubica a la tutela mexicana como tutela de autoridad:

"Consideremos primeramente la tutela de autoridad, porque es la primera que aparece en la legislación histórica... Actualmente se practica en el derecho alemán y en los países cuyos Códigos están cortados a su patrón, así como algunas legislaciones de los pueblos sudamericanos, como México".(40)

Pese a la anterior cita, entiendo más apropiado considerar a la tutela mexicana como mixta, ya que si bien cuenta con Organos de Gobierno que la ejercen y coadyuvan a su buen funcionamiento, también se le dá preponderancia al ejercicio del cargo de tutor por parte de familiares del incapacitado, como hemos apreciado. Así tenemos:

Artículo 454.- "La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo local de Tutelas, en los términos establecidos en éste Código".

El tutor, en nuestro sistema legal, viene a ser un cargo unipersonal, y es considerado el órgano ejecutivo de la tutela, para el desempeño de éste cargo debe presentarse caución por parte del tutor dentro de los tres primeros meses luego de aceptado su nombramiento, y si no pudiera dar dicha garantía, se nombrará otro tutor; en el transcurso de los tres meses señalados, se hará cargo de la administración de los bienes del incapaz un tutor interino, que los recibirá mediante inventario solemne, este ejercerá dicho cargo ejecutando actos indispensables tendientes a la conservación de los bienes y percepción de los

(40) Federico Puig Peña. Tratado de Derecho Civil Español. (Derecho de Familia, Paternidad y Filiación). Tomo II. Volúmen II Editorial Revista de Derecho Privado. Pág. 325; Madrid.

A este respecto, y considerando que nuestra atención debemos enfocarla en nuestra legislación, es pertinente apreciar otra opinión que ubica a la tutela mexicana como tutela de autoridad:

"Consideremos primeramente la tutela de autoridad, porque es la primera que aparece en la legislación histórica... Actualmente se practica en el derecho alemán y en los países cuyos Códigos están cortados a su patrón, así como algunas legislaciones de los pueblos sudamericanos, como México".(40)

Pese a la anterior cita, entiendo más apropiado considerar a la tutela mexicana como mixta, ya que si bien cuenta con Organos de Gobierno que la ejercen y coadyuvan a su buen funcionamiento, también se le dá preponderancia al ejercicio del cargo de tutor por parte de familiares del incapacitado, como hemos apreciado. Así tenemos:

Artículo 454.- "La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo local de Tutelas, en los términos establecidos en éste Código".

El tutor, en nuestro sistema legal, viene a ser un cargo unipersonal, y es considerado el órgano ejecutivo de la tutela, para el desempeño de éste cargo debe presentarse caución por parte del tutor dentro de los tres primeros meses luego de aceptado su nombramiento, y si no pudiera dar dicha garantía, se nombrará otro tutor; en el transcurso de los tres meses señalados, se hará cargo de la administración de los bienes del incapaz un tutor interino, que los recibirá mediante inventario solemne, este ejercerá dicho cargo ejecutando actos indispensables tendientes a la conservación de los bienes y percepción de los

(40) Federico Puig Peña. Tratado de Derecho Civil Español. (Derecho de Familia, Paternidad y Filiación). Tomo II. Volúmen II Editorial Revista de Derecho Privado. Pág. 325; Madrid.

productos. Cualquier otro acto de administración requerirá autorización judicial, con la intervención del curador. La caución consistirá en hipoteca o prenda y en su caso, en fianza: Existen además a quienes se les exceptúa de éste cargo, entre los que se señalan, como decisión del juez, con la intervención del curador y del Consejo Local de Tutelas, como opcional el que la otorgue el consorte de un cónyuge en estado de interdicción. Los lineamientos a seguir al respecto los encontramos en los artículos 519 al 534 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

A pesar de que garantice el tutor el desempeño de su cargo no impide que el juez de lo familiar, a petición del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutela, de los parientes próximos al incapacitado o de éste mismo cuando haya cumplido 16 años (en tutela por menor edad), dicte providencias tendientes a la conservación de los bienes del pupilo. El tutor tiene obligaciones, pero también derechos que se han considerado con el fin de proteger los intereses del incapaz.

Así al titor esta obligado en forma genérica, a alimentar, educar, -- cuidar la salud y bienes del incapacitado, así como el inventariarlos para -- determinar el monto de su patrimonio, esta última obligación no podrá ser -- dispensada; tiene también el deber de administrar y rendir cuentas anuales -- de su función, a representarlo, con excepción de actos jurídicos como el matrimonio, reconocimiento de hijos o testamento; a solicitar autorización judicial para determinados actos y destinar al menor a la carrera, oficio o -- arte que éste elija, de acuerdo con sus circunstancias.

Como derechos del tutor respecto del pupilo encontramos el que se le retribuya económicamente su función, la cual se fija de un cinco a un diezpor ciento de las rentas líquidas producidas por los bienes del incapaz -- que él administre : como caso ex-

traordinario podrá percibir hasta un veinte por ciento de los productos líquidos si se comprueba que los bienes del menor han aumentado debido únicamente a la buena administración del tutor. Otro derecho lo constituye el de corregir y castigar al menor moderadamente.

El Código Civil para el Distrito Federal, establece prohibiciones que el tutor debe de observar en el desempeño de su cargo:

- El tutor no puede empezar el ejercicio de la administración de los bienes del pupilo, sino hasta que se haya nombrado curador.
- No puede vender valores comerciales o industriales, títulos de rentas, frutos y ganado del incapaz en menor precio del que se cotizen en la plaza el día de la venta.
- Tampoco puede comprar o vender con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ésta los bienes del incapacitado.
- No podrá hacer ningún tipo de contrato respecto de los bienes del incapacitado, para sí, sus descendientes, su mujer hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, salvo si aquel o éstos son coherederos del incapacitado.
- No debe hacer pago de sus créditos contra el incapacitado sin la conformidad del curador y la aprobación judicial.
- No puede aceptar a su favor a título gratuito u oneroso, la cesión de derechos o crédito alguno contra el incapacitado.

- No podrá transigir o comprometer en árbitros, arrendar los bienes del incapaz por más de 5 años ni recibir adelanto de más de dos, salvo en caso de necesidad o utilidad y sólo con consentimiento del curador y autorización judicial.
- No podrá contraer matrimonio con la persona que tiene o haya tenido a su cargo a no ser que haya obtenido dispensa, antes de ser aprobadas la cuentas de la tutela.
- No puede hacer donaciones a nombre del incapaz.
- Tampoco recibir sin autorización judicial dinero prestado a nombre del pupilo, aún cuando no se constituya hipoteca en el contrato.

El Curador tiene sus orígenes en el Derecho Consuetudinario francés, se instituyó en el Código de Napoleón, hasta nuestros días; es considerado como un órgano de vigilancia y dirección del buen desempeño de la tutela.

Quienes tienen derecho de nombrar tutor, lo tienen de nombrar curador, así los impedimentos y excusas de unos, también se aplican a los otros; podrán nombrar curador por sí mismos con aprobación judicial, los que puedan nombrar tutor dativo, los menores emancipados pueden nombrar curador para negocios judiciales y el curador de todos los demás individuos sujetos a tutela, será nombrado por el juez.

Será nombrado curador interino, en los casos en que se contrapongan intereses de incapacitados protegidos por la misma tutela; mientras se arregla la decisión respecto del impedimento, excusa o separación del cargo de curador, una vez arreglado, se nombrará otro curador; cuando se nombre tutor interino al menor.

Como derechos del curador, puede ser relevado de su cargo al cumplir diez años en funciones, ésta actividad le retribuirá económicamente, y tendrá derecho a cobrar el honorario conforme al arancel de los procuradores, no más; los gastos realizados con motivo de la función a él encomendada, le serán retribuidos.

En cuanto a las obligaciones del curador encontramos, el deber que tiene de defender judicial o extra-judicialmente al incapaz, cuando se contrapongan sus derechos con los del tutor; avisar al juez de lo familiar de la conducta del tutor que pueda dañar al incapaz, de aquí su carácter de vigía; avisar la falta de tutor al citado juez, a efecto de proveer el nombramiento que corresponda. Cuando falte a sus obligaciones el curador, responderá de los daños y perjuicios que con ese motivo cause al incapaz.

Se extingue la curaduría, al extinguirse la tutela.

El Consejo Local de Tutelas, es un Órgano de vigilancia e información, debiéndose establecer uno en cada municipalidad, este Órgano de la tutela se compone de un presidente y dos vocales, nombrados todos por el ayuntamiento en su primera cesión que celebren cada enero, así durarán un año los citados cargos otorgados a personas de buenas costumbres, interesadas en la protección de la infancia desvalida.

Sus obligaciones son formar y enviar al Juez de lo Familiar las listas de personas de la localidad, que por sus características morales y aptitud legal puedan desempeñar el cargo de tutor y curadores, cuando sea el juez quien deba hacer dicha designación vigilará que el tutor cumpla con sus deberes, con preponderancia de la persona incapacitada y avisando al juez cualquier anomalía, también relativas al peligro que corran los bienes del incapaz, o si carece de tutor o si éste ocupa, como debe ser, preferentemente los recursos del incapacitado en la

educación, curación o regeneración, según fuere la interdicción que se trate; para que el juez de lo Familiar tome las medidas que correspondan. También vigilará que el registro de tutela sea llevado en forma.

Los Jueces de lo Familiar, por su parte, son las autoridades encargadas en la legislación mexicana, de intervenir en los asuntos que de tutela se trate, a efecto de establecer una sobrevigilancia respecto de los actos del tutor, para impedir el mal uso del patrimonio del pupilo y su mala atención personal, mediante actitudes y disposiciones que la ley le concede:

Artículo 633.- "Los Jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerá una sobrevigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus bienes".

Siempre que se encuentre pendiente el nombramiento de tutor el Juez de lo Familiar tendrá la obligación de dictar las medidas tendientes y adecuadas para que el incapaz no sufra menoscabo en su persona y patrimonio. En nuestro sistema tutelar se ha pretendido sentar las bases de protección al incapaz, así se ha considerado que se extingue la tutela por muerte del pupilo, al desaparecer su incapacidad, y cuando el incapacitado sujeto a tutela, entra bajo la protección de la patria potestad, ya sea por adopción o reconocimiento.

Cuando ocurran cualquiera de los anteriores casos, se extingue la tutela y el tutor deberá hacer entrega de los bienes y documentos que pertenecieron al incapacitado, teniendo especial atención en el balance de la última cuenta aprobada judicialmente, en el caso de que exista ésta, pero aún faltando la rendición de cuentas el tutor tiene la obligación de entregar bienes y documentos, y aquella deberá realizarse dentro del mes siguientes

te a la terminación de la tutela.

La totalidad de las acciones relativas a la administración de la tutela que el incapacitado tiene posibilidad de ejercer en contra del tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, se extinguen en un término de cuatro años, contados desde el momento que cumpla su mayor edad o desde que haya recibido los bienes y la cuenta de la tutela o desde que haya cesado la incapacidad en el caso de otras causas de interdicción diferentes a la mayor edad.

Cuando ha fenecido la tutela dentro de la menor edad del incapaz se computará el término señalado con antelación, para el ejercicio de las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le sucedan en el cargo, a partir del día que llegue a la mayor edad; en cuanto a los demás incapaces, se computa éste término a partir del momento en que cesa su incapacidad.

Es importante señalar el cambio o sucesión de tutor, es decir, cuando termina en su ejercicio tutelar un tutor sin que se extinga la tutela, aquí el tutor entrante esta obligado a exigir al saliente, la entrega de bienes y cuentas, y si no lo hiciere así, es responsable de todos los daños y perjuicios que su omisión repercuta en el incapaz.

te a la terminación de la tutela.

La totalidad de las acciones relativas a la administración de la tutela que el incapacitado tiene posibilidad de ejercer en contra del tutor, o contra los fiadores y garantes de éste, se extinguen en un término de cuatro años, contados desde el momento que cumpla su mayor edad o desde que haya recibido los bienes y la cuenta de la tutela o desde que haya cesado la incapacidad en el caso de otras causas de interdicción diferentes a la mayor edad.

Cuando ha fenecido la tutela dentro de la menor edad del incapaz se computará el término señalado con antelación, para el ejercicio de las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le sucedan en el cargo, a partir del día que llegue a la mayor edad; en cuanto a los demás incapaces, se computa éste término a partir del momento en que cesa su incapacidad.

Es importante señalar el cambio o sucesión de tutor, es decir, cuando termina en su ejercicio tutelar un tutor sin que se extinga la tutela, aquí el tutor entrante esta obligado a exigir al saliente, la entrega de bienes y cuentas, y si no lo hiciere así, es responsable de todos los daños y perjuicios que su omisión repercuta en el incapaz.

C A P I T U L O V

DEL CONYUGE INTERDICTO

- A. DE LA INTERDICCION EN GENERAL
- B. DEL CONYUGE INTERDICTO
- C. PROTECCION AL CONYUGE INTERDICTO Y SUS DEFICIENCIAS
- D. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION AL RESPECTO

C A P I T U L O V

DEL CONYUGE INTERDICTO

A. DE LA INTERDICCION EN GENERAL.

Para poder establecer lo que debemos entender por sujeto en estado de interdicción o interdicto, analizaremos en primer término los conceptos que al respecto nos ofrece la doctrina, estableciendo de que forma se equiparán aquellos conceptos a la ley, finalizando con una crítica en virtud de conceptos médicos relacionados con la interdicción. La doctrina nos da su concepción en opinión de Rafael Pina y Eduardo Pallares, así como la que nos da el Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española:

Interdicción.- "Llámesese en términos generales interdicción o estado de interdicción, a la situación de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil privado de la administración de su persona y bienes. En tal concepto se comprenden todos los casos en que se producen estos efectos, bien por resolución de carácter penal, bien por resolución de carácter civil". (41)

Como podemos apreciar, el autor nos habla de "todos los casos en que se producen estos efectos", es decir, la declara-

(41) Pina Vara Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano (Introducción-Personas-Familia). Volúmen Primero. Décimocuarta Edición. Editorial Porrúa. México, 1985. Pág. 396.

ción de incapacidad para la vida civil de derecho.

Interdicción.- "La acción de interdecir. Jurisp. la suspensión de oficio, cargo o ministro. El estado de la persona que ha sido declarada incapaz de los actos de la vida civil, en la que se le nombra un curador como a los menores". (42)

En el anterior concepto, pareciere que sólo son interdictos personas mayores de edad, ya que sólo los compara con menores y no los engloba como interdictos o sujetos a interdicción a ambos.

Interdicción.- "Sinónimo de prohibición. Suspensión del ejercicio de algún cargo, profesión o beneficio. El estado de incapacidad civil en que se encuentra una persona sea por su edad o por su enfermedad mental".

Interdicto.- "La palabra interdicto se aplica en las Instituciones de Justiniano en el sentido de que significa Prohibir". (43)

Estos últimos conceptos de interdicción e interdicto, muestran que tanto menores de edad como mayores sujetos a estado de incapacidad civil por razón de enfermedad, son interdictos aunque se le puede criticar el que sólo incluye a los mayores enfermos mentales como sujetos a interdicción, cuando se han considerado varios casos más. En cuanto a la ley, tanto la sustantiva como adjetiva, nos dicen respectivamente:

(42) Diccionario Enciclopédico de la Lengua Española. Tomo II Imprenta y librería de Gaspar y Riog, Editores, Madrid, 1855. Pág. 420.

(43) Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Duocécima Edición. Editorial Porrúa. México, 1979. Págs. 425 y 426.

Artículo 461.- "La tutela es testamentaria, legítima y dativa". Código Civil.

Artículo 462.- "Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella". Código Civil.

Artículo 902.- "Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella". Código de Procedimientos Civiles.

La declaración del estado de minoridad o demencia puede pedirse: 1o. Por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años; 2o. Por su cónyuge; 3o.- Por sus presuntos herederos legítimos; 4o. Por el Albacea; 5o. Por el Ministerio Público.

Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil.

Lo que podemos apreciar en la ley, es que establece de manera tácita que un menor de edad, es también un sujeto a interdicción, ya que como podemos ver, coincide con los conceptos doctrinales citados anteriormente en el sentido de establecer que la interdicción es una prohibición al ejercicio de derechos de la vida civil ya sea por menor edad o por padecer cualquiera de las afecciones físicas y mentales ya establecidas en capítulos anteriores; si analizamos los anteriores preceptos, encontramos en lo básico, la misma protección de la tutela para todos los sujetos a ella y sólo cambia según las particularidades del caso, como la de los emancipados, -- los cónyuges, los menores, etcétera. Sin embargo, los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, en ningún momento dicen "Sujetos a interdicción -- por menor edad", o alguna frase parecida, sino que tácitamente se desprende de la Ley. Otro punto que es coincidente entre doctrina y ley, es en el sentido de que toda tutela se establece

previa declaración judicial y toda tutela, por ende protege a sujetos interdictos o en estado de interdicción y siendo que la tutela protege a menores de edad, emancipados o no, éstos son también incapaces por interdicción.

Como apreciamos, nuestra legislación y doctrina, han considerado a los menores de edad como sujetos a estado de interdicción, sin embargo, la base de la consideración legislativa y doctrinaria no es clara en el sentido de establecer hasta qué edad una persona es menor de edad y por ello incapaz para la vida civil, la razón, pareciere ser la inmadurez, pero ¿cuando somos maduros?, ¿la madurez de una persona depende de su edad física, aún si queremos establecer la madurez psíquica?. Las anteriores preguntas serán respondidas en seguida, con fundamento en consideraciones médicas.

Respecto a lo anterior, la ley establece en sus artículos 646 y 647 del Código Civil vigente para el Distrito Federal:

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

Artículo 647.- "El mayor de edad dispone libremente de su persona y bienes".

Así vemos que en nuestro sistema jurídico, una persona que llega a los dieciocho años de edad, que no padezca ninguna de las otras causas de interdicción que señala la ley, es lo suficientemente capaz civilmente para dirigir su persona y patrimonio como le plazca, por tanto, ya no requiere estar sujeta ni a la patria potestad ejercida por sus ascendientes, o por la tutela respectiva en su caso, por lo que la ley, a esa edad, ya los considera adultos, persona madura para decidir en todos los aspectos de su vida legal y social.

Como observamos, la consideración de la ley para determinar la capacidad de ejercicio de una persona, depende de la madurez de ésta, cuando ya es un adulto y por ello decide su vida en sus múltiples aspectos.- Podemos considerar como etapa anterior a la adulta en el desarrollo biológico, psicológico y social de un ser humano, a la adolescencia, de la que en seguida damos el concepto médico de Bertha Yoshiko Higashida Hirose;

Adolescencia.- "Que viene del latín adolecer; crecer, es la etapa de la vida del individuo que se inicia con la pubertad, culmina en la aptitud fisiológica para la reproducción y termina cuando el individuo esta preparado física, emocional y socialmente para responsabilizarse por sí mismo y desempeñar su papel social de adulto" -- (44).

se considera desde el punto de vista médico, que la adolescencia es una etapa de preparación, en todos los ámbitos de la vida del hombre, para que, concluida ésta se encuentre apto para el desempeño de su rol social, sin embargo, continúa diciendo la profesora en Anatomía Fisiológica citada :

"Las modificaciones fisiológicas y psicológicas que ocasionan la -- adolescencia no siempre van relacionadas, por lo que es difícil determinar en qué edad se presenta, aunque en términos generales en -- el hombre se inicia entre los 12 a los 17 años y en la mujer alrededor de los 14 años. Aunque no se sabe las causas que la inician, -- generalmente la pubertad aparece más tempranamente en climas cálidos, pero también intervienen otros factores como la raza, el grado de nutrición y el estado de salud o enfermedad". (45).

(44) Higashida Hirose Bertha Yoshiko. Ciencias de la Salud. Segunda -- Edición. Editorial Mc. Graw-Hill. México, 1990. Página 259.

(45) Higashida Hirose Bertha Yoshiko. Ob. Cit. Página 259

Tenemos la no relación entre factores físicos y psicológicos de una persona; el inicio de la adolescencia como inicio a la preparación a la vida adulta, en términos generales entre los 12 y los 17 años, determinado lo anterior por posibles causas como la raza, el clima del lugar que habitemos, y el grado de salud o enfermedad, así como la nutrición de la persona.

En nuestro país tenemos muy marcadas estas variantes, por la mezcla de razas que constatamos a lo largo de nuestra historia, la gran geografía nacional nos ofrece climas muy variados, los problemas socio económicos que padecen la mayoría de la población en diferente medida y por contaminación que determinan, entre otros, la salud y nutrición de la sociedad; lo que hace imposible establecer un estandar más o menos fijo y preciso en cuanto al desarrollo de los individuos en nuestro país. Aún así, nuestra legislación establece los dieciocho años como la mayor edad, es decir, la edad adulta psíquicamente, por lo que, por ejemplo en un menor de edad de diecisiete años que apenas está iniciando su adolescencia, será muy difícil que se haya preparado como adulto en un año, es decir, a los dieciocho en que es considerado mayor de edad; por otro lado, es injusto que a un llamado menor de edad, por ello incapaz civilmente que inicia su adolescencia a los doce años de edad, y suponiendo que la termine a los dieciseis años, seguirá siendo un sujeto a interdicción, aunque psicológicamente se encuentre apto para hacer frente a su vida legal, social y económica. Bertha Yoshiko también nos da la definición clínica de la edad adulta:

"La edad adulta es aquella en la cual el individuo se incorpora a las actividades que implican un compromiso con la comunidad y en las que se ejerce, por tanto, una influencia clave para la dirección y el rumbo de cada sociedad". "El ingreso a la vida adulta es más temprano en el medio rural que en el urbano, sin embargo el Código

Civil para el Distrito Federal establese en su artículo - 646 que la mayoría de edad se alcanza cuando el individuo adquiere el derecho a voto, la posibilidad de administrar sus bienes, de comprometerse en matrimonio sin requerir - el consentimiento de sus padres, etc."

"En muchos individuos la edad cronológica no corresponde con sus características biopsicosociales, por lo que es - sumamente difícil distinguir esta etapa de la vida y las subsecuentes. (46)

Esta definición nos establece la imposibilidad de deter-- minar la edad adulta, hace notar la seriedad del problema, por que igual que en la adolescencia, no se puede determinar su inicio en la adultez; sobre todo la psicológica que no corresponde con la cronológica, el medio social y natural en que se vive, - que parece se relaciona con la entrada a la madurez psíquica -- y con ello a el Derecho de ejercitarse jurídicamente que no se establese en forma justa por la ley, ya que, como observamos -- la anteriormente citada catedrática, hace una justa crítica a - nuestro Código Civil en relación a la capacidad de ejercicio -- que otorga, de forma arbitraria desde el punto de vista médico, a las personas que han cumplido dieciocho años, por la importan- cia que tiene en su compromiso con el buen desarrollo de la so- ciedad.

Luego entonces, el mundo psicológico o interno del ser hu- mano es fácilmente moldeable y se adapta a las características que la rodean y que le dan forma, por lo que no es factible es- tablecer una edad en la que se pueda considerar madura o capaz una persona para ser titular de derechos y obligaciones ----

pactados por sí mismos, esa capacidad legal de voluntad debería basarse en la capacidad de decisión o madurez psicológica del individuo, y ya que, a pesar de conocer las características que rodean a la madurez, sería una utopía querer establecer un criterio genérico en la ley, que sustituya a la edad de dieciocho años, para determinar cuando una persona deja de necesitar tutor o asistente que tome sus decisiones en cuanto al patrimonio y persona del hasta hoy considerado menor de edad; por lo que en mi criterio debe ser individualista ese criterio en cuanto a quien es apto para ejercitar sus derechos, la fórmula es que sea quien ejerce la patria potestad o la tutela, en su caso del menor, quien pueda determinar si éste ya es apto civilmente y lo emancipe, que también pueda el mismo menor presentarse ante las autoridades que corresponda quien podría ser el juez de lo familiar de competencia, también para ser emancipado, mediante estudios profesionales psicológicos.

La emancipación, en virtud de esta propuesta, no deberá tener ninguna restricción de las establecidas a la capacidad del menor emancipado, que establece el artículo 643 del Código Civil ya analizado en este trabajo de tesis. De esta manera, se podrá reconocer la capacidad civil de una persona, cuando la haya y ésta podrá ejercitarla libremente y sin restricción alguna.

La propuesta anterior tiene como ventaja el que considera todas las alteraciones y modificaciones en el aspecto interno que pueden ser determinadas por las situaciones antes descritas, esas características que deberá tener el aspecto interno o mental o psicológico de la persona que pretenda ser capaz civilmente, no serían muy complejas en su reglamentación, agilizaría y serían más justas.

Para terminar en lo relativo a la incapacidad civil por menor edad, y en apoyo a lo anterior, citaré la siguiente consideración también médica en cuanto al ser mental interno de la persona:

"Por otra parte, el hombre ha intentado también, en cierta medida controlar y aún modificar su propio ser físico y mental. Su medio interno no es de índole tan rígida como se suponía en otro tiempo: más aún, es bien sabido en la actualidad que la realización de algunas modificaciones leves en aquel, siempre que sean compatibles con la vida, pueden influir grandemente en la determinación de las aptitudes, el comportamiento, los impulsos y hasta las metas". (47)

Otro punto es el que se refiere a la emancipación por matrimonio que maneja nuestra legislación, esta es una situación que se da en la sociedad y no se puede prevenir mas que con una educación apropiada, pero aún así ocurre, por lo que sería conveniente que en éste caso sólo se pusieran restricciones parecidas a las actuales, en caso de que no se pueda considerar capaz, siguiendo las consideraciones que propongo para el emancipado por voluntad de quien ejerce patria potestad o la tutela del incapaz considerado menor de edad, o cuando este mismo acudiera ante las autoridades por dicho reconocimiento; pero si se le considera capaz el emancipado por matrimonio, que se le libere también por completo en el ejercicio de sus derechos. Recordemos que en el Código Civil de 1870 se consideró al emancipado por voluntad de quien ejerce la patria potestad en su artículo 111, como lo señalé en el capítulo II de éste trabajo, además de la declarada por matrimonio; hasta cierto punto sería igual la propuesta personal a lo establecido en el primer Código Civil mexicano, sólo que son diferentes las consideraciones y las libertades a la capacidad propuestas.

Así podemos concluir, que el sujeto interdicto o en estado de interdicción en nuestra legislación civil lo son los menores

(47) René Dubos. El espejismo de la Salud. (Utopías, Progreso Y Cambio) Primera Edición. Editorial Fondo de Cultura Económica ca. México, 1975. P-56-57. Traducción José R. Pérez Lias.

de edad, ya sea emancipados por matrimonio o no; y los mayores de edad (que hayan cumplido dieciocho años de edad) que padezcan locura, idiotismo, imbecilidad, los sordomudos que no sepan leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes, la incapacidad de todos ellos es natural y legal, con la excepción de los menores emancipados por causa de matrimonio, que sólo tienen incapacidad legal.

B. DEL CONYUGE INTERDICTO.

Este viene a ser el mayor de edad que se encuentra afectado por cualquiera de las causas de interdicción que han sido narradas en varias ocasiones, y que establece el artículo 450 del Código Civil Vigente para el Distrito Federal, que se hayan unidos en matrimonio, así como a los menores de edad emancipados, ya que también se encuentran unidos en matrimonio y todos son sujetos a estado de interdicción como ya vimos, por lo que, en este caso todos son cónyuges interdictos o sujetos a estado de interdicción.

En cuanto a los sujetos a estado de interdicción mayores de edad que su incapacidad es debida a alguna afección mental, como es lógico, no pueden dar su consentimiento en contraer matrimonio por su misma afección, pero si pueden estar casados y luego padecer la citada interdicción, y aún más, pueden llenar aspectos muy importantes de la vida conyugal, al respecto Alberto Pacheco nos dice:

"Estos son los dos fines primarios o principales del matrimonio; la procreación de la prole y la educación de la prole. El matrimonio tiene también unos fines secundarios que son la ayuda mutua y el remedio de las pasiones sexuales de los cónyuges".

"Lo anterior no quiere decir que los fines secundarios no sean respetables en sí mismos y que no deban buscarse como tales fines, al contrario, la ayuda mutua y el remedio de las pasiones deben entrar como fines en todo matrimonio y tienen una entidad e importancia en sí mismos que son suficientes para sostener como tales matrimonio a parejas que por anomalías, enfermedad, o edad, no han engendrado o es seguro que ya no lo harán". (48)

(48) Alberto Pacheco E. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Segunda Edición. México, 1985. Pág. 67, 68 y 69.

Para éste autor, la procreación y educación de los hijos constituyen los factores primordiales del matrimonio, sin embargo como vemos, le da también una preponderancia a los por él llamados fines secundarios, que como establece se pueden dar en personas que forman un matrimonio y sostener a éste por sí mismos, como cuando por enfermedad, en este caso las mentales, no pueden engendrar hijos, aquí operaría o deberá operar fundamentalmente como fin del matrimonio, la ayuda mutua; en el caso de los cónyuges que se encuentren en estado de interdicción por embriaguez consuetudinaria o por abuso de drogas, tanto la ayuda mutua como las satisfacciones sexuales, bien podrían operar dentro del matrimonio con consortes de ésta clase. Los sordo-mudos, casados, no sólo podrían llenar los fines secundarios del matrimonio, sino hasta los primarios. Como vemos, sí es factible la relación conyugal en la que una de las partes se encuentre en estado de interdicción por alguna de las anteriores afecciones físicas o mentales.

El Cónyuge interdicto por menor edad, es el emancipado: su incapacidad no es tutelada como la de las personas mayores de edad incapacitadas que acabamos de señalar ya que éstas tienen en primera instancia designado por ley a su cónyuge como tutor legítimo y "forzoso" y la tutela para asuntos judiciales del menor emancipado siempre será dativa, en la que él eligirá a su tutor si ha cumplido 16 años y de no ser así, el juez se lo nombrará.

Las restricciones con que actualmente cuenta el emancipado son las establecidas en el artículo 643 del Código Civil vigente y que son, que siempre durante su menor edad, requerirá de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces, así como de un tutor para negocios judiciales.

C. PROTECCION AL CONYUGE INTERDICTO Y SUS DEFICIENCIAS.

En cuanto a la protección que recibe el cónyuge interdicto es muy relativa y pudiera decirse en términos generales que es la misma que cualquier otro incapacitado recibe dentro de nuestra legislación, y que ha sido señalada en el anterior capítulo IV de la presente tesis.

Más, sin embargo, es su situación de Cónyuge, de casado, la que pone a este incapaz en una desprotección que en muchos casos puede ser total, quizá por que no se ha estudiado a fondo su caso. Comencemos por el incapacitado mayor de edad por las causas que dispone el ya citado artículo 450 del Código Civil; el artículo 486 nos establece:

Artículo 486.- "El marido es tutor legítimo forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido".

Para empezar, diremos que este artículo es copia textual del artículo 549 del Código Civil de 1870, en aquel tiempo tuvo posibilidad de funcionar, en virtud de que no existía el divorcio vincular y la moralidad, y hasta la religiosidad de la época pudieron llegar a forzar a cumplir de hecho y derecho este precepto, pero en la actualidad es inoperante ya que el artículo 267 nos dice:

Artículo 267.- "Son causas de divorcio:

- VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica e incurable, que sea, además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII. Padecer enajenación mental incurable, previa declaración de interdicción que se haga respecto del cónyuge demente;

- XV. Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal".

Es comprensible la dificultad de cohabitar en calidad de cónyuge de una persona de las características que dan las anteriores causales de divorcio, que como vemos, son sujetos a interdicción que debieran ser tutelados por su Cónyuge sano, como ya vimos, pero estas tres fracciones del artículo 267, son una fácil manera de deshacerse de sus responsabilidades conyugales por parte del consorte sano y que dejan completamente desprotegido al Cónyuge interdicto, al respecto opina Alberto Pacheco E.:

"En el caso de los divorcios por enfermedad de uno de los cónyuges (Fracciones VI y VII), la declaración de ausencia o presunción de muerte (Fracción X); la prisión por más de dos años (Fracción XIV; o los hábitos de juego, embriaguez o drogadicción (Fracción XV)".

"Estas causas de Divorcio que autorizan al cónyuge sano a romper el matrimonio dejando al otro enfermo o preso, muestran en forma dramática la poca consideración del legislador por la ayuda mutua como finalidad del matrimonio, pues con la posibilidad del divorcio en este caso, la ayuda mutua que los cónyuges se prometieron al celebrar el matrimonio queda condicionada a la voluntad unilateral de quien debe prestarla, el cual puede desentenderse de sus obligaciones mediante el divorcio en el momento en que su cónyuge más necesita de su ayuda. Es un caso en el que la ley autoriza a un deudor a cancelar su obligación cuando quiera, sin consultar siquiera al acreedor". (49)

(49) Alberto Pacheco E. La Familia en el Derecho Civil Mexicano. Segunda Edición. México, 1985 Pág. 99.

En todo caso de que el cónyuge sano se digne atender sus obligaciones, la ley no lo obliga como a otros, a que dure un determinado tiempo en sus funciones tutelares como cónyuge-tutor, por el contrario, se le reservan, a él sí, la mayor parte de sus derechos conyugales. Para lo anterior, citaré los siguientes artículos de la ley sustantiva civil:

Artículo 466.- "El cargo de tutor del demente, idiota, imbecil, sordo-mudo, ebrio consuetudinario y de los que habitualmente abusen de las drogas enervantes, durará el tiempo que subsista la interdicción, cuando sea ejercida o por los ascendientes. El cónyuge tendrá obligación de desempeñar ése cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trata tienen derecho de que se les revele de ella a los diez años de ejercerla".

Artículo 581.- "Cuando el tutor de un incapaz sea el cónyuge, continuará ejerciendo los derechos conyugales con las siguientes modificaciones:

- I. En los casos que conforme a derecho, se requiere el consentimiento del cónyuge, se suplirá con audiencia del curador;
- II. En los casos en que el cónyuge incapaz pueda querrellarse del otro, denunciarlo o demandarlo para asegurar sus derechos violados o amenazados, será representado por un tutor interino que el juez le nombrará. Es obligación del curador promover éste nombramiento y si no lo cumple, será responsable de los perjuicios que se causen al incapacitado. También podrá promover este nombramiento el Consejo Local de Tutelas".

Se establece en nuestro sistema legal, que para que un cónyuge que opere como tutor pueda gravar o enajenar bienes importantes en su valor monetario de su consorte, requerirá que haya absoluta necesidad o evidente utilidad para el cónyuge enfermo así como la aprobación judicial y consentimiento del curador. En mi opinión, estas medidas, que en apariencia protegen al cónyuge interdicto, alientan aún más al cónyuge sano a pedir el divorcio que la ley le concede, ya que si quiere vender un bien del cual le corresponda el 50% por sociedad conyugal, requerirá consentimiento del curador, y siendo objetos preciosos o altamente valuados además de la intervención del curador, requerirá aprobación judicial.

También los tutores señalados en el artículo 511 del Código sustantivo señala, como ya vimos antes, quienes pueden ser excusados de desempeñar el cargo de tutor, para ellos también establece la ley que si no ejercitan este derecho en tiempo, o cuando ha sido desechada su excusa, y no desempeñe la tutela, será responsable de daños y perjuicios que cause abstención al incapaz; en cambio el cónyuge-tutor, basta con que ejercite acción de divorcio y no tendrá estos problemas, a pesar de que él además se supone tiene la obligación de ayuda mutua nacida del matrimonio.

A pesar de que el artículo 449 del Código citado señala la preponderancia en el cuidado de la persona del interdicto sobre los bienes sin descuidar de éstos, vemos que la gran mayor parte de la reglamentación de la tutela se enfoca a la protección de los bienes del incapaz y muy poca a la persona de éste, donde como ya analizamos, no es muy clara la protección.

En cuanto al menor de edad emancipado, su principal deficiencia en cuanto a su protección, es como mencioné en el punto A, de éste capítulo, en cuanto a la consideración del incapaz cuando en verdad sea capaz y viceversa. A continuación señalaré

varios artículos que otorgan determinada capacidad de ejercicio a menores de edad:

Artículo 23.- "Los mayores de dieciseis años pueden prestar libremente sus servicios con las limitaciones establecidas en ésta ley. Los mayores de catorce y menores de dieciseis necesitaban autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenecen, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del inspector del trabajo o de la autoridad pública. Los menores trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercer las acciones que les correspondan".

Comentario:

"Los mayores de 16 años tienen capacidad plena para celebrar, por sí mismos, contratos de trabajo, así como también gozan de capacidad procesal para intentar ante las autoridades del trabajo las acciones que nazcan de la relación o del contrato de trabajo. Por otra parte, los mayores de 14 y menores de 16 años pueden celebrar el contrato de trabajo mediante autorización a que se refiere la ley, de donde se deriva a su vez la capacidad procesal del mismo". (50)

Como apreciamos, en derecho del trabajo, ya se liberaron los derechos de una persona de 16 años en adelante, tanto procedimental como contractualmente. La legislación civil también muestra ciertas capacidades a el menor de edad por ejemplo: Un menor de edad que realice determinado acto legal, se le dará validez a sus actos jurídicos en general, si es perito en la materia; Tampoco se le anularán, aún sin la autorización de su

(50) Ley Federal del Trabajo (comentarios, prontuario, jurisprudencia y bibliografía) Quincuagésimanovena Edición. Editorial Porrúa. Comentarios Alberto Trueba Urbina. México 1988

tutor si ha cumplido 16 años de edad, considerado ya por la ley éste menor "Capaz de discernimiento"; a un menor de edad emancipado no se le decretarán nulos los actos realizados, aun contraviniendo las restricciones del artículo 643, si es perito en el arte o profesión que determina dicho acto. Como podemos ver, la ley no es uniforme en su determinación de la menor edad o incapacidad por falta de adultez, como lo que considero pudiera ser válida la propuesta que hago en el punto A. del presente Capítulo, ya que así vemos deficiencias en la protección de estos incapaces, y por ende, también es deficiente la protección del menor emancipado, que al final viene a ser un cónyuge interdicto o en estado de interdicción.

D. JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION AL RESPECTO.

En este punto sólo recordaremos la tesis jurisprudencial narrada en el punto F. del capítulo VI de este trabajo de tesis, así ya podemos establecer claramente los motivos que ha tenido el legislador y ministro para el estado de Morelos en el sentido de considerar y hasta aplicar la función de tutor otorgada como cargo a un menor de edad; pero aún así, el análisis debe ser más completo para determinar la capacidad, debe ser considerado el caso específico de la persona a que se le otorgue el ejercicio de derechos, porque como ya vimos, pueden existir variantes muy marcadas en la capacidad real de una y otra persona de la misma edad. Sin embargo, como ya lo dijimos, la citada tesis jurisprudencial nos muestra que se ha notado la necesidad de considerar capaces a un gran número de personas menores de edad y eso ya es un avance al cual pretende contribuir el presente trabajo de tesis.

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

Con base en el estudio que antecede, que nos muestra cuales son las deficiencias que tiene la tutela en la protección del conyuge en estado de interdicción, dentro de nuestra legislación civil vigente, citaremos cada una de ellas como conclusión del presente trabajo de tesis:

PRIMERA En nuestra legislación se reconocen como sujetos a estado de interdicción y por ello también sujetos a tutela, a los menores de edad emancipados o no, así como a los mayores de edad que padezcan afecciones de locura, idiotismo, imbecilidad, los sordo-mudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

SEGUNDA En cuanto a la interdicción por menor edad, ésta es diferente cuando el incapaz es soltero a cuando se haya emancipado por matrimonio, ya que el primero tiene para nuestra ley civil incapacidad legal y natural, y el segundo, sólo la tiene legal.

TERCERA Ambos menores, emancipados o no, tienen mal establecida su incapacidad, ya que ésta no tiene fundamento clínico, si bien en muchos de los hasta hoy considerados menores de edad si podemos encontrar incapacidad por causa de su falta de desarrollo psicológico para dirigir su vida en lo personal y patrimonial, en muchos otros no, por lo que no se puede establecer una edad física de la persona en la que se pueda considerar capaz o incapaz, como sucede en nuestra legislación, ya que desde el punto de vista clínico, podemos encontrar mayores de edad que son capaces le-

galmente, que en realidad son incapaces clínicamente.

CUARTA Como vemos, la incapacidad natural del menor debe de fundamentar a la legal, ya que en la ley se debe plasmar la realidad y naturaleza, en este caso de los miembros de la sociedad, para luego regularla con sólido fundamento, cosa que no ocurre en el establecimiento legislativo de ésta incapacidad.

QUINTA Una contradicción muy importante radica en el establecimiento de una incapacidad legal y natural para un menor de edad no emancipado, y en los que si lo son, sólo tienen la legal ya que en nuestro Código Civil podría considerarse mínima, pero cuando se encuentra unida a la natural, aumenta bastante en el caso de los menores de edad, como si el simple matrimonio hiciera madurar a una persona de por sí mal considerada incapaz por su edad.

La trascendencia de esto es que esa incapacidad legal, es muy limitada en comparación con la legal y natural, y como ya vimos, existen muchas otras posibles causas de entrada a la madurez, que establecen una capacidad natural basada en la concepción médica, y que debiera ser proveída en nuestra ley; estas son la nutrición, grado de enfermedad o salud, medio ambiente, raza, etcétera.

SEXTA Debemos considerar en virtud del estudio de éste trabajo a los menores de edad emancipados como cónyuges interdictos para nuestra legislación civil que pretende proteger la tutela. La deficiencia de ésta institución en la citada protección, radica en su misma consideración de incapaces como ya vimos; ya que pueden serlo o no, pero nunca con fundamento en su edad o

en el sentido de que sean menos incapaces por el simple hecho de su matrimonio, ya que no siempre contraen éste conscientemente, ni siempre inconscientemente, además de la disparidad con la incapacidad de los menores no casados; de esta forma afecta en muchos casos el libre albedrío y la real capacidad de éstos cónyuges, considerados por la misma ley como en estado de interdicción y sujetos a la tutela todavía.

SEPTIMA

Lo narrado en el anterior punto, nos muestra la desprotección de todos los menores de edad por un mal fundado sistema jurídico, basado en moldes tradicionales que no admiten completamente que un menor de edad pueda ser maduro, más que muchos mayores de edad, y por ello debiera ser considerado capaz por la ley. Sin embargo, nos encontramos en una etapa de transición, ya que leyes como la del Trabajo le dan capacidad procesal y de contratar a algunos menores, la misma ley civil en ciertos casos le da validez también a los actos de menores de edad, aún sin la autorización de su tutor o ascendiente, como ya vimos.

La propuesta en éste caso reside en que se practiquen exámenes psicológicos y sociológicos a los hasta hoy considerados menores de edad, por parte del estado y a petición de quien ejerce la patria potestad o tutela o por el mismo "menor", para que en caso de resultar capaz clínica y sociológicamente, le sea otorgada su capacidad de ejercicio en el ámbito de sus derechos personales y reales, de ésta forma se considerarían emancipados sin necesidad de que contraigan matrimonio, y sin restricción alguna en su capacidad.

Para menores emancipados por matrimonio, también serían sociológica y psicológicamente analizados, y de resultar capacitados para la vida civil, se les

liberaría su capacidad de obrar, y en caso de no considerarse capaz, se les designaría un tutor para que autorize sus más importantes actos jurídicos.

- OCTAVA En cuanto a los mayores de edad incapacitados por cualquiera de las causas narradas en el punto 1º de estas conclusiones, tienen incapacidad legal y natural y por ello son sujetos estado de interdicción.
- NOVENA Cuando se encuentra en estado civil de casado un sujeto a estado de interdicción, es un cónyuge interdicto, que pretendemos sea protegido por la tutela, sin embargo, la ley civil olvida sus derechos de casado y de incapaz.
- DECIMA Es considerado casi como un objeto el interdicto mayor de edad por afección física o mental, ya que al cónyuge sano se le da la facultad de decidir si ejercita la acción de divorcio establecida en la ley, por lo que resulta una utopía el que la misma ley considere "tutor forzoso" al consorte sano.
- UNDECIMA Al único que la ley protege con el divorcio es al cónyuge sano, al cual libera de sus obligaciones matrimoniales basadas en la ayuda mutua como fin del matrimonio, en el momento en que más necesita del apoyo y ayuda a que tiene derecho legal y moral el cónyuge interdicto.
- DUODECIMA Mientras a otros tutores se les sanciona con el pago de daños y perjuicios cuando no desempeñan su cargo, el cónyuge del interdicto sólo basta con que ejercite su derecho a divorciarse y queda liberado de sus obligaciones como tutor y como consorte.

DECIMA-
TERCERA

En caso de que acepte el cargo de tutor, y no se divorcie, la ley le reserva todos los derechos conyugales, con excepción de los relativos a los bienes del incapaz; es decir que mientras de éste quedan en una completa inseguridad sus derechos conyugales contraídos junto con el matrimonio, al cónyuge sano si se digna no divorciarse, ni se le aseguran éstos; y aún así su cargo de tutor sólo dura mientras el no ejerce acción de divorcio.

DECIMA-
CUARTA

Según el artículo 449 del Código Civil vigente del Distrito Federal, el objeto de la tutela recae en la guarda de la persona y bienes de los incapaces de que hemos tratado en éste trabajo de investigación, subrayando que dicha institución cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados y como hemos visto la ley protege principalmente el aspecto patrimonial del incapaz, dejando desprotegido el aspecto personal y emocional del ser humano que el legislador ha olvidado que es el cónyuge en estado de interdicción.

DECIMA-
QUINTA

En el caso del cónyuge interdicto mayor de edad, debe de ser protegido por el estado, de una manera que permita no mediante normas impositivas, la integración de su familia, así como una estabilidad emocional con fundamento en la ayuda mutua en relación con su cónyuge-tutor.

DECIMA-
SEXTA

Debe de crearse un sistema que en caso de que una persona casada se haya en estado de interdicción por las afecciones citadas, se le de atención psicológica y sociológica al consorte, así como la atención médica que requiera el cónyuge incapaz, con el fin de su integración como pareja.

DECIMO-
SEPTIMA

La tutela en este caso, debe conferírsele al cónyuge -- sano en el aspecto emocional del enfermo, para que -- funcione como cónyuge y tutor, con los apoyos profe -- sionales, protegiendo el aspecto personal-emocional -- del interdicto; y establecer tutores para proteger el aspecto personal-físico y mental del citado sujeto a -- estado de interdicción, dicho cargo recaería en psico -- lógicos, psiquiatras, médicos y trabajadores sociales. -- Toda la atención profesional deberá ser proporcionada por el Estado, vía un Organó Tutelar especial, esta -- bleciéndosele un sueldo fijo.

DECIMA-
OCTAVA

Deben ser corregidas y modificadas las causales de di -- vorsio prescritas por el artículo 267 en sus Fraccio -- nes VI; VII y XV del Código Civil Vigente para el Dis -- trito Federal, toda vez que unicaménte protegen al --- cónyuge sano, cuando pasa su pareja por un muy difícil trance olvidandose que aquel prometio al enfermo, en -- el momento de contraer matrimonio, cumplir reciproca -- mente con todas y cada una de sus obligaciones nacidas de ese acto jurídico y que tienen como origen los fi -- deres del mismo. Con el objeto de hacer cumplir estos -- deberes la propuesta radica en establecer la proceden -- cia del divorcio por causa de interdicción, cualquiera que sea esta, solo cuando el sujeto que se encuentra -- en dicho estado, sea considerado clinicamente agresivo o altamente peligroso para su cónyuge.

DECIMO-
NOVENA

Sobre todo y pese a lo anterior, debemos considerar -- que todo matrimonio debe de estar basado en sentimien -- tos de amor, que serán la fuerte base de cualquier pa -- reja, por lo que es importante la educación recibida -- por todo individuo desde su infancia fundándose en di -- cho sentimiento, para que nuestro derecho también se -- sensibilise; debemos humanizarnos para que nuestro de --

recho también se humanise, como espejo de nuestra evolución histórica, social y personal, ya que el derecho es dinámico y cambia, conforme cambian necesidades y conciencia de los seres humanos a quien regula su comportamiento, ya que estos reciprocamente lo modifican.

VIGESIMA Para finalizar, concluiremos que es necesario aplicar los conocimientos científicos en beneficio del hombre lo cual debe establecerse en la Ley para no conservar moldes anacrónicos y en este caso, aplicarlos en la -- función de la tutela en la protección del cónyuge in-- terdicto en general, tanto del hasta hoy considerado -- menor de edad, del incapaz por otras causas contempla-- das en nuestro actual sistema legal.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

DOCTRINA

1. BONECASE JULIEN
Elementos de Derecho Civil.
Segunda Edición. Tomo I.
Traducción, Licenciado José M. Cajica Jr.
Editorial Porrúa. Puebla 1945.
2. BRAVO GONZALEZ AGUSTIN Y BRAVO VALDEZ BEATRIZ
Primer Curso de Derecho Romano.
Editorial Pax-México. Undécima Edición, 1984.
3. CHAVEZ ASENCIO MANUEL F.
La Familia en el Derecho.
(Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares).
Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1990.
4. D'ANTONIO DANIEL HUGO.
Patria Potestad.
Editorial Astro. Primera Edición.
Buenos Aires 1979.
5. DOMINGUEZ MARTINEZ JORGE A.
Derecho Civil. (Parte General, Personas, Cosas, Negocios
Jurídicos e Invalidez).
Editorial Porrúa. Primera Edición, México 1990.
6. DUBOS RENE.
El Espejismo de la Salud. (Utopías, Progreso y Cambio).
Editorial Fondo de Cultura Económica
Primera Edición. México 1975.
7. ENNECCERUS LUDWING, KIPP THEODOR Y WOLFF MARTIN.
Tratado de Derecho Civil.
Editorial Urgel, Vigésima Edición Alemana.
Sexta Revisión de la Segunda Edición Española.
Barcelona 1952.

8. ESPIN CANOVAS DIEGO.
Derecho Civil Español.
Editorial Revista de Derecho Privado
Primera Edición. Volúmen Primero. Madrid 1951.
9. FLORIS MARGADANT GUILLERMO.
El Derecho Privado Romano.
Editorial Esfinge. Novena Edición. México 1979.
10. HIGASHIDA HIROSE BERTHA YOSHIKO.
Ciencias de la Salud.
Editorial Mc-Graw-Hill
Segunda Edición, México 1990.
11. MUÑOZ LUIS.
Derecho Civil Mexicano.
(Introducción, Parte General, Derecho de Familia).
Ediciones Modelo.
Primera Edición. México 1971.
12. PACHECO E. ALBERTO.
La Familia en el Derecho Civil Mexicano.
Editorial Panorama
Segunda Edición, México 1985.
13. PINA VARA RAFAEL DE.
Elementos de Derecho Civil Mexicano.
(Introducción, Personas, Familia).
Volúmen Primero, Editorial Porrúa.
Décimocuarta Edición. México 1985.
14. PLANIOL MARCEL Y GEORGES RIPERT.
Tratado Elemental de Derecho Civil.
Cárdenas Distribuidores y Editores.
México 1983.
15. PORRUA PEREZ FRANCISCO.
Teoría del Estado.
Editorial Porrúa
Décimoprimer Edición. México 1978.

16. PUIG PEÑA FEDERICO.
Tratado de Derecho Civil Español.
(Derecho de Familia, Paternidad y Filiación)
Tomo II, Volúmen II, Cuarta Edición.
Editorial Revista de Derecho Privado.
Madrid 1974.
17. ROJINA VILLEGAS RAFAEL.
Compendio de Derecho Civil.
(Introducción, Personas y Familia).
Tomo I Décimacuarta Edición.
Editorial Porrúa, México 1977.
18. RUGGIERO ROBERTO DE.
Instituciones de Derecho Civil.
Volúmen II, Traducción de la Cuarta Edición Italiana.
Madrid. 1931.
19. VALDEAVELLANO LUIS G. DE.
Curso de Historia de las Instituciones Españolas.
Ediciones de la Revista de Occidente.
Segunda Edición. Madrid 1970.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

1. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA
Tomo II, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig. Editores.
2. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA.
Tomo XXVI. Editorial Driskill
Buenos Aires 1981.
3. PALLARES EDUARDO, DICCIONARIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL.
Duodécima Edición
Editorial Porrúa, México 1974
4. PINA VARA RAFAEL DE. DICCIONARIO DE DERECHO.
Décima Edición
Editorial Porrúa, México 1981.
5. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

1. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1870.
2. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA DE 1884.
3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.
4. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1928 (VIGENTE)
5. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL (VIGENTE)
6. LEY FEDERAL DEL TRABAJO
(Comentarios, Prontuario, Jurisprudencia y Bibliografía)
Quincuagesimanovena Edición. Editorial Porrúa.
Comentarios Alberto Trueba Urbina. México 1988.