

239
2j



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACION DE LA
REPRESENTACION DEL MENOR Y EL MAYOR
INCAPAZ, CREANDO UN CONSEJO DE FAMILIA.**

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



MEXICO, D. F.



1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Al Licenciado José Barroso Figueroa a quien según el consenso de nosotros los alumnos, consideramos como el mejor maestro de Derecho Civil, agradeciéndote la amistad y confianza que ha tenido a bien depositar en mi padre.

Al Licenciado Rafael Rocher Gómez, uno de los grandes pilares de nuestra Facultad, gran amigo de mi padre, agradeciéndote sus atinados consejos y guía que me ha brindado no solo en el ámbito académico sino en la vida profesional, dándome la oportunidad de estar muy cerca de él.

Al Licenciado Armando Granados Carrón, distinguido catedrático de esta Facultad y amigo de mi padre, quien me dio un gran ejemplo de puntualidad, constancia y dedicación.

Al Licenciado Víctor Hugo Pérez, que desempeña una noble labor en esta Facultad y quien me ha brindado todo su apoyo en mi vida de estudiante.

Al Licenciado Mario Pérez Salinas, quien me permitió iniciar mi vida profesional, y me dio un gran ejemplo de rectitud y disciplina.

Al Licenciado Max Pérez Salinas, estimado profesor de la Facultad, que me demostró tanto en clases como en la vida, que luchando podemos conseguir cualquier cosa.

A mis padres, que con el ejemplo que me han puesto, los valores que me han inculcado y por el gran regalo que me han dado, que es el estudio, y que aunado a sus esfuerzos, suplicas y constancia inaudita, concluyen en este trabajo.

A mi pareja y gran compañera, Licenciada Gabriela Moreno, quien me ha impulsado a salir adelante con ese ejemplo de fuerza, valor y profesionalismo que la caracterizan, y con la férrea competencia que hemos sostenido en todos los campos incluyendo el sentimental, impulso que al fin ha dado frutos.

A mis hermanos Miguel y Ulises con muchísimo cariño, que me han apoyado incondicionalmente en todos los aspectos, especialmente en lo moral, y que cuando me han faltado las fuerzas y he flaqueado me han tendido la mano.

A toda mi familia, en especial a mis tíos Angelina y María de Jesús y a mi abuela Julia, ya que gracias a la confianza que depositaron en mí y al temor que tengo a defraudarlas, es que llego a la terminación de este empresa.

A mi tío José Luis y mi primo Pedro, que gracias a su ejemplo de rectitud y responsabilidad he llegado a la conclusión de este trabajo.

A Soconito que con su animosidad y buena voluntad que ha tenido siempre conmigo, me han hecho la vida académica mas sencilla gracias a sus sabios consejos.

A mis amigos Allan Jaimes y Edgar Trujillo quienes siempre estuvieron a mi lado en momentos difíciles.

Al Licenciado Felipe Monroy, con quien colaboré profesionalmente y que me ofreció toda su ayuda en forma desinteresada, gracias a lo cual fue posible la terminación de esta Tesis.

A mi amigo Alejandro de la Cuesta, por su ayuda brindada siempre que fue necesario, y con quien he llevado una larga amistad.

HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACION DE LA REPRESENTACION DEL MENOR Y EL MAYOR INCAPAZ, CREANDO UN CONSEJO DE FAMILIA.

INTRODUCCION

	Páginas
CAPITULO I. CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS.....	1
a) CONCEPTO DE CAPACIDAD.....	1
b) DIFERENCIA ENTRE CAPACIDAD Y PERSONALIDAD.....	7
c) CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO.....	8
d) LA INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS. ANALISIS DEL ARTICULO 450 DEL C.C. ANTES DE SUS REFORMAS DE 1991.....	11
e) ANALISIS DEL ART. 450 REFORMADO EN 1991.....	13
CAPITULO II. LA REPRESENTACION. GENERALIDADES.....	16
a) CONCEPTO DE REPRESENTACION.....	17
b) DIFERENTES CLASES DE REPRESENTACION.....	22
1) Legal.....	22
2) Voluntaria.....	24
3) Oficiosa o gestión de negocios.....	37
CAPITULO III. LA REPRESENTACION LEGAL COMO INSTITUCION AUXILIAR DE LOS MENORES Y MAYORES INCAPACES.....	45
LA REPRESENTACION DE LOS MENORES Y MAYORES INCAPACES.....	45
a) Patris Potestad.....	48

b) Tutela.....	57
c) Curatela.....	69
d) Ministerio Público.....	73
e) Consejo Local de Tutelas.....	74

CAPITULO IV. HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACION DE LA REPRESENTACION DEL MENOR Y EL MAYOR INCAPAZ, CREANDO UN CONSEJO DE FAMILIA.....76

a) CONTEMPLAR EN EL CODIGO LIMITES Y ALCANCES EN LA PATRIA POTESTAD.....	76
b) CONTEMPLAR LA RESPONSABILIDAD DE LA PATRIA POTESTAD.....	78
c) LLEVAR A CABO LA EXTINCION DE LA TUTELA MEDIANTE EL MISMO PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE SU OTORGAMIENTO.....	79
d) LA CREACION DE UN CONSEJO DE FAMILIA.....	82
1) Parientes que la constituyan.....	83
2) Fines del Consejo de Familia.....	84
3) Alcance y limitaciones del Consejo de Familia.....	86
CONCLUSIONES.....	87

INTRODUCCION

El presente estudio tiene por objeto el análisis de la figura jurídica tan delicada que es la representación de los menores y mayores incapaces, conocer las ventajas y desventajas que presenta, con el fin de proponer una nueva reglamentación de ella así como la necesidad de crear un consejo de familia para que en forma colegiada se proceda a dar solución a todo problema familiar que surja en el hogar y no continuar dejándole todo el poder de decisión y mando unilateral, y a veces caprichoso al pater familia o al tutor. Para ello, es necesario estudiar la representación y sus clases con sus características propias, la tutela y sus tipos y la patria potestad. Así mismo, será necesario analizar lo que es la capacidad de las personas físicas y la personalidad. Veremos que decía y que dice nuestro Código Civil respecto de la capacidad.

En la tutela apreciamos la dificultad que tiene y que implica el designar o nombrar un tutor que represente y proteja a un menor de edad que ha quedado sin la patria potestad, o a un mayor incapaz. Veremos las diferentes formas de tutela que contempla nuestro código y las características tan peculiares de cada una de ellas, así como los inconvenientes que cada una representa. Es por esto, que realizando un profundo y concienzudo análisis de la tutela y la patria potestad buscaremos la mejor manera de proteger tanto al menor como al mayor incapaz.

De igual forma, contemplamos la necesidad de crear alguna figura jurídica dentro de la representación de los incapaces, para procurar la mejor

representación del menor y mayor disminuido de sus facultades mentales, a fin de obtener mayor protección y cuidado sobre su persona, y lograr una mejor administración de sus bienes si los hubiere.

Para esto, decidiremos quien o quienes son los mas adecuados para lograrlo y el porque de ello, proponiendo un análisis de nuestra legislación al respecto, con el objeto de lograr algunas adiciones o mejoras encaminadas al bienestar de los incapaces, que son parte fundamental de la familia y por ende de la sociedad.

1

CAPITULO I

CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS.

a) CONCEPTO DE CAPACIDAD

Antes de estudiar el tema de este capítulo que es la capacidad de las personas físicas, recordemos la distinción jurídica que existe entre la persona física y lo que la doctrina denomina persona moral.

La persona física sabemos que es el sujeto considerado en forma individual como Juan, Pedro, Pablo, es decir, conceptualizado como un ente único, visible; sin embargo, y también sabemos que existe la persona moral conocida como persona jurídica, persona ideal; y entre estas clases de personas existe una diferencia muy marcada, pues mientras la persona física realiza sus actividades por sí misma, la persona moral requiere necesariamente designar o nombrar una persona física que le de representatividad y actúe en el tráfico jurídico en su nombre, de esto se deduce que el legislador les da un tratamiento jurídico diferente, aunque en algunos aspectos son similares, como por ejemplo en el caso que nos ocupa de la capacidad, considerada esta como un atributo, haciendo la observación desde ahora que todos los atributos de que goza una persona física son aplicables también a las personas morales, por supuesto con la excepción del estado civil que sólo lo tienen las personas físicas, aunque en esencia la persona moral también requiere al igual que la física de una inscripción, esta última en el Registro Civil y la persona moral en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, pues sólo con ese registro tendrán existencia jurídica estas personas.

Nuestro tema a tratar es exclusivamente enfocado a las personas físicas por lo que bajo esta esfera iniciaremos su estudio partiendo de la capacidad.

La capacidad ha sido estudiada desde las primeras reglamentaciones de las conductas humanas, y fue en el derecho romano en donde se le dio un tratamiento jurídico muy amplio, conceptuándola como toda una institución jurídica, definiendo genéricamente a los sujetos capaces como sui juris y a los incapaces como alieni juris o furiosi; con base en estos conceptos, la doctrina y legislación posterior hasta llegar a la época actual, han vertido un sinnúmero de definiciones sobre esta figura jurídica que es la capacidad y que para su mejor entendimiento se ha dividido en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, división ésta que analizaremos enseguida.

Primeramente estudiaremos la capacidad en general, transcribiendo por considerarlo necesario las definiciones que nos proporcionan los estudiosos de la materia:

Galindo Garfias expresa que "Se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir con sus obligaciones por sí mismo." (1)

Dominguez Martínez la conceptúa diciendo que "La capacidad es el

(1) Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 6ª edición, México, 1983, pág. 364.

primer atributo de la personalidad, y por capacidad en general, entendemos la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, de ejercitar los primeros y contraer y cumplir las segundas en forma personal y comparecer en juicio por derecho propio." (2)

Antonio Cicu nos dice que: "El mayor de edad y el menor emancipado, los cuales se encuentran en condiciones de habitual enfermedad mental que los hace incapaces de proveer a los propios intereses, deben ser interdictos." (3)

Interpretando a contrario sensu lo que nos expone Antonio Cicu, podemos percatarnos de que la capacidad está referida a aquellos sujetos que están en plenitud de sus facultades mentales, razón por la cual pueden vigilar y cuidar su persona y sus bienes por sí mismos.

Pianol expresa que la capacidad y el poder son conceptos muy similares, pero hace una diferencia entre ambos, y nos dice que "la capacidad es la aptitud para actuar validamente por sí mismo, y el poder es la facultad de obrar sobre el patrimonio ajeno. Hay entre ambas instituciones una evidente afinidad, cuando la persona obra en los límites de su capacidad o de su poder: en ambos casos el acto es válido y produce sus efectos." (4)

(2) Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 1ª edición, México, 1990, pág. 168.

(3) Cicu Antonio, El Derecho de Familia, Edlar Soc. Anón. Editores Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires 1947, pág. 471.

(4) Pianol Marcal, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo I, 2, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, Pág. 380.

Dicho autor nos indica que basta investigar los casos excepcionales en que a una persona la declaran incapaz, para saber cuando se tiene o se cuenta con la capacidad.

Ortiz Urquidi contempla su propia definición e indica que la capacidad tiene dos especies, que al efecto son: "La capacidad de goce es la aptitud que toda persona tiene para ser titular de derechos y obligaciones. Y decimos "toda persona", porque en efecto y como después lo explicaremos, todas las personas, por el solo hecho de ser personas, la tienen, ya que no es posible concebir la existencia sin ella. Por ello mismo se dice que la capacidad de goce es inmanente de la personalidad y que en el fondo se identifica con ésta, como justificadamente lo sostiene Bonecasse en sus Elementos de Derecho Civil.

La capacidad de ejercicio es la aptitud que tienen determinadas personas para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismas. Adviértase que aquí ya no decimos que esta capacidad -como en el caso de la de goce- la tenga toda persona, ya que los menores, los locos, etc., carecen de ella, como después lo veremos." (5)

Como se observa de la definición que nos da Ortiz Urquidi, este autor configura a la capacidad como una aptitud jurídica, ya de ser titular de derechos y obligaciones, como de poder ejercitarlos por sí mismos.

Por su parte, los enciclopedistas de la OMEBA también consideran a la capacidad como un "Sinónimo de aptitud jurídica", y al respecto

(5) Ortiz Urquidi Raúl, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 3ª Edición, México 1986, pág. 297.

expresan que "el vocablo capacidad extiende su raiado por todo el ordenamiento jurídico" (6), sosteniendo estos autores que la capacidad de celebrar actos jurídicos es la aptitud jurídica de hacerlo, lo cual equivale a señalar que significa la aptitud de adquirir derechos y obligaciones. Así vista, es un algo potencial, una propiedad o condición de adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de la mayor o menor extensión que esa calidad potencial pueda traducir en las diversas personas y ante los diversos actos de la vida civil. Es así que no hay una persona incapaz de celebrar acto jurídico alguno. Pero también debe señalarse que, atenta la infinita variedad de motivos que limitan la aptitud de adquirir derechos y de contraer obligaciones, no hay persona que sea capaz de celebrar todos los actos jurídicos.

Desde un punto de vista genérico, la capacidad es calificada por la doctrina, juntamente con el domicilio, el nombre y el estado, como uno de los atributos de la personalidad.

Los autores españoles del Diccionario de Derecho conceptúan a la capacidad diciendo que: "Es la atribución por ley de la posibilidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. La capacidad jurídica está atribuida a toda persona física o natural desde su nacimiento y de acuerdo con lo regulado legalmente respecto a éste. Sin embargo, el reconocimiento de dicha capacidad no implica que toda persona puede actuar con la misma eficacia jurídica; es decir, la capacidad de adquirir derechos o contraer obligaciones no siempre va unida a la capacidad de ejercitar aquéllos o de cumplir éstas. Tal posibilidad de hacerlo, y

(6) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo II, Editorial Driskill, S.A., Argentina, 1979, pág. 600.

con eficacia jurídica, se denomina capacidad de obrar. Cuando un sujeto de derecho menor de edad, que como tal tiene capacidad jurídica, ha de realizar un acto jurídico que solo pueden hacer los mayores de edad, no podrá obrarlo él personalmente, sino que deberá hacerlo otra persona en su nombre e interés." (7)

Como se observa de las anteriores definiciones, los autores transcritos coinciden en general conceptuando a la capacidad como una aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones.

Como lo dijimos anteriormente, la capacidad se encuentra dividida en 2 acepciones: a) capacidad de goce, y b) capacidad de ejercicio; estos tipos de capacidades las analizaremos en el siguiente inciso.

La primera de ellas es la aptitud de tener derechos y obligaciones y surge con el nacimiento y se extingue con la muerte, y la segunda, es esa misma aptitud pero con la facultad de poder hacerlos valer por sí mismo, y empieza con la mayoría de edad, según se desprende de la interpretación de los artículos 22 y 24 del Código Civil.

Por otro lado, se considera a la capacidad como un atributo de la personalidad, ya que es la capacidad junto con el estado civil, patrimonio, el nombre, el domicilio y la nacionalidad, el conjunto de elementos que conforman esos atributos, que la doctrina los ha conceptuado como aquellas cualidades o propiedades del ser humano que nacen con él, y son inherentes a la persona, pues pertenecen solo a ella.

(7) Ribó Durán Luis, Diccionario de Derecho Bosch, Casa Editorial S.A., 1ª Edición, España, 1987, pág. 86.

b) DIFERENCIA ENTRE CAPACIDAD Y PERSONALIDAD

Algunos autores jurídicos suelen confundir la personalidad con la capacidad, sin embargo analizándolas a fondo, nos damos cuenta que cada uno de estos términos tiene marcadas diferencias. Los atributos a que nos hemos referido y que componen la personalidad, son parte de la misma, es decir, ellos la conforman y por consiguiente estos son los que le dan eficacia y funcionalidad a la personalidad de los individuos, como enseguida veremos.

Al respecto nos dice Galindo Garfias que "La personalidad es una manifestación, una proyección del ser en el mundo objetivo." "La personalidad significa que el sujeto puede actuar en el campo del derecho. Diríamos que es la proyección del ser humano en el ámbito de lo jurídico. Es una mera posibilidad abstracta, para actuar como sujeto activo o pasivo en las relaciones jurídicas que pudieran presentarse." (8)

Por su parte la capacidad, tal y como lo dijimos en el inciso anterior, es la aptitud que tiene una persona de ser sujeto de derechos y obligaciones. De lo anterior se entiende que la personalidad es un poder actuar en la amplia gama de posibilidades que nos ofrece la esfera jurídica, sin embargo esto no implica un poder actuar aplicado a un caso concreto o determinado, puesto que la personalidad es abstracta. La capacidad, en cambio, se refiere a un acto jurídico en particular o en concreto, como lo sería la aptitud para celebrar una

(8) Galindo Garfias Ignacio, op. cit., Pág. 305 y 306.

compraventa, contraer matrimonio, etc.

Por otro lado, la personalidad se adquiere a partir del nacimiento como lo indica el artículo 22 del Código Civil; en cambio, la capacidad de goce se adquiere desde el momento de ser concebido, esto es con la figura del nasciturus. Por supuesto, con la condición y limitaciones a que me he referido anteriormente. Más para que tenga personalidad no basta esto, sino que tiene que tener vida propia el individuo sin estar dependiendo de otro.

c) CAPACIDAD DE GOCE Y CAPACIDAD DE EJERCICIO

Hemos dejado plasmado que la capacidad se divide en dos facetas, capacidad de goce y capacidad de ejercicio, y cada una de éstas tiene sus propias particularidades que enseguida veremos.

Todos los individuos, aún antes de nacer (nasciturus), traen consigo la *capacidad de goce*, que es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, y poder ser partícipe de la vida jurídica.

Por otro lado, tenemos la *capacidad de ejercicio*, que es la facultad de hacer valer sus derechos y cumplir con sus obligaciones, por sí mismo.

Como ha quedado indicado, la capacidad de goce la tienen todos los individuos, incluso desde el momento de ser concebidos, con la salvedad de que el legislador condiciona esta capacidad al momento de nacer, en los términos de los artículos 337 del Código Civil, el cual es expreso al decir que en caso de no nacer al concebido, nunca llega a tener capacidad o personalidad, sin embargo,

el nasciturus no es la nada jurídica, pues el derecho lo protege para dos aspectos, para tener derecho a heredar y para recibir donaciones (artículos 1314, 1636 y 2357 del Código Civil). Ahora bien, para tener la capacidad de ejercicio es necesario primero que nada, cumplir la mayoría de edad, esto es, dieciocho años. Solamente que hay una salvedad, y es en el caso de que un mayor de edad este afectado por alguno de los supuestos que nos da nuestro Código Civil en su artículo 450 Fracción II, que nos dice:

"Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Este artículo lo analizaremos en el siguiente inciso, por lo que aquí solamente lo transcribimos para una mejor comprensión de la capacidad.

En cuanto a los menores de edad, estos pueden adquirir un cierto grado de capacidad de ejercicio cuando se emancipan (artículos 641 y 643 del Código Civil). Es un cierto grado ya que por ejemplo, aunque pueden administrar libremente sus bienes, necesitan autorización judicial para enajenar o gravar bienes raíces, y de un tutor para negocios judiciales.

De lo anterior, se desprende que "una persona puede tener capacidad de goce sin contar con capacidad de ejercicio, pero no puede tenerse capacidad de ejercicio sin tener capacidad de goce. Ahora bien, los demás atributos de las personas físicas (nombre, patrimonio, etc.) son explicables también sólo en función de la capacidad de goce, ya que si no existe ésta última, no podrían existir las demás, pues están condicionados."⁽⁹⁾

En cambio, la capacidad de ejercicio debe irse alcanzando paulatinamente, esto es, como ya se dijo, al cumplir la mayoría de edad, o mediante la emancipación, que viene siendo un adelanto de esa mayoría de edad. Esta es la etapa en la cual se considera que el individuo ha logrado una madurez intelectual suficiente para disponer libremente tanto de su persona como de sus bienes, puesto que "se supone" que ya sabe que es lo que le conviene para su bienestar.

En este orden de ideas, me permito transcribir los conceptos que considero mas completos sobre la capacidad de goce y de ejercicio, que nos proporcionan dos de los mas prestigiados juristas

Capacidad de goce:

"Es la aptitud del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones. Ésta la tiene el ser humano desde su concepción por el mero hecho de serlo, es decir, es consubstancial del hombre; no puede concebirse la personalidad jurídica sin la capacidad de goce." (10)

(9) Domínguez Martínez Jorge Alfredo, op. cit. Pág. 167 y 168.

(10) Domínguez Martínez Jorge Alfredo, op. cit., pág. 167 y 176.

Capacidad de ejercicio:

"Es la aptitud del sujeto para ejercitar derechos y contraer y cumplir obligaciones personalmente y para comparecer en juicio por derecho propio." (11)

Todo este ejercicio de derechos, resultantes de la capacidad de goce que todos los individuos poseen, se ve reflejado cuando el sujeto lleva a cabo actos jurídicos. El poder llevarlos a cabo y que éstos tengan validez, significa que se cuenta con la capacidad de ejercicio. Esta es indispensable para que los actos jurídicos tengan valor frente al mundo jurídico.

d) LA INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS FISICAS. ANALISIS DEL ARTICULO 450 DEL CODIGO CIVIL ANTES DE SUS REFORMAS DE 1991.

La incapacidad de las personas físicas se refiere lógicamente a cuando no se tiene la capacidad de ejercicio, ya que como se ha aclarado, todas las personas tienen capacidad de goce.

Ahora que, si bien todos tenemos esta capacidad de goce, para poder hacer uso de los derechos que encierra la misma, es necesario contar con la capacidad de ejercicio para poder ejercitar esos derechos en forma personal. Si no se cuenta o no se ha alcanzado esa capacidad de ejercicio, se dice que el sujeto es un incapaz.

(11) Domínguez Martínez., op. cit., pág. 167 y 168.

El código Civil en su artículo 450, antes de sus reformas de 1991, nos indicaba quienes eran incapaces, y así tenemos:

"Art. 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."

En cuanto a la fracción I, no queda lugar a duda acerca de que los menores de edad son considerados incapaces en cuanto que no tienen capacidad de ejercicio hasta alcanzar la mayoría de edad, pues por su tierna edad, no cuentan con esa aptitud para discernir entre lo bueno y lo malo, lo que les afecta y lo que les beneficia.

Por lo que toca a la fracción II, parece que el legislador estaba clasificando los motivos por los que podía ser incapaz un mayor de edad, o peor aún, que estaba dando grados de incapacidad como si unos fueran más incapaces que otros. Además, al aludir a estos términos no nos indicaba cuando se consideraba a alguien loco, idiota o imbecil. Aunado a esto, estos términos son ampliamente usados en el léxico común, por lo que cualquiera al que le denominaran y por supuesto que lo fuera, con uno de estos calificativos podría ser considerado como un incapaz.

La fracción III del mencionado artículo 450, contemplaba como incapaces a los sordo-mudos que no saben leer ni escribir, razón por la cual no podían manifestar su voluntad. El motivo de esto, debe haber sido que se consideró que si no sabían leer ni escribir, no podían enterarse de nada, ni decidir si algo les convenía o no; por lo mismo, no podían obligarse mediante instrumento jurídico alguno, así que era mejor para su bienestar considerarlos incapaces, aunque hay que tomar en cuenta que cuando se elaboró el Código Civil fue hace casi setenta años, cuando en nuestro país existían pocos adelantos en materia de rehabilitación y ayuda técnica para los minusválidos, por lo que en esa época (1928), el legislador consideró a los sordomudos que no sabían leer ni escribir y que seguramente eran los más, pues los adelantos científicos para dichos sujetos eran muy rudimentarios, por lo que difícilmente podían actuar en las relaciones jurídicas.

En la fracción IV se contemplan incapaces a los ebrios consuetudinarios, y los que tienen el hábito de usar inmoderadamente drogas enervantes; este texto es muy claro, y hasta sutil con el tratamiento jurídico de tales sujetos, pues considero que el simple hecho de que una persona sea un ebrio o un drogadicto, no es necesario el adjetivo calificativo del legislador de que sea consuetudinario o inmoderado para ubicarlo como un incapaz.

e) ANALISIS DEL ARTICULO 450 REFORMADO EN 1991.

En las reformas que tuvo el artículo 450 del Código Civil en el año de 1991, quedó como sigue:

"Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Como puede observarse, la fracción I de este artículo quedó sin reformas ya que es muy clara y precisa en cuanto a que son incapaces los que aún no son mayores de edad, o sea, los menores.

Ahora bien, en las reformas de 1991 se modificó la fracción II, se suprimió la fracción III y la fracción IV quedó dentro de la II.

En la nueva redacción de la fracción II del multicitado artículo 450, ahora se refiere a los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, sin hacer ningún tipo de observación como se hacía anteriormente en cuanto a calificativos como locos, idiotas, imbeciles, dando lugar esto a que los doctrinarios deduciesen de éstos términos, grados de incapacidades, y así, sostenían que el grado máximo de incapacidad eran los que padecían locura; un grado medio, eran los llamados idiotas y en grado mínimo de incapacidad eran los imbeciles; ésta calificación de grados de incapacidad pudiera ser que efectivamente tuviera un sostén médico-jurídico, aunque el suscrito considera que cualquiera de esos sujetos era susceptible de ubicarlo tal y como lo hizo el legislador de 1928, como incapaces en forma lisa y llana.

Respecto al nuevo texto omitiendo el calificativo de los sujetos denominados ebrios consuetudinarios, o que hacían uso immoderado de drogas enervantes, ahora nos indica simplemente que cuando hay adicción a sustancias tóxicas como alcohol o psicotrópicos o estupefacientes se consideran incapaces, siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos o manifestar su voluntad por algún medio, y habría que observar a los individuos en cuestión para ver que tanto les afectan las sustancias tóxicas descritas, y decidir si ya no pueden gobernarse y obligarse por sí mismos y dándose esta última hipótesis, someterlos a la interdicción.

Por otro lado y afortunadamente, en estas reformas se suprimió la fracción III, que consideraba incapaces a los sordo-mudos que no sabían leer ni escribir, siendo esto muy erróneo ya que aún cuando no supieran leer ni escribir, bien podían manifestar su voluntad para obligarse pues estas personas a pesar de su limitación han desarrollado un lenguaje que les permite comunicarse por lo menos entre ellos o los que conozcan su lenguaje, y también pudieran ser capaces de leer los labios y saber que dicen los demás, así que esto no representaba impedimento alguno y el legislador con estas reformas se percató de ello, procediendo a modificar el concepto que se tenía de los sordo mudos y ahora solo alude y los ubica como incapaces a aquellos sujetos que padecen alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial.

CAPITULO II

LA REPRESENTACION. GENERALIDADES.

Antes de entrar al estudio básico que es materia del presente trabajo, que es la representación de los menores y mayores incapaces, analizaremos a la Representación en general, es decir, su concepto, las clases de ésta figura jurídica que contempla el código y por supuesto los efectos legales que provoca, así como un breve análisis de sus antecedentes históricos.

En cuanto al origen de esta figura jurídica, nos comenta el maestro Gutiérrez y González que "desde épocas remotas la representación ha prestado servicios indudables a la humanidad. Ya en la antigua Grecia hubo una institución llamada "Progenia", que permitía a un individuo que no formaba parte de la polis, actuar válidamente en ésta, por intermedio de un ciudadano griego. La "Progenia" era una tablilla, la cual se dividía en dos, y cuando el no griego iba a la polis, presentaba su mitad al griego que detentaba la parte restante, y entonces éste, (o sus sucesores), realizaba por el extranjero todos los actos que las leyes de la polis le prohibían a dicho extranjero. A su vez si el griego iba al país del no griego, por ejemplo un persa, exhibía su mitad de "Progenia" y el persa actuaba por el griego en Persia." (12).

Según el maestro Gutiérrez y González, la representación rompe el principio lógico jurídico de que "quién realiza un acto responde de las

(12) Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 7ª Edición, México, 1990, página 350.

consecuencias de él" o en términos vulgares pero no menos claros, rompe el principio de: "El que la hace la paga."

Es muy común y muy lógico este principio, ya que si por ejemplo un sujeto realiza un robo, será éste quien tenga que pagar o purgar una pena por el ilícito cometido, o si causa un daño, tendrá también el mismo que indemnizar a la víctima del daño producido.

Pero en el caso de la representación, si un sujeto realiza un acto, como puede ser el comprar un inmueble, pero lo hace a nombre de otro, no será él quién responda de las consecuencias del acto, sino será su representado quien tendrá la obligación de cumplir con los acuerdos concertados por el representante y por supuesto responsabilizarse de los efectos que ello implique como será la de pagar el precio en la forma y términos que se halla estipulado.

a) CONCEPTO DE REPRESENTACION.

Iniciaremos nuestro estudio de la representación analizando los diversos conceptos que nos dan los doctrinarios y así tenemos que el maestro Borja Soriano expone el siguiente concepto: "Hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto): se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero." (13)

(13) Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 10ª Edición, México 1985, pág. 244.

De la anterior definición podemos notar que un sujeto con capacidad de ejercicio, por supuesto, dando por entendido, como lo dejamos asentado en el capítulo anterior, que la capacidad de ejercicio trae aparejada la capacidad de goce, es decir, se podría concebir un sujeto con capacidad de goce sin que tenga capacidad de ejercicio, pero nunca se podrá estimar una persona con capacidad de ejercicio y que carezca de capacidad de goce; por lo que retomando el tema, analizando la definición que nos da Borja Soriano, deducimos que un capaz puede encargar a otro individuo que también tenga capacidad de ejercicio, la realización de algún acto jurídico en su nombre y representación, y estos actos, o más bien los efectos que los mismos producen, repercutirán en la persona o patrimonio del primero (representado).

Así mismo, también tenemos que la representación es un fenómeno jurídico que implica la actuación a nombre de otro en el campo del derecho. La representación supone que una persona que no es a quien corresponden los intereses jurídicos en juego, ponga su propia actividad, su "querer", al servicio de tales intereses ajenos, realizando un acto jurídico a nombre de la persona a quien pertenecen.

De lo anterior tenemos pues, que la representación es una de las instituciones jurídicas a través de las cuales se realizan válidas y eficazmente actos jurídicos sobre un patrimonio ajeno. Lo propio de la representación consiste en la actuación a nombre del representado, por lo que es innegable que esta es la principal figura jurídica para producir efectos en el patrimonio ajeno obrando en nombre y en interés del representado.⁽¹⁴⁾

(14) Seberón Mainero Miguel, Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México 1992, pág. 2002.

Ahora bien, ya hemos analizado la representación y los efectos que ésta tiene y los que se producen al ejercitarla, es decir, al llevar a la práctica la misma, realizando los actos jurídicos deseados por el representado, quien se los encomienda al representante. Pero veamos ahora que puede ocurrir que un sujeto realice algún acto jurídico para otro, o para que cause efectos en la persona o patrimonio de un tercero, sin que éste tercero esté enterado, o que no consienta o le convenga la realización de esos actos jurídicos. En este caso, al no haber consentimiento para que se lleva a cabo cierto acto jurídico, entendemos que ese acto, o tal vez un posible contrato, están viciados por la falta de un elemento esencial.

Lo anterior resulta lógico, ya que es muy posible que a un individuo no le convenga o no le interese que se lleve a cabo cierto acto, y máxime si este acto trae consigo consecuencias jurídicas y que un individuo, supuesto representante, los realice sin que el primero haya aceptado, siendo así, resultaría absurdo pretender que si no manifestó su consentimiento, y no encomendó a nadie la ejecución de un acto que además le acarreará consecuencias, se quiera otorgar algún valor a ese acto, y peor aún, llevar a cabo las consecuencias que el mismo implica. Además de que si fuera así podría incluso causar perjuicio patrimonial o hasta podría dar origen a una sanción de carácter penal por el acto realizado sin el consentimiento de su supuesto representante.

Por otro lado, también podría ocurrir que una vez llevado a cabo el acto por el supuesto representante, el presunto representado pudiera percatarse de que ese acto y las consecuencias que provoca el mismo pueden serle benéficas, y aún cuando él en un inicio no otorgó su consentimiento, o incluso tal

vez hasta desconocía que pudiese llevarse a cabo, decida otorgar ahora sí, su consentimiento omitido, ratificando el acto realizado en su nombre, para que así las consecuencias jurídicas del mismo puedan repercutir en su persona y/o bienes sin impedimento alguno.

Por lo que toca a la representación, genéricamente concluiremos ese estudio diferenciando los términos que para muchos autores y estudiosos del derecho han provocado alguna confusión, como lo es el mandato, el poder y la propia representación, por lo que enseguida definiremos cada una de éstas Instituciones:

La Representación ya ha quedado definida con anterioridad, según las posturas doctrinarias de los juristas transcritos, por lo que ahora expondremos los conceptos de poder y mandato *strictu sensu*:

Mandato: "En virtud de este contrato, una persona llamada mandatario, se obliga, onerosa o gratuitamente, a actuar frente a terceros por cuenta de otra persona, llamada mandante o principal. Cuando el mandatario obra por cuenta ajena (siempre del mandante) y en nombre propio, estamos en el supuesto del mandato simple; si el mandatario, además de actuar por cuenta del mandante, lo hace en nombre de éste, estaremos en el caso del mandato ostensible o mandato representativo. En cualquier caso, la gestión de que se encarga el mandatario siempre es encuadrable como acto representativo; es decir, el mandato es el contrato que justifica más el otorgamiento del poder de representación." (15)

(15) Ribó Durán Luis, *op. cit.*, pág. 363.

Poder: "El poder de representación es una declaración unilateral de voluntad por la que una persona, llamada poderdante o representado, pone de manifiesto a terceros posibles contratantes que otra persona, llamada apoderado o representante, actuará en nombre del primero, representándolo directamente. La concesión de este poder o apoderamiento se hace por una determinada finalidad; y si ésta se limita al interés del poderdante, el poder es esencialmente revocable. Pero si el apoderamiento se otorga en interés del apoderado o de un tercero, como en el caso de que el apoderado sea acreedor del poderdante, el poder se puede conceder con carácter irrevocable." (16)

Como se observa de estas definiciones, cada una de las figuras enunciadas, tiene su particular característica, aunque todas tengan su origen en la representación *latu sensu*; y mientras el mandato se conforma con la voluntad de sus intervinientes (mandante y mandatario) para realizar un acto jurídico, el poder se constituye mediante la declaración unilateral de la voluntad del otorgante.

Una vez que nos avocamos al estudio de la representación en cuanto a su naturaleza jurídica, que dijimos que podríamos ubicarla como un contrato, y analizamos sus aspectos generales de su constitución, ahora veremos las clases de representación que reconoce nuestra legislación civil.

(16) Ribó Durán Luis, *op. cit.*, pág. 455.

b) DIFERENTES CLASES DE REPRESENTACION.

De las definiciones que nos han expresado los doctrinarios sobre la representación entresacamos que existen diversas clases de esta figura, que son la legal, voluntaria y la oficiosa o gestión de negocios, mismas que enseguida analizaremos.

1.- Representación Legal.-

Este tipo de representación tiene su origen como su nombre lo indica, en la ley, ya que no es un acuerdo entre 2 voluntades, porque en el caso de la representación legal se trata de que un menor de edad o un mayor incapaz, al no poder o no tener capacidad de ejercicio para actuar por sí mismos en el tráfico jurídico y ni por supuesto nombrar ellos mismos a su representante, es decir, tener un acuerdo con un tercero para que los represente, por lo que es la ley la que en sus preceptos determina que en el caso de los menores de edad por ejemplo, sean sus padres los que tendrán bajo su guarda y custodia la persona y bienes del menor y por lo mismo ellos serán sus representantes ante los demás.

En el caso de que faltaren sus padres o los abuelos, o tratándose de mayores incapaces, también es la ley la que indica que en estos supuestos, la representación legal de éstos será a través de la tutela.

El Maestro Raúl Ortiz Urquidí nos dice al respecto: "¿ Que acaso el ejercitante de la patria potestad o el tutor en su caso, para representar al menor

en los actos de la vida jurídica, celebra un contrato con éste?, Evidentemente que no, sino que la representación la establece la ley y nadie más que ella. Lo mismo podemos decir de la tutela de mayores (mayores incapacitados, se entiende); del síndico de las quiebras; de los órganos representativos de las personas morales (públicas o privadas) que por disposición de la ley o de sus estatutos obren en nombre de ellas, o en otro orden de ideas, del Presidente de la República cuando conforme al artículo 133 Constitucional, celebra, en nombre de México, tratados con otros Países, o del Juez que como órgano del Estado y por tanto en representación de éste, libra una orden de aprehensión o dicta cualquier otro mandamiento, o una sentencia, etc."(17).

En efecto, como ya ha quedado indicado, cuando un sujeto tiene la imposibilidad natural o legal de intervenir directamente en la vida jurídica, de tal forma que no puede celebrar actos jurídicos por sí mismo, es necesario que otro sujeto, con capacidad de ejercicio realice los actos jurídicos en nombre y por cuenta de aquel, es decir, será su representante legal.

Es la ley la que nos indica las formas de representación legal, específicamente en sus artículos 412 al 448, del Código Civil en donde consagra la patria potestad y nos da sus características, y del artículo 449 al 634 del mismo ordenamiento legal nos establece la tutela y sus peculiaridades.

De lo anterior deducimos que la Representación Legal es aquella que está establecida por la ley y que es la misma ley la que la regula y reglamenta.

(17) Ortiz Urquidí Roldán, op. Cit., pág. 256.

La representación legal trae consigo en todo caso la administración de los bienes del representado cuando los hay. Por ello, los ascendientes en el ejercicio de la patria potestad así como el tutor en el desempeño de su cargo, son administradores de bienes ajenos y aunque libremente pueden celebrar actos de administración, no así los de dominio, para cuya celebración deben satisfacer requisitos especiales que el legislador impone en protección del incapaz.

"Como consecuencia de la representación legal, los actos otorgados por los representantes legales surten efectos en los status de los representados, no en los patrimonios propios de los otorgantes. Por ende, la ley vigila que esos actos sean conservatorios del patrimonio del representado." (18)

Tomando en cuenta que este tema de la representación legal en sus diversas clases de patria potestad, tutela y curatela y sus auxiliares que son el Ministerio Público y el Consejo Local de tutelas son la esencia del siguiente capítulo III de esta Tesis, dejaremos su estudio para ese evento, por lo que concluremos el análisis de la representación legal anotando como lo hemos hecho, sus aspectos generales.

2.- Representación Voluntaria.-

Ahora analizaremos la representación voluntaria conocida también como mandato.

En efecto, esta representación se otorga mediante el contrato de

(18) Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1990. Pág. 193.

mandato, definido por el artículo 2546 de nuestro Código Civil en los siguientes términos:

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

"A la persona que otorga el mandato, o sea el representado, se le llama mandante o poderdante, y a quien se le confiere o quien va a ejercerlo, o sea el representante, se le llama mandatario o apoderado."⁽¹⁹⁾

De lo anterior, debemos entender que la representación en una de sus facetas es un mandato, el cual tiene la característica de un contrato.

Ahora bien, el representado a pesar de que él es quien externa realmente su voluntad de realizar un acto jurídico o incluso de contratar con un tercero, no tiene trato directo con dicho sujeto, sino que será su representante el encargado de llevar a cabo la realización del asunto de que se trate.

Por otro lado, el representante o mandatario puede desempeñar el cargo en nombre propio o en el de su mandante o representado, salvo pacto en contrario. Si el mandatario actúa en nombre propio, los terceros involucrados en el negocio con quienes contrato el mandatario, no tendrán acción contra el mandante ni este con aquellos, ya que como el acto jurídico se realiza como si fuera voluntad del propio mandatario, no hay relación contractual alguna entre

(19) Ortiz Urquidí Raúl, op. cit., pág. 258.

mandante y terceros. Más sin embargo, si en este tipo de mandato el mandatario no realizare los actos encomendados de acuerdo a lo pactado con su mandante o si por su culpa o negligencia causare perjuicios a su representado, el mandante si podrá tener acción en contra del mandatario (art. 2561).

Podemos concluir en esta hipótesis que el mandatario representa al mandante en los actos que ha recibido el poder de ejecutar, así como el tutor, que posteriormente nos referiremos a esta figura jurídica que representa al pupilo en todos los actos de la vida civil. En efecto, el mandatario, el tutor, sostienen la personalidad de otro y su personalidad es extraña a los actos que han ejecutado.(20)

No obstante lo anterior, y aún que el representante o mandatario sólo es el portavoz de la voluntad del mandante, es decir, de una voluntad jurídica ajena, el mandatario podrá actuar u obrar como mejor le parezca, cuidando y procurando el negocio como si fuera de él, en los casos en que se haya pactado así o en el caso de que no sea posible consultarlo con el mandante, y que de esperar se acarree un perjuicio o se aumente el riesgo.

También en referencia a esto, el maestro Raúl Ortiz Urquidí nos da otro concepto:

(20) Borja Soriano Manuel, op. cit., pág. 246

"La representación, en su más amplio sentido, envuelve la actuación en nombre de otro."(21)

Por otro lado el maestro Ernesto Gutiérrez y González nos da este otro concepto: "Es el medio que establece la ley o de que dispone una persona capaz, para obtener, a través del empleo de la voluntad de otra persona capaz, los mismos efectos jurídicos que si hubiera actuado el capaz, o válidamente un incapaz."(22)

En esta definición que nos da Gutiérrez y González, encierra ya no solamente un caso de representación, o sea la realizada para personas capaces, sino que engloba también a la representación de incapaces, figura jurídica esta última, que como lo dije con antelación, nos ocuparemos de ella mas adelante, pues en este inciso solo trataremos los aspectos generales de la representación *Le to Senu*, y esto, a efecto de comprender mejor la representación de incapaces.

Lo valioso de esta figura de la representación de capaces, es que ha permitido que una persona pueda realizar diversos actos jurídicos en diversos lugares y en un mismo momento, los cuales no hubieran sido posibles sin la ayuda de esta institución, ya que el representado puede vivir en una ciudad y sus representantes pueden realizar en su nombre diversos actos en otras ciudades

(21) Ortiz Urquidí Raúl, Derecho Civil, 2ª Edición, pág. 255, Editorial Porrúa, México 1982.

(22) Gutiérrez y González Ernesto, op. cit., pág. 360.

por distantes que éstas sean unas de otras e inclusive al mismo tiempo, ya que es como si el representado se hubiera dividido en muchas partes o pudiera estar en varios lugares a la vez, solo que en forma física no está presente sino en forma jurídica, que para el efecto de llevar a cabo actos jurídicos es la más importante.

Este contrato de mandato, de conformidad con el artículo 2547 del Código Civil, se perfeccionará con la aceptación del mandatario a realizar los actos o negocios jurídicos que el mandante le encomiende. Si el mandato se trata de ejercitar una profesión que se ofrece al público, al mandatario tiene 3 días para rehusarse a llevar a cabo el mandato, de lo contrario se tiene por aceptado. Ahora bien, que si antes de ese plazo el mandatario realiza un acto que sea parte del mandato, se le tiene por aceptado el cargo tácitamente; ésta hipótesis es uno de los casos en que el silencio produce efectos jurídicos.

El mandato puede hacerse en forma escrita o verbal, según el artículo 2550 del mismo ordenamiento jurídico. En caso de ser escrita, podrá otorgarse en escritura pública, en escrito privado firmado por el otorgante y 2 testigos, ratificadas las firmas ante Notario Público, Juez de Primera Instancia, Jueces Menores o de Paz, o ante el correspondiente funcionario o empleado administrativo, cuando el mandato se otorgue para asuntos administrativos; también podrá otorgarse en carta poder sin ratificación de firmas.

Si el mandato es verbal, es decir, de palabra, debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio para que se dio.

Cabe resaltar la importancia que conlleva el que el representante con la manifestación de su conducta, misma que encierra la voluntad del

representado, pueda lograr situaciones y realizar actos que traigan consecuencias tanto jurídicas como patrimoniales en la persona y/o bienes de alguien totalmente distinto a él.

El mandato se otorgará en escritura pública o en carta poder firmada ante 2 testigos con ratificación de firmas ante Notario, ante jueces o autoridades administrativas cuando sea general, cuando el negocio sea mayor al equivalente a mil veces el Salario Mínimo General Vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse, o cuando el mandato implique realizar un acto que deba de constar en instrumento público (art. 2555).

Si el monto del negocio no excede de mil veces el Salario Mínimo General Vigente en el D.F., podrá otorgarse el mandato en escrito privado firmado ante 2 testigos sin ratificación de firmas (art. 2556).

Podrá ser verbal el mandato si el monto del negocio no excede de 50 veces el Salario Mínimo General Vigente en el D.F. (art. 2556).

Esto obedece a la garantía que se tiene de que el mandatario no cause graves perjuicios al mandante por la mala ejecución del mandato, por lo que si el monto del negocio es superior a 50 veces el Salario Mínimo, deberá constar el mandato por escrito, para asegurar la responsabilidad en que pudiera incurrir el mandatario, pudiendo el mandante ejercitar acción contra éste, a efecto de llevar a cabo la reparación del daño causado.

Así también tenemos que el mandato puede ser con representación o sin representación, esto es, que será con representación cuando el mandatario

al realizar los actos correspondientes a la ejecución del mandato, actuará en nombre y por cuenta del mandante.

El mandato sin representación es aquel en que el mandatario al realizar los actos que llevan a la consecución del mandato, actúa por cuenta del mandante, pero a nombre propio. De esto nos hablan los artículos 2560 y 2561 del Código Civil.

A esto, el maestro Raúl Ortiz Urquidí se refiere como al Mandato representativo y Mandato no representativo.

Por el mandato representativo el mandatario obra frente a terceros en nombre y por cuenta del mandante; por el no representativo, el apoderado obra sólo por cuenta del poderdante, más no en su nombre, pues actúa frente a dichos terceros como si el negocio fuera suyo (del mandatario) y no del mandante. Ejemplos: Si le doy poder a Juan para que venda mi casa, el mandato tiene que ser necesariamente representativo, puesto que necesariamente también (para que la operación surta efectos frente a todo el mundo y que es también como todo el mundo adquiere la propiedad de las cosas) tienen que hacerse movimientos en el Registro Público de la Propiedad en que dicha casa aparece inscrita a mi nombre (art. 2551 y 2555 del Código Civil); pero si el poder lo doy para que Juan tan sólo venda unos libros míos que inclusive le entrego, como el comprador de esos libros no tiene porque saber que son míos y Juan se los llega a vender como si fueran de él, no tengo porque otorgar sino un mandato no representativo y hasta verbalmente, que es como por lo general se produce en estos supuestos (art. 2552 C. C.).

En la comisión mercantil vemos ambos tipos de mandato, el representativo y el no representativo, a lo que Ortiz Urquidí nos dice que "el mandato representativo el mandatario obra frente a terceros en nombre y por cuenta del mandante, y por el no representativo, el apoderado obra sólo por cuenta del poderdante, mas no en su nombre"⁽²³⁾; y esto puede verse en los artículos 283 a 285 del Código de Comercio, que a la letra rezan:

"Art. 283.- El comisionista, salvo siempre al contrato entre él y el comitente, podrá desempeñar la comisión tratando en su propio nombre (comisión no representativa) o en el de su comitente (comisión representativa).

Art. 284.- Cuando el comisionista contrate en nombre propio tendrá acción y obligación directamente con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar cuál sea la persona del comitente, salvo en el caso de seguros.

Art. 285.- Cuando el comisionista contratara expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común."

Como consecuencia del mandato con o sin representación, tenemos que si el mandatario obra en su nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas contra el mandante, sino que el mandatario queda obligado directamente con la o las personas con quienes contrató, ya que para éstas el asunto es de él y no de un tercero, salvo que se trate de cosas propias del mandante.

(23) Ortiz Urquidí Raúl, op. cit., pág. 259 y 260.

Sin embargo puede haber acciones entre el mandante y el mandatario (las que resulten de la realización de parte o de todo el mandato).

Existen diversas teorías que tratan de explicar o de llegar a descubrir cual es la naturaleza de esta representación voluntaria, y al respecto, diversos autores han expuesto algunas teorías que enseguida analizaremos:

-Teoría de la Ficción.- "Sostiene en síntesis la teoría, que por virtud de una ficción, se reputa hecho por el representado (no presente en el acto de la celebración) lo realizado por el representante. En otras palabras, se finge que los negocios jurídicos son celebrados personalmente y con su propia voluntad por el representado, no obstante no estar presente en el acto de la celebración." (24)

En esta teoría, el mandatario contrata como si lo estuviera haciendo personalmente su mandante, o tal vez como si el mandatario fuera el propio mandante; claro está que en realidad el mandatario no contrae ninguna obligación para con las personas que contrató porque no es realmente él quien contrata, pues lo hace por cuenta del mandante.

-Teoría del Nuncio.- Esta teoría tiene su fundamento en que el representado hace llegar su voluntad de realizar algún acto jurídico con algún tercero, a través de un portavoz o mensajero, que sería su representante, mismo que no tiene voluntad alguna para la realización de cualquier acto jurídico, puesto que su única voluntad es la de transmitir la voluntad de su representado.

(24) Ortiz Urquidí Raúl, op. cit., pág. 262.

-Teoría de la Cooperación.- "Concurren la voluntad del representante y del representado y que se armonizan en una voluntad jurídica, que según el derecho se supone es del representado. Se comprueba esto en la representación voluntaria, en la que se da un mandato expreso o un mandato general: El mandante da ciertas instrucciones que el mandatario cumple, supliendo en los puntos no determinados la voluntad del mandante; hay pues, una cooperación de voluntades. Jurídicamente el acto se ejecuta en nombre del mandante, porque las voluntades psicológicas de mandatario y mandante se armonizan en una voluntad nueva que se llama voluntad jurídica del mandante." (25)

-Teoría de la Substitución Real de la Personalidad del Representado por la del Representante.- Esta teoría maneja que la voluntad del representante substituye totalmente a la del representado, ya que es su voluntad y no la del representado la que interviene en forma real y directa en la celebración de un contrato o en la realización de un acto jurídico, porque es el mandatario quien externa o manifiesta la voluntad de que se lleve acabo cierto acto, claro que este acto no producirá efectos o consecuencias en su patrimonio ya que no es él quien desea la consumación, sino el mandante, por lo que los efectos se darán en el patrimonio de este último.

El maestro Rojina Villegas nos da un muy acertado análisis de la Representación voluntaria, manifestando que "lo que existe en la representación voluntaria es el respeto a la autonomía de la voluntad del representado, que quiere y autoriza plenamente a otro para que en su nombre celebre actos jurídicos. Como la representación voluntaria supone la capacidad plena del

(25) Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Obligaciones, Volumen I, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México 1981, pág. 300.

representado, debe respetarse esa voluntad autónoma o soberana. El representado se obliga porque ha querido obligarse previamente, autorizando por adelantado los actos que haga su representante dentro de los límites del mandato, quedando jurídicamente obligado. Si en el contrato, el principio de autonomía de la voluntad es la ley fundamental, en el mandato, que es un contrato y que constituye la forma típica de la representación voluntaria, sigue siendo este principio de la autonomía la fuente, la explicación y justificación jurídica del problema." (26)

De lo anterior se entiende que si yo deseo comprar un inmueble y celebro un contrato de mandato con un individuo que acepta ser mi mandatario, y le encomiendo que me busque un inmueble con ciertas características, este sujeto, mi mandatario, al buscar compañías de bienes raíces, concertar citas para ver inmuebles y transar con los agentes de ventas, ya está ejercitando el poder que le conferí con el contrato de mandato, y estas acciones que él realice tendrán validez, ya que yo mandante o representado, externé mi voluntad de realizar una operación que en este caso es la compra-venta de un inmueble, y además, al haber otorgado un mandato para la realización de esa operación, estoy autorizando y consintiendo por anticipado, los actos que realice mi representante tendientes a llevar a cabo la adquisición del inmueble que yo deseo. Ahora bien, el representante deberá de obrar dentro de los límites del mandato, como podrían serlo el valor del inmueble que yo deseo, es decir, que no exceda de cierta cantidad, o que este en alguna zona en particular. Pero si el mandatario se excede de sus facultades, responderá de los daños y perjuicios que me cause (a su mandante) y al tercero con quien contrató, si éste ignoraba que aquél

(26) Rojas Villegas Rafael, op. cit., pág. 399.

traspasaba los límites del mandato, además de que los actos realizados fuera de los límites del mandato serán nulos. Si este tercero sabía que se obraba fuera de los límites del mandato y no se hubiera obligado personalmente con el mandante, no tendrá acción contra el mandatario.

En cuanto a la clasificación del mandato, el artículo 2553 nos indica que el mandato puede ser especial o general; en cuanto a los generales, lo son aquellos contenidos en los primeros tres párrafos del artículo 2554, y cualquier otro mandato tendrá el carácter de especial.

Así mismo, el maestro Raúl Ortiz Urquidí nos indica que "el mandato puede ser, en cuanto a sus alcances o amplitud, a) general, b) especial y c) general amplísimo, y en cuanto a su materia, a) para pleitos y cobranzas, b) para actos de administración y c) para actos de dominio." (27)

"Artículo 2554.- En todos los poderes generales para pleitos y cobranzas bastará que se diga que se otorga con todas las facultades generales y las especiales que requieran cláusula especial conforme a la ley, para que se entiendan conferidos sin limitación alguna.

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga toda clase de facultades administrativas.

En los poderes generales, para ejercer actos de dominio, bastará que se den con ese carácter para que el apoderado tenga todas las facultades de

(27) Ortiz Urquidí Raúl, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 3ª Edición, México 1986, pág. 280.

dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones, a fin de defenderlos.

Cuando se quisieren limitar, en los tres casos antes mencionados, las facultades de los apoderados, se consignarán las limitaciones, o los poderes serán especiales.

Los notarios insertarán este artículo en los testimonios de los poderes que otorguen."

Ahora bien es importante señalar si todos los actos jurídicos admiten la representación, o existen actos que no son susceptibles de representar; nuestro legislador nos limita la representación y al efecto preceptúa en el artículo 2548 del Código Civil, que "Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado."

Del análisis de este artículo deducimos que efectivamente el legislador no permite la representación en la realización de algunos actos que por su naturaleza son personalísimos como por ejemplo, las juntas de avenencia en los divorcios por mutuo consentimiento; la absolución de posiciones; el otorgamiento de un testamento, y en fin el propio legislador nos marca que actos jurídicos no admiten representación.

En cuanto a las formas de terminar el mandato, tenemos que este termina por :

I.- Revocación;

II.- Por renuncia del mandatario;

III.- Por muerte del mandante o del mandatario;

IV.- Por interdicción de cualquiera de ellos;

V.- Por el vencimiento del plazo y por concluir el negocio para el que se otorgó;

VI.- Por la declaración de ausencia, pasados 3 años de la desaparición (de cualquiera de ellos).

3.- Representación Oficiosa o Gestión de Negocios.-

Este tipo de representación la tenemos cuando un sujeto asume la administración de un negocio ajeno, sin que el titular del mismo o el dueño otorgue su consentimiento, e inclusive desconozca el hecho. Como ejemplo, podríamos citar el que un individuo salga de viaje varios días, dejando sola su casa sin encargársela a nadie, y al cabo de 2 o 3 días empiece a llover provocando el derrumbe de alguna de sus paredes, poniéndose en peligro toda la construcción. Su vecino, preocupado porque la casa de junto pueda venirse abajo, contrata un albañil y compra material para llevar a cabo la reparación de la pared de su vecino, y así evitarle un daño mayor en su patrimonio.

En este ejemplo vemos claramente como se asumió la responsabilidad de un negocio ajeno sin conocimiento ni autorización del dueño o titular del negocio, y por supuesto sin que exista un deber jurídico pero con causas y motivos de solidaridad social, ya que de lo contrario el dueño se vería afectado en su patrimonio.

Ahora bien, el dueño que se fue de viaje, al regresar a su casa y percatarse de las composturas que se hicieron a su casa sin su consentimiento, deberá reembolsar a su vecino, (por la gestión de negocios que realizó a su

favor) de los gastos que este hubiere hecho para llevar a cabo la compostura de su casa, sin la cual ésta se hubiese desplomado. Aquí tenemos que el dueño queda obligado en virtud del enriquecimiento sin causa que ha logrado, con detrimento en el patrimonio de su vecino, quien ha erogado cierta cantidad de su patrimonio para evitarle daños tal vez irreparables a su vecino, dueño de la casa que reparó.

Naturaleza Jurídica.- Sobre la naturaleza jurídica de la gestión de negocios el maestro **Rojina Villegas** nos expone que consiste en: "Asumir la administración de un negocio ajeno sin que proceda encargo o sin que constriña a ello una obligación legal, constituye una invasión en la esfera patrimonial ajena, la cual, siendo como es cerrada la ingerencia de extraños, debe ser por todos respetada. Si, por otra parte, este principio se aplicase con todo su rigor, quedaría insatisfecha la exigencia social de que no se perjudique con daño general un patrimonio al que actualmente falta la acción administradora de su titular. El ordenamiento jurídico no puede ni debe prohibir la intervención de terceros ajenos cuando esta intervención sea hecha en ventaja de un patrimonio desprovisto de administración y expuesto por ello a indudables peligros." (28)

En casos como éste, el gestor interviene sin un mandato, ni del dueño ni de la ley, es decir, interviene oficiosamente cuando se percata de que cierto patrimonio está en peligro inminente de extinguirse porque su dueño está ausente o imposibilitado. Aquí el gestor interviene por voluntad propia, sin que se

(28) **Rojina Villegas Ratsel**, op. cit., pág. 17.

lo soliciten, sino porque desea hacerlo tratando de proteger los bienes de su vecino o congénere, y por supuesto con el ánimo de obligarlo.

El maestro Manuel Borja Soriano nos dice que "en la gestión de negocios hay un mandato presunto, por cuanto se presume que todo hombre debe aprobar lo que se hace en su utilidad." (29)

Lo anterior en base a que el mandato tiene un fin determinado, que trae beneficios al mandante o representado al ejecutarse el mismo. Es por esto, que si el gestor actúa en cierto negocio sin consentimiento del dueño, se toma como si lo hiciera bajo un mandato, el cual es llamado por Borja Soriano como "mandato presunto"; además, lo realizado tiene por objeto obtener una utilidad para el dueño del negocio, por lo que no hay motivo alguno para pensar que este pudiera oponerse a la gestión de negocios.

Claro está que para poder llevar a cabo la gestión debe de tratarse de un asunto que no requiera de un poder especial, es decir, que el asunto sea ordinario tal y como nos lo dice Rojas Villegas. "El requisito de ser cumplida la gestión sin mandato, supone la condición de que el negocio sea susceptible de ser tratado sin poder válido y legalmente subsistente, como son todos los actos extrajudiciales lícitos de administración patrimonial ordinaria, tales, por ejemplo: La conservación y manutención productiva de inmuebles, el pago de deudas, la interrupción de prescripciones y caducidades perjudiciales y los demás que se traduzcan en evidente utilidad del dominus. Extrajudicial declimos, porque si fuese

(29) Borja Soriano Manuel, op cit., pág. 334 y 335.

judicial, el gestor no sería tal, sino defensor, calidad en que no se puede actuar ante los tribunales sin ser procurador o abogado matriculados y estar munido de poder." (30)

Una característica que tiene la gestión de negocios, es que aún cuando el dueño del negocio no ha otorgado consentimiento alguno, la voluntad unilateral del gestor es capaz de obligar al dueño del negocio en cuestión, ya que por la realización de un acto en favor del titular del negocio, se originan obligaciones a cargo del mismo. Pero esto se da no porque la voluntad del gestor quiera producir las consecuencias, sino que éstas se producen al llevarse a cabo el hecho jurídico voluntario del gestor, independientemente de si el quería que se produjeran o no, porque como dice el maestro Rojina Villegas, él tal vez quiera tener derecho a honorarios, pero la ley no se los reconoce; sin embargo, si se le reconoce que tendrá derecho a que le reembolsen los gastos que hubiere hecho.

Ahora que, si resulta descabellado el creer que la voluntad de un sujeto puede obligar a un tercero, por lo que el maestro Rojina Villegas ha considerado que el fundamento para que por la voluntad del gestor quede obligado el dueño del negocio con aquél, es por el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, es decir, el dueño ha enriquecido su patrimonio a costa del gestor, por lo que deberá de reembolsarle en tanto y cuanto ha recibido el beneficio. Pero si es el caso de que el dueño no ha recibido beneficio alguno a

(30) Rojina Villegas Rafael, op. cit., pág. 18.

pesar de la intervención del gestor, no quedará obligado para con éste. Así tenemos que la obligación para que sea susceptible de nacer dependerá del beneficio que se haya obtenido.

Anteriormente, en el Código Civil de 1884 se planteaba que en la gestión de negocios debía contarse con la aprobación de la gestión, ya que de lo contrario, el gestor no tenía derecho a que se le reembolsaran los gastos erogados por el cumplimiento de su gestión. Claro que para esto se tomaba en cuenta si la gestión de negocios tenía por objeto el evitarle un daño al dueño o si era para obtener un lucro o ganancia.

En el supuesto de que fuera para evitar un daño, aún que el dueño desaprobara la gestión, tenía la obligación de reembolsar los gastos que se hubieren efectuado para el cumplimiento y terminación de la gestión y por supuesto, se haya obtenido el fin que se perseguía que en este caso era evitar el daño.

Ahora que si la gestión de negocios tenía por objeto obtener un lucro para el dueño, este podía desligarse de la obligación de reembolsar los gastos si no se aprovechaba de los beneficios obtenidos. Además, en este caso, podía exigir que las cosas se devolvieran al estado en que se encontraban.

Nuestro Código Civil vigente ya no deja el reembolso dependiente de la aprobación o desaprobación del dueño, sino que únicamente considera que para que se obligue al reembolso debe existir un beneficio (Artículos 1905 y 1907). Además el dueño del asunto gestionado, debe cumplir con las

obligaciones que el gestor haya contraído en su nombre, ya que son tendientes a lograr u obtener un beneficio para él.

También tenemos que si el dueño del negocio manifiesta expresamente que no desea la realización de la gestión de negocios, pero se aprovecha de ella, deberá reembolsar los gastos efectuados según se haya beneficiado. Pero si la gestión fue para finiquitar una obra de interés social que el dueño tenía obligación de cumplir, éste pagará todos los gastos que se hubieren efectuado. Ejemplos: "Erección de muros protectores en un edificio que amenaza ruina, si el trabajo ha sido impuesto al dueño por la autoridad; o, el establecimiento de diques si son necesarios para desviar una inundación, si existe una obligación de establecer los diques." (31)

Los artículos 1908 y 1909 del Código Civil, también nos dan claros ejemplos de que realizada la gestión aún en contra del consentimiento del dueño, éste deberá responder por su obligación hasta donde resulte beneficiado. El primero de ellos nos da el supuesto de que si el que tiene la obligación de dar alimentos no los diere, y un tercero lo hace, éste tendrá derecho a que se le reembolsen los gastos que haya hecho por esto.

El segundo de ellos nos establece al caso de cuando una persona fallece y un tercero efectúa los gastos funerarios, tendrá derecho a que le sea reembolsado lo gastado por aquellas personas que hubieren tenido la obligación de proporcionar alimentos al difunto.

(31) Borja Soriano Manuel, op. cit., pág. 340.

Por otro lado, en cuanto al porque de la obligación del dueño a reembolsar los gastos al gestor aunque el dueño hubiere rechazado la gestión, tenemos que el maestro Rojas Villegas maneja además del principio de enriquecimiento ilegítimo, el de la solidaridad social.

"Se piensa, por razones obvias, que la gestión de negocios, cuando es útil, cumple con la función de solidaridad social y que esta función, que obedece a razones de interés público, no debe quedar subordinada al principio de la autonomía de la voluntad." (32)

Sin embargo, y para no dejar con algo de arbitrariedad a la gestión de negocios y no pueda pensarse que el gestor podrá actuar a su entero capricho y sin orden alguno, nuestro Código Civil vigente en su artículo 1896 establece que si una persona se encarga de un asunto o negocio ajeno sin conocimiento del dueño, por supuesto, deberá realizar sus actos o la gestión según los intereses de aquel, es decir, como si fuera el mismo dueño quien obrara, o como si fuera su propio negocio. Claro está, que si por su propia voluntad el gestor interviene en un negocio ajeno, lo que se espera de él es que si ya se tomó la molestia, realice la ejecución del negocio con toda la diligencia que le sea posible. Además nuestro legislador establece que el gestor responderá de los daños y perjuicios que ocasione por dolo o por falta grave.

De este artículo citado también se deducen las obligaciones del gestor que son, como lo indica el artículo 1897:

(32) Rojas Villegas Rafael, op. cit., pág. 31.

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

De igual forma, nuestro Código Civil nos indica que si el gestor actúa contra la voluntad del dueño, responderá de daños y perjuicios ocasionados aún que no haya sido culpa del gestor.

Para que la ratificación pueda operar, es indispensable que el consentimiento del tercero contratante subsista en el momento en que ella se realiza. Y mientras subsista, la ratificación puede realizarse en todo momento, por regla general, la ratificación debe ser pura y simple, y no condicional. Solo puede ser por la totalidad y no parcial, salvo el acuerdo con el otro contratante, y siendo unilateral, la ratificación no tiene que ser aceptada por el tercero o por el representante, ni llevada al conocimiento de éstos. Sin embargo, por un solo acto la ratificación produce dos efectos simultáneos: aprueba la gestión o el exceso del mandato y vincula al representado en relación con el tercero.

La ratificación obra retroactivamente a la fecha del acto aprobado, considerada equivalente al mandato expreso regularmente ejecutado. (33)

(33) Borja Soriano Manuel, op cit., página 252.

CAPITULO III

LA REPRESENTACION LEGAL COMO INSTITUCION AUXILIAR DE LOS MENORES Y MAYORES INCAPACES.

LA REPRESENTACION DE LOS MENORES Y MAYORES INCAPACES

En efecto, la representación es una institución auxiliar de los menores y mayores incapaces, toda vez que estos por no poder actuar en el ámbito jurídico debido a su incapacidad natural o legal, el legislador les ha proporcionado a través de la representación, un medio eficaz para intervenir en los negocios jurídicos que a sus intereses convenga, haciendo que dicha actuación sea plenamente válida.

En estos efectos estriba la importancia de la representación legal, pues de otra manera los menores no podrían aparecer en la esfera jurídica hasta en tanto no alcanzaran la mayoría de edad; y por su parte los mayores incapaces tomando en cuenta que la ciencia médica está en pañales para curar a las personas disminuidas o perturbadas en su inteligencia y a los toxicómanos, éstos nunca podrían tomar parte en las relaciones jurídicas, aunado al hecho de que el propio legislador en el mismo artículo 450 limita la actuación de esos sujetos y específicamente expresa: "aunque tengan intervalos lúcidos", por supuesto con la excepción que nos da el artículo 1307 que dice:

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

La representación legal está asignada a una serie de instituciones tanto públicas como privadas como son en primer lugar la patria potestad para los menores, la tutela para los mismos menores que no estén sujetos a patria potestad y para los mayores incapaces, la curatela también para ambos sujetos, esto en el ámbito privado, y en el público, tenemos al Ministerio Público, al Consejo Local de Tutelas y al Juez, éste último con base en el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles.

Enseguida analizaremos brevemente cada una de estas instituciones representativas del menor y mayor incapaz, y lo haremos someramente, ya que si profundizáramos en ellas, daría lugar a realizar de cada figura jurídica citada, una tesis muy considerable.

a) Patria Potestad.

Iniciaremos nuestro estudio del tema que aquí nos ocupa expresando y analizando los diversos conceptos que de la patria potestad nos han vertido los doctrinarios de la materia, desde el derecho romano hasta nuestros días.

En el derecho romano, el jurista Eugene Petit nos comenta que "La potestad paternal pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil. No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano." (34)

(34) Petit Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, Editora Nacional, México 1976, página 100.

Como se observa de lo expresado por el romanista citado con antelación, la patria potestad era considerada como un derecho que tenía el padre sobre su hijo por el hecho de ser su hijo y de pertenecer a su familia.

El maestro Galindo Garfias nos define a la patria potestad diciendo: "La patria potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente, ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)." (35)

El maestro Sánchez Cordero nos dice que: "La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede a los ascendientes, sobre la persona y bienes de sus descendientes menores, para el cumplimiento de sus obligaciones como tales." (36)

Actualmente, la patria potestad es en realidad una protección y no un poder como en la antigüedad. Planiol define a la patria potestad como "el conjunto de derechos y poderes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones de padres. Estos derechos y poderes únicamente se conceden a los padres, como consecuencia de los pesados deberes que tienen que cumplir; sólo

(35) Galindo Garfias Ignacio, op. cit., pág. 607.

(36) Sánchez Cordero Dávila Jorge A., Derecho Civil, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimpresión, México 1983, pág. 124.

existe la patria potestad porque hay obligaciones numerosas a cargo del padre y de la madre, las cuales se resumen en una sola frase, la educación del hijo." (37)

Al respecto de la Patria Potestad, nuestro Código Civil nos dice:

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

"Artículo 415.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeta, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dictan, de acuerdo con la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal."

"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."

"Artículo 415.- Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los arts. 300 y 301."

(37) Pléniel Marcel, op. cit., pág. 233.

Podemos ver que los padres serán los encargados de cuidar, proteger, educar e incluso corregir a sus hijos, (según nuestro Código Civil). También cuidarán y administrarán los bienes que pertenezcan a sus hijos; en síntesis, la patria potestad es una figura jurídica que implica que los hijos estarán bajo el poder, manutención y cuidado de quienes la ejerzan, que como lo indica la ley, los encargados de ejercerla serán el padre y la madre, el abuelo y abuela paternos, el abuelo y abuela maternos, respectivamente; sobre esta cuestión considero que el legislador continúa protegiendo y prefiriendo en las relaciones jurídicas al hombre, relegando a segundo término a la mujer, pues en el artículo 414 del Código Civil antes transcrito dice que la patria potestad la ejercerá: I.- Por el padre y la madre; sobre este punto no hay discusión, pero si sobre las otras fracciones que expresan; II.- Por el abuelo y abuela paternos; III.- Por el abuelo y la abuela maternos; en efecto, de la simple lectura de estas fracciones, se deduce que el legislador le concede el ejercicio de la patria potestad en primer lugar a los abuelos por parte del padre y en segundo término a los abuelos maternos, cuando en la realidad, y por supuesto salvo sus excepciones, los hijos conviven más con los parientes de la madre que con los del padre, por lo que considero y me permito proponer que el legislador modifique este artículo y contemple a los abuelos por las dos líneas en una sola hipótesis, diciendo: II.- Por los abuelos de ambas líneas, interviniendo la potestad del juez para valorar y apreciar quien de ellos ejercerá la patria potestad.

Como lo hemos expuesto, es discriminatoria la redacción de este artículo en el Código Civil, ya que puede darse el caso de que los abuelos paternos no sean los indicados para ejercer dicha patria potestad debido a situaciones de educación, costumbres o algún otra, y en cambio los abuelos

maternos pueden tener las condiciones idóneas para llevar la patria potestad con mejores resultados, pero la ley los ha puesto en un segundo plano dejándolos como la última opción.

En cuanto a los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad, los que la ejercen tienen la administración legal de sus bienes. Si la ejercen el padre y la madre, o el abuelo y la abuela o los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo, pero deberán consultar a su consorte para la realización de algún negocio. Sin embargo, si los bienes del menor son adquiridos por su trabajo, éstos le pertenecen en propiedad, administración y usufructo, exclusivamente al hijo, según lo dispone el artículo 429 del Código Civil.

Si los bienes son adquiridos por el menor de alguna otra forma o bajo algún otro título, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo, la administración y la otra mitad del usufructo pertenecen a las que ejercen la patria potestad, salvo que tratándose de herencia, legado o donación se haya estipulado lo contrario, así lo determina el artículo 430 de nuestro Código Civil.

Si el menor de edad tiene la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado. Cuando los hijos se emancipen o lleguen a la mayoría de edad, las personas que ejerzan la patria potestad deberán entregar a éstos todos los bienes y frutos que les pertenecen.

Regresando al análisis de la patria potestad, tenemos que ésta implica una serie de obligaciones y facultades que poseen los padres, para llevar a cabo la debida educación y protección de sus hijos menores de edad no

emancipados; y esto es obvio, ya que es la patria potestad la forma por excelencia de conservar el núcleo familiar, independientemente del matrimonio, ya que aquella es el resultado de la filiación. Así tenemos que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos y tiene por objeto, como lo indica el artículo 413 de nuestro Código Civil, la guarda y educación de los menores.

Tetándose de hijos nacidos fuera del matrimonio, si los dos progenitores lo reconocen y viven juntos, ambos ejercerán la patria potestad. Sin embargo, si no viven juntos pero reconocen al hijo en el mismo acto, pueden acordar cuál de los dos ejercerá la custodia, o en su defecto lo hará el Juez de lo Familiar. Si el reconocimiento lo hacen sucesivamente, ejercerá la custodia el que lo haya reconocido primero, salvo convenio entre los padres y con la conformidad del Juez de lo Familiar, tal y como lo preceptúa el artículo 381 del Código Civil.

En cuanto a los bienes de los hijos, la administración legal de los bienes que les pertenecen corresponde a los que ejercitan la patria potestad. Si ambos padres o ambos abuelos ejercen la patria potestad, el administrador se nombrará de común acuerdo, pero el designado consultará a su consorte y requerirá de su consentimiento en asuntos importantes, según lo contempla el artículo 426 del Código Civil.

El maestro Antonio de Ibarrola nos dice que "es en Roma, realmente donde existió la patria potestad, porque aún cuando hoy existe una institución que conserva aquél nombre y que se refiere a relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de

algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas. Podríamos definir lo que llamamos hoy patria potestad como una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad." (38)

Como podemos observar de esta definición, la patria potestad, más que un derecho, es una obligación o una carga que tienen los padres, tanto con sus hijos como con la sociedad, e inclusive es ésta quien se la impone. Así tenemos, que junto a la patria potestad, y como un elemento que coadyuva con ésta para alcanzar sus fines, es el derecho de los padres a aplicar correctivos, claro que estos deben ser ligeros y sin gravedad, e infligidos en interés del niño y de la familia. Pero este punto es muy delicado, ya que puede haber casos de abuso grave, pero eso es materia de otro estudio.

En Roma, la patria potestad, que la ejercitaba el padre, estaba dotada de facultades extraordinarias sobre los hijos. El padre podía disponer de los bienes de los hijos e inclusive de su propia vida, es decir, tenía el derecho de vida y muerte sobre ellos, podía venderlos, regalarlos, etc.

Afortunadamente, al paso de los siglos se ha ido suavizando esto, ya que en la actualidad la patria potestad es bastante flexible y los hijos pueden incluso tener propiedades. Claro que, como lo establece la ley, corresponde a los padres administrar los bienes de los hijos. De lo anterior tenemos que es al artículo 425 el que lo establece, y que a la letra dice:

(38) Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México 1983, Pág. 441.

"Art. 425.- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este código."

Los padres además tienen la obligación de observar buena conducta, como buen ejemplo para los hijos. Según el artículo 424 del Código Civil, el que está bajo la patria potestad no puede comparecer en juicio, o contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho.

En consecuencia de lo anterior, la persona que ejerza la patria potestad representará a los hijos en juicio, pero para llegar a un arreglo que finalice el juicio deberá de contar con el consentimiento de su consorte.

Igualmente, y como ha quedado señalado, paulatinamente el concepto de patria potestad ha ido cambiando, y en base a esto debemos tomar en cuenta que por patria potestad se entiende "el conjunto de deberes, obligaciones y derechos que la ley concede a quienes la ejercen (padres o abuelos) en función a la promoción integral del menor no emancipado y para la administración de sus bienes. Ahora bien, el maestro Manuel Chávez Asencio, hace un análisis de esto y nos manifiesta que estos deberes, derechos y obligaciones tienen por objetivo "el cuidado de la persona de los hijos, así como de sus bienes, y dichas facultades están limitadas, especialmente en cuanto al ejercicio de actos de dominio." (39)

(39) Chávez Asencio Manuel, La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México 1987, pág. 272.

También tenemos que la patria potestad no puede ser ejercida por cualquier pariente, sino que la ley nos indica quienes podrán ejercerla en forma exclusiva. Claro está que de los sujetos señalados por la ley, que son el padre y la madre, o el abuelo y la abuela paternos o maternos, deberán de participar los dos cónyuges en la guarda y educación de los hijos, pues de esta forma los resultados serán aún mejores al haber una interacción con ambos padres o ambos abuelos. Además, los que ejercen la patria potestad también pueden auxiliarse en otras personas como son los maestros en la escuela, quienes cumplen la función de guiar a sus alumnos, lo cual forma parte integrante de la vida cotidiana, y ellos pasan gran parte del tiempo con los menores.

Por otro lado, tenemos que esta obligación o cargo de ejercer la patria potestad no es voluntario o al libre arbitrio de los padres, ya que la misma no es renunciable, es decir, que un individuo (padre o madre) no está facultado para decidir que a partir de hoy ya no va a ejercer la patria potestad, o que empezará a ejercerla desde la semana próxima; lo que sí puede pasar es que por ciertas actitudes o circunstancias negativas de los padres, las cuales nos las describe nuestro Código Civil en su artículo 444, se pierda.

***Art. 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 cayeran bajo la sanción penal.

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos, o porque los dejan abandonados por mas de seis meses."

Como podemos ver en este artículo, la mayoría de estos supuestos están previendo actitudes negativas de los padres, que pueden acarrear perjuicios irreparables a los hijos sujetos a la patria potestad, y esto es en perjuicio del interés público.

Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad del cargo, derivan de su propia naturaleza. En primer lugar porque hay un origen mas profundo que el que lo imponga la ley, puesto que en realidad estas obligaciones son producto de la propia naturaleza, ya que todos los seres humanos, que alguna vez fuimos menores de edad, necesitamos de protección, cuidado, alimentación, etc., para poder desarrollarnos en un adecuado núcleo familiar y de una correcta dirección para salir adelante en la sociedad que nos rodea. Así mismo, para dar a las generaciones futuras que estarán bajo la patria potestad, tal vez de nosotros, unas bases sólidas para que éstas a su vez las transmitan, ya que se trata más de derecho natural que de derecho positivo, en lo que está de acuerdo el maestro Galindo Garfias.

De igual forma, dicho maestro manifiesta que "Desde el punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades. Desde el

punto de vista externo, la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo; quiere decirse que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto, encontramos nuevamente una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos. No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están en la posibilidad de renunciar a su ejercicio." (40)

Por otro lado, tenemos que la patria potestad "contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de sus sujetos; por el contrario, los fines que satisfacen implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder. En otras palabras, el poder paterno o materno en punto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben -están obligados- a ejercerlo; y es más, están obligados a ejercerlo personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros." (41)

Recapitulando, tenemos que el maestro Galindo Garfias también sostiene la imposibilidad de dejar desprotegido al menor con el no ejercicio de la figura de la patria potestad, misma que entraña una seguridad para el buen desenvolvimiento y crecimiento del menor dentro de la sociedad. Así tenemos

(40) Galindo Garfias Ignacio, op. cit., pág. 20.

(41) Zannoni Eduardo A., Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo 2, 1ª reimpresión, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Argentina 1981, pág. 682.

que no está en manos de los que ejercen la patria potestad el decidir si la van a llevar a cabo o no, sino que es la ley la que determina que se va a ejercitar, y también determina cuándo va a suspenderse la misma.

De esto también nos habla el maestro Zannoni, al manifestar: "La indisponibilidad -inalienabilidad- implica que los padres no pueden modificar, disponer o renunciar a la titularidad y, en su caso, al ejercicio de la patria potestad abdicando de los deberes-derechos que son su contenido. La indisponibilidad importa la indelegabilidad." (42) Esto es que en cuanto no haya causa grave que se lo impida o restrinja, no pueden abstenerse de ejercerla.

b) Tutela.

En cuanto a la tutela, que es la otra forma de representación legal que existe, tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

El citado maestro Zannoni define a la tutela como: "el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil." (43)

(42) Zannoni Eduardo A., op. cit., pág. 686.

(43) Op. cit., pág. 803.

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima, y si alguien se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.

La tutela, según nos indica nuestro Código Civil en su artículo 454, 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 este Código.

La tutela se establece en aquellos casos en que los menores no tengan quien ejerza la patria potestad, ya sea por muerte de los que legítimamente deban ejercerla, por incapacidad de los mismos para ejercerla o por alguna otra causa. Al presentarse alguno de estos supuestos, es necesario la intervención de esta figura para el cuidado de los menores.

Así mismo, también los mayores incapaces deberán tener alguien que los represente y los cuide, por lo que también deberán estar sujetos a la tutela. Serán mayores incapaces los que se ubiquen en el supuesto del artículo 450, fracción II del Código Civil, caso en el cual, debe de operar la representación legal (que tiene su origen en la ley) para la protección de los mayores incapaces.

"Art. 450.- Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y a aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o

sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoca no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Claro que para lo anterior, esto es poder determinar cuando el mayor de edad está incapacitado, deberá hacerse a través de un juicio de interdicción, en el que se determinará si al mayor de edad se encuentra en un estado de incapacidad. Posteriormente, y en caso de determinarse la incapacidad del sujeto, se procederá a designarle un tutor. El juicio de interdicción es un procedimiento mediante el cual, a través de una sentencia, se declara el estado de enajenación mental de una persona y por tanto su incapacidad, y se le priva de la administración de sus bienes y se le designa un tutor, quien se encargará del cuidado de dichos bienes y de su persona.

Ante la necesidad de que los menores carentes de patria potestad o de que los mayores incapaces puedan ser representados, es que surge esta figura jurídica de la tutela. Esto a consecuencia de que el menor o mayor incapaz, que están dotados de la capacidad de goce, no tienen la capacidad de ejercicio para participar directamente en la vida jurídica, situación esta que los tiene limitados, pero para su misma protección. De igual forma, y para continuar con la protección de éstos sujetos, es que la ley contempla a la tutela como una forma de otorgar representación a quienes la necesitan para poder realizar actos jurídicos.

Como se ha aclarado, se ejercerá, según determinación de la ley al salir de la patria potestad, y en los mayores, previa sentencia de incapacitación

(interdicción). De esto nos habla también el maestro Manuel Peña Bernaldo de Quiros, quien nos indica en que caso procede cada una de sus clases:

"a) Los menores. Estarán sujetos a tutela los menores que no estando todavía emancipados no estén bajo el amparo de la patria potestad. Lo que puede ocurrir: a') porque nunca estuvieron sujetos a la patria potestad (filiación desconocida, supuestos de exclusión de la patria potestad previstos en el artículo 111), b') porque los padres no puedan ejercerla (muerte, declaración de fallecimiento, declaración de ausencia, incapacitación, privación de la patria potestad), c') porque los menores con culpa o sin culpa de los padres, <<se hallen en situación de desamparo>>.

b) Los incapacitados. Se requiere una doble condición: 1º. Que la sentencia (de incapacitación o de modificación de la misma) haya establecido que el incapacitado quede sometido precisamente a tutela (y no curatela). 2º Que no proceda la sujeción del incapacitado a patria potestad. Lo que puede ocurrir: a) Porque los incapacitados sean mayores de edad y no proceda la prórroga o rehabilitación de la patria potestad; b) Porque la patria potestad prorrogada o rehabilitada haya cesado." (44)

Este análisis nos confirma la idea de que todos los sujetos necesitan de representación cuando siendo menores de edad, quienes deben ejercer la representación de ellos a través de la patria potestad, están imposibilitados por diversas causas, o cuando los mayores con incapacidad necesitan quien los cuide y administre.

(44) Peña Bernaldo de Quiros Manuel, Derecho de Familia, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid 1989, pág. 583

El maestro Manuel Chávez Ascencio la define de la siguiente manera: "Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio." (45)

Como podemos observar, ejercerán este tipo de representación únicamente las personas que tienen capacidad de ejercicio, y su objeto es la protección de los menores y mayores privados de esta capacidad, ya que éstos, quiérase o no, de alguna forma intervienen en el mundo jurídico, por lo que necesitan de un tutor que los represente.

El maestro Guitrón Fuentevilla define a la tutela como "una institución de orden público, que persigue como objetivo principal cuidar la persona y los bienes de los que no tienen padres o abuelos que ejerzan la patria potestad, o que teniéndolos están impedidos por la ley para ejercerla. También se requiere ser menor de edad o mayor pero incapacitado legalmente." (46)

Con esto reafirmamos que esta figura surge ante la ausencia de un representante, que en los menores lo son los padres o los abuelos paternos o maternos, o cuando un mayor es declarado en estado de interdicción. Ahora bien, el citado maestro manifiesta que el legislador se preocupa por los bienes del incapaz y en segundo lugar por su persona, lo cual es un tanto incorrecto, ya que

(45) Chávez Ascencio Manuel, op. cit., pág. 336.

(46) Guitrón Fuentevilla Julián, ¿Que es el derecho Familiar?, Editorial Promociones Jurídicas Culturales, 3ª Edición, México, 1989, pág. 173.

lo que debe preocuparnos primordialmente es el cuidado de la persona, ya sea menor o mayor incapacitado, que se denomina pupilo.

En este aspecto, el maestro Chávez Asencio nos indica que la tutela tiene un triple objeto:

El primero de ellos es la guarda y cuidado del menor o mayor incapaz, esto es, sobre su persona preferentemente que sobre sus bienes. Esto tiene un principio lógico de humanidad, ya que la vida e integridad física siempre estarán en un plano superior a los bienes materiales.

El segundo objeto, es el cuidado y administración de los bienes del pupilo, por parte de su tutor, quien procurará la conservación del patrimonio del primero. Ahora que, si por alguna circunstancia se pensara que el tutor pudiera despilfarrar los bienes del pupilo, tenemos la figura del curador, quien vigila las acciones y manejos que efectúe el tutor del incapacitado.

El tercer objeto es en atención a la necesidad del pupilo para ser representado en juicio o fuera de él.

Para Baqueiro Rojas, "la tutela es una institución jurídica que ha sido considerada para o cuasi familiar, sustituta de la patria potestad, cuyo objeto es el cuidado y representación de los menores no emancipados y que no tienen quien ejerza la patria potestad, o de los mayores incapacitados para gobernarse

por sí mismos, así como para su representación en casos especiales." (47)

También nos dice dicho autor que "la tutela es una institución jurídica cuya función esté confiada a una persona capaz para el cuidado, protección y representación de los menores de edad no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de los mayores de edad incapaces de administrarse por sí mismos." (48)

Por otro lado, la maestra Sara Montero nos dice lo siguiente: "Tutela es la institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad." (49)

Como observamos, estos autores coinciden en el origen y finalidad de esta forma de representación.

Ahora bien, tenemos que la tutela tiene algunas clasificaciones que son consecuencia de la forma o circunstancias en que ésta se produzca. Entre otras están la testamentaria, la legítima y la dativa, que señala el artículo 461 del Código Civil.

En cuanto a la testamentaria, esta se presenta cuando el sujeto que ejerce la patria potestad y que sobrevive a su cónyuge, en el momento de otorgar su testamento, designa a quien habrá de cuidar y proteger a la persona y los

(47) Bequeiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México 1990, pág. 237.

(48) Op. Cit. pág. 237.

(49) Montero Duhalet Sara, Derecho de Familia. Editorial Porrúa, S.A., 5ª Edición, México 1992, pág. 359.

bienes de sus hijos o nietos (art. 470 C.C.), ya sea previendo que sus ascendientes estén incapacitados o puedan estarlo, o simplemente porque no desea que sean ellos quienes cuiden al menor incapacitado por diversas razones personales. El artículo 471 del Código Civil nos indica:

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

De igual forma, el artículo 473 del mismo ordenamiento citado, nos indica que tratándose de bienes, podrá nombrársele un tutor al incapacitado, solamente para la administración de los bienes que se le dejen en legado o herencia.

También tenemos que si se designaron varios tutores, ejercerá el cargo el primero nombrado, y los siguientes lo desempeñarán a falta de éste, pero en el orden en que fueron nombrados, salvo que el testador haya determinado el orden en que se llevará a cabo la tutela.

Dentro de la tutela testamentaria, podrá haber un tutor interino cuando faltare temporalmente el testamentario (art. 480).

En cuanto a la tutela legítima, el artículo 482 del Código Civil nos dice:

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

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

La tutela legítima es aquella que confiere la ley cuando no se haya designado tutor en el testamento, y se refiere a que serán los parientes más cercanos los que la ejerzan, como los hermanos o colaterales (art. 483 del Código Civil). En caso de que no se decida cual de ellos debe ser el tutor del incapaz, será el juez de lo familiar el que lo decidirá, tomando en consideración las circunstancias y características particulares de cada uno de los familiares (art. 484 del Código Civil). Sin embargo, si el menor tuviere 16 años cumplidos, el podrá elegir quien de ellos será su tutor.

En cuanto a la tutela de mayores incapacitados, tenemos que el marido es tutor legítimo forzoso de su mujer y viceversa, y los hijos lo serán de su padre o madre viudos, cuando estos ya no sean capaces de cuidarse, previa interdicción. De igual forma, los padres serán tutores de sus hijos mayores incapaces. Ahora que, si un incapacitado tiene hijos menores bajo su patria potestad, su tutor también lo será respecto de los menores (art. 491 del Código Civil). Será también tutela legítima cuando alguien (un tercero extraño) acoja a un incapacitado, y de acuerdo al artículo 482 del multicitado ordenamiento, tendrá las mismas obligaciones, facultades y restricciones de los demás tutores.

La tutela dative es aquella que impone el juez, cuando no pueda establecerse la tutela por vía testamentaria o legítima. En este caso, el Consejo Local de Tutelas forma una lista anual de las personas que pueden ser tutores, y el juez lo nombra escogiendo a uno de los que aparezcan en la lista. Dichos

tutores deben ser de comprobada honorabilidad (art. 497 del Código Civil). Ahora que si el menor ya cumplió 16 años, será el quien designe a su tutor, previa autorización del juez (art. 498 del Código Civil). El artículo 499 del Código Civil determina que aún los menores emancipados tendrán tutela dativa para asuntos judiciales. También habrá tutela dativa, cuando "el tutor testamentario está impedido de ejercerla temporalmente y no existan hermanos o colaterales dentro del cuarto grado inclusiva." (50)

Ahora bien, tenemos que la maestra Sara Montero señala: "La palabra tutela deriva de la voz latina tueur, que significa defender, proteger. Tutelar significa por lo tanto, cuidar, proteger, y ésta es cabalmente una de las misiones más importantes que debe cumplir el tutor: proteger los intereses del pupilo, tanto personales como patrimoniales. Dicho en otras palabras, el papel de tutor es el de proteger la persona del incapaz, procurando siempre su rehabilitación y su bienestar, y administrar el patrimonio del mismo de manera que rinda el máximo de sus beneficios siempre en provecho del pupilo." (51)

Aquí reafirmamos la teoría de que ésta institución de la tutela tiene como finalidad el velar por la salud, integridad y patrimonio del incapaz, proteger sus intereses y procurar sus inquietudes. Sin embargo, aquí tenemos un punto clave que otros autores no han contemplado dentro del objeto que tiene la tutela en cuanto al cuidado de la persona del pupilo, y es la rehabilitación del mayor incapaz.

(50) Galindo Garfias Ignacio, op. cit., pág. 701.

(51) Montero Duhalit Sara, op. cit., pág. 380.

Se ha visto y manejado por múltiples autores, los fines de ésta forma de representación, y todos los autores coinciden en variados puntos de la misma, pero no han abordado este gran detalle de la tutela.

Se considera de suma importancia que se cuide la persona y bienes del sujeto que está bajo la tutela, pero en el caso de los mayores incapaces ¿Que hay de procurar su rehabilitación? ¿Acaso se pretende tenerlo limitado y no ayudarlo a recuperarse de la causa que le provocó la incapacidad? Es claro que no, por lo que el tutor también deberá proporcionarle la ayuda necesaria y los medios de que se dispongan, para que dicho mayor incapaz pueda atenderse ya sea psicológicamente, médicamente o de cualquier forma que requiera, ya que no sería correcto mantenerlo en ese estado de interdicción, del cual tal vez haya muchas probabilidades de recuperarse, es decir, de volver a tener capacidad de ejercicio.

Por otro lado, para que se de la extinción de la tutela, deben existir diversos factores, los cuales pueden extinguirla definitivamente o solo parcial o momentáneamente, lo que significaría la sustitución del tutor.

Los supuestos que deben darse para la extinción definitiva de la tutela, van enfocados a los hechos que dieron origen a la misma, como lo sería el regresar a la patria potestad en caso de suspensión de ésta; el cumplir la mayoría de edad tratándose de menores, la desaparición de la incapacidad en cuanto a los mayores, e inclusive la muerte del pupilo. Estos casos, traerían como consecuencia que dicha forma de representación quedara sin objeto, razón suficiente para que se extinguiera plenamente.

El maestro Chávez Asencio hace un análisis de las formas de extinguir la tutela con efectos definitivos, y nos da los siguientes supuestos:

"a.1) **Mayoría de edad.** En relación a la tutela de menores, que no estén además padeciendo de alguna otra incapacidad natural y legal, la mayoría de edad extingue para ellos la tutela. Es la más clara y definitiva causa de terminación de la tutela que no origina duda alguna. La terminación es automática tan pronto como el menor adquiera la mayoría. Llegado a la mayoría, que es un hecho tan natural, el mayor debe solicitar la entrega inmediata de sus bienes y la correspondiente rendición de cuenta."

"a.2) **Muerte del incapacitado.**- La muerte del pupilo está contenida en el artículo 606 Fc. I C.C. y también en el artículo 467 C.C. Si no hay menor o mayor incapacitado, no hay razón alguna para la continuación de la tutela. El tutor debe rendir cuenta, según lo dicho en el número correspondiente, y entregarla junto con los bienes al albacea de la sucesión."

" a.3) **Reintegración a la patria potestad.** Es cuando el incapacitado sujeto a tutela entra nuevamente en patria potestad. Esta situación se presenta cuando es rehabilitado al ascendiente que la estuviere ejerciendo y hubiera sido suspendido por sentencia. En este caso, habiendo recuperado la patria potestad, deja de tener objeto la tutela que se vuelva imposible."

"a.4) **Por la adopción.** Si el pupilo es adoptado, el tutor participa en la adopción al otorgar su consentimiento, rinde cuenta y entrega los bienes al adoptante, concluyendo la tutela para el adoptado (Art. 606 Fc. II C.C.)

"a.5) **Reconocimiento.** También por el reconocimiento se concluye la tutela. Por virtud del reconocimiento el hijo habido fuera de matrimonio queda sujeto a la

patria potestad del ascendiente que lo hubiere reconocido, o de ambos si así hubiera sido, concluyéndose necesariamente la tutela para el menor reconocido.

"a.6) Emancipación.- El matrimonio del menor de dieciocho años produce de iure su emancipación. El emancipado sólo requiera el tutor para negocios judiciales, pero será para casos determinados y el tutor que hubiera tenido deja su función.

"a.7) Desaparición de la causa de incapacidad. Esto se presenta cuando se trata de tutela de mayores sujetos a ella por alguna incapacidad legal y natural. Cuando al pupilo se cura deja de tener necesidad del tutor. Por sentencia judicial se reconoce que ha dejado de estar en interdicción y recupera plenamente el ejercicio de sus facultades y derechos." (52)

c) Curatela.-

Nuestra legislación manifiesta en el artículo 618 del Código Civil que todos los individuos que se encuentran sujetos a la tutela, además del tutor tendrán un curador, excepto en los casos de tutela que señalan los artículos 492 y 500 del mismo ordenamiento. Dichos artículos se refieren, el primero a los expositos que están bajo la tutela de quien los acogió, y el segundo, a los menores de edad de edad que se les nombró un tutor dativo para el cuidado de su persona y que no tienen bienes.

La figura de la curatela surge con la necesidad de vigilar los actos y movimientos del tutor con respecto a su pupilo. El artículo 626 nos indica:

"Art. 626.- El curador está obligado:

(52) Chávez Asencio Manuel, op. cit., págs. 396 y 397.

- I.- A defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor;
- II.- A vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado;
- III.- A dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela;
- IV.- A cumplir las demás obligaciones que la ley señale."

Fundamentalmente, la curatela tiene por objeto el cuidado de los bienes del menor, protegiéndolo contra la mala administración de su tutor. Lo anterior en razón de que si un menor no posee bienes únicamente le será designado un tutor; el curador se reserva para el caso de que dicho menor tenga bienes. Sin embargo, el artículo 458 del Código Civil nos indica que la misma persona no puede desempeñar al mismo tiempo ambos cargos.

Cuando el tutor presenta su cuenta anual, el curador o el Consejo Local de Tutelas promoverán información de supervivencia e idoneidad de los fidejadores dados por aquél. Si el tutor contrapone sus intereses a los de su pupilo, el curador tiene la obligación de denunciarlo ante el juez de lo Familiar a efecto que de considerarse necesario, se designe un nuevo tutor.

El maestro Chávez Asencio nos dice sobre el curador que "Es la persona que la ley sitúa cerca del tutor para realizar una vigilancia concreta y específica de la gestión realizada por el representante del menor o del incapaz en relación a sus bienes." (53)

(53) Chávez Asencio Manuel, op. cit., pág. 370.

Como podemos ver, la curatela no está separada de la tutela, ya que aún que la primera tiene como facultades el consejo, asistencia, aprobación de los negocios del menor y administración de sus bienes, ésta no se une a la personalidad del menor y administración de dichos bienes, ya que no puede autorizar la celebración de determinados actos jurídicos.

El maestro Antonio de Ibarrola nos dice: "La ley es especialmente severa para vigilar a aquellas personas que tienen a su cuidado la persona y los bienes de un incapacitado. La palabra curados nos viene del latín curator, derivado de curare, cuidar. Era en Roma la persona encargada de administrar los bienes del menor púber o incapaz sometido a curatela: cuidaba en algunos casos también la persona del menor y de la salud del incapaz." (54)

Como se ha visto antes, la curatela se refiere más a los bienes del incapaz en cuanto su cuidado y manejo, que a la persona del mismo. De hecho, si el menor o mayor incapacitado no tienen bienes bastará con que tenga un tutor que lo represente, pero si hay bienes, como el tutor tiene a su cargo el cuidado de la persona y bienes del menor o incapaz, este puede hacer una mala administración de dichos bienes, caso para el cual, se nombra un curador, cuya función será la vigilancia de los actos del tutor, a inclusive el podrá efectuar dicha administración, por supuesto, con algunos limitantes.

"La curatela, pues, se diferenciaba de la tutela, según la partida, en que ésta se proveía para la defensa y guarda de los menores de 14 y 12 años, según fueren varón o hembra, y aquélla para los mayores de edad que fueren

(54) Ibarrola Antonio de, op. cit., pág. 531.

locos o desmemoriados. Además, la tutela se daba a los pupilos sin consultar su voluntad, y la curatela no podía imponerse a los menores si no la querían." (55)

Podemos observar, que la tutela cesaba cuando se cumplían 14 o 12 años según el caso, y empezaba a ejercerse la curatela. Claro que en la curatela también existen algunas clases, y el maestro Antonio de Ibarrola nos dice que había 3 clases de la misma:

"a) Ad bona, que se otorgaba por razón de menor de edad, concediéndose a los púberes menores de 25 años. Podía ser sólo testamentaria y dativa, no existiendo la legítima.

b) La ejemplar, que se establecía por razón de incapacidad para todos los incapacitados física o moralmente, cualquiera que fuese su edad y era de 3 especies: testamentaria, legítima y dativa. La segunda correspondía al padre, mujer, hijos, madre, abuelos y hermanos del incapaz, siempre que tuvieran capacidad para ejercerla, y la dativa, en defecto de los parientes anteriores, a la persona que nombrara el juez: de preferencia a los otros parientes o amigos del incapacitado o de sus padres para desempeñarla."

c) La curatela ad litem o para pleitos, que se otorgaba para los menores sujetos a la patria potestad, tutela o curatela cuando, respectivamente no pudiesen representarlos en juicio con arreglo a las leyes, y para los menores o incapacitados que tuviesen nombrado tutor o curador. Esta curatela correspondía nombrarla al juez, que debía hacer el nombramiento de curador en un pariente inmediato del menor si lo hubiera; en su defecto, en persona de su intimidad o de la de sus padres, y no habiéndola o no teniendo la aptitud legal necesaria, en

(55) Ibarrola Antonio de, op. cit., pág. 532.

persona de su confianza que fuere apta. Los menores de 25 años, pero mayores de 14 y de 12, según sus respectivos sexos, podían designar curador para pleitos a quien creyesen conveniente, siempre que tuviera la aptitud legal necesaria para representarlos en juicio." (56)

En cuanto al curador tenemos que: "Es la persona nombrada en testamento, por el juez o por el pupilo mayor de dieciséis años o emancipado, que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, dentro o fuera de juicio, en el caso que sus intereses estén en oposición con los del tutor." (57)

De este concepto vemos que el curador entra en funciones cuando los intereses del pupilo son contrarios a los de su tutor, y como éste último es el que administra sus bienes, podría perjudicar al pupilo con el fin de obtener un beneficio propio.

d) Ministerio Público.-

El Ministerio Público es una figura importantísima dentro del derecho civil y familiar, porque como lo sabemos, es el representante de la sociedad, y tiene a su cargo la vigilancia y procuración de la justicia, lo cual redunde en beneficio de todos. Es así, que en los asuntos de familia se le considera muy importante para el cuidado de los menores o mayores incapaces, y en general, para el desvalido. Estará a su cargo el promover la separación de los tutores que

(56) Ibarrola Antonio, op. cit., pág. 532.

(57) Montero Duhalde Sara, op. cit., pág. 359.

no desempeñen correctamente su cargo, no rindan las cuentas dentro del término que fija el artículo 590 (en el mes de enero o dentro de los tres meses siguientes); cuando caigan en incapacidad, que se ausente por más de 6 meses del sitio donde desempeña su cargo, no caucionar la administración de la tutela, o cuando el tutor contraiga matrimonio con su pupilo.

El artículo 545 del Código Civil nos indica que tratándose de incapacitados indigentes que no pueden ser educados y alimentados por sus parientes o por un establecimiento de beneficencia pública o privada, estos cuidados se les proporcionarán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal, pero si se descubre algún pariente que esté obligado a proporcionarlos, el Ministerio Público gestionará para que se reembolse al gobierno lo erogado en dichos cuidados.

e) Consejo Local de Tutelas.-

Es un órgano que tiene entre sus objetivos vigilar las funciones de los tutores en el desempeño de su encargo, hacer anualmente una lista de las personas que pueden ser nombradas tutores y curadores, avisar e investigar cuando los bienes de un incapaz estén en peligro o cuando carezca de tutor, y estas funciones las contempla el artículo 632 de nuestro Código Civil. De igual forma, el artículo 631 del mismo ordenamiento nos indica que en cada Delegación habrá un Consejo Local de Tutelas, constituido de un presidente y 2 vocales, mismos que durarán en su cargo un año. Dichos nombramientos deberán recaer en personas de buenas costumbres y reputación.

La maestra Sara Montero nos dice que el Consejo Local de Tutelas "Es un órgano de vigilancia y de información, coadyuvante de los jueces de lo familiar en lo relativo al correcto ejercicio de la tutela y en la vigilancia de los menores incapacitados que deban ser sujetos a la misma." (58)

Debido a la gran población que hay en nuestra ciudad, se considera conveniente el que cada Delegación cuente con su Consejo Local, ya que así es más factible que se pueda ubicar a las personas que tengan interés en cuidar a los incapaces menores o mayores que sean detectados en determinada circunscripción. Así también, hay cierta facilidad en el cuidado y vigilancia de las actividades de los tutores, mismos que han sido o deben ser escogidos en la localidad o delegación en la que radica el Consejo.

De igual manera, el Consejo Local de Tutelas al ser un órgano colegiado, puede funcionar con mayor eficacia, ya que las decisiones tomadas no son acordadas bajo un sólo criterio, sino que son comentadas y puestas a estudio por parte de los que la integran (dos vocales y un presidente).

(58) Montero Duhalit Sara, op. cit., página 387.

CAPITULO IV

HACIA UNA NUEVA REGLAMENTACION DE LA REPRESENTACION DEL MENOR Y EL MAYOR INCAPAZ, CREANDO UN CONSEJO DE FAMILIA.

a) CONTEMPLAR EN EL CODIGO LIMITES Y ALCANCES EN LA PATRIA POTESTAD.

Nuestro Código Civil contempla en cuanto a la patria potestad, una idea muy vaga respecto a lo que realmente se busca con esta figura jurídica. Evidentemente, esta clase de representación ha sido creada para resolver diversas circunstancias que se presentan en la vida diaria de un menor de edad, el cual, aún que carece de la capacidad de ejercicio, está expuesto a un mundo de actos jurídicos de los cuales es imposible sustraerse.

Dicho Código nos dice que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, e impone la obligación a los que la ejercen de educarlo convenientemente, o de lo contrario, y si llega al conocimiento del Consejo Local de Tutelas, se dará aviso al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Sin embargo, es de verse la necesidad de manejar en nuestro Código Civil lo que deberá ser una educación conveniente, porque como es obvio cada quien tiene su idea muy particular de lo que es conveniente o no para sus hijos, y desafortunadamente, hay quienes no aciertan el camino para procurarle a los hijos eso que debería ser una educación conveniente.

Nuestro Código debería contemplar y regular la obligación de quienes ejercen dicha patria potestad de enviar a los hijos a la escuela, fomentar la creatividad en ellos y el interés en el estudio, así como motivarlos a la vida sana y al deporte, porque como ha quedado asentado, la concepción de cada quien sobre la educación puede variar mucho de un individuo a otro y tomar formas erróneas.

Así mismo, al artículo 423 nos dice que los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir a aquellos sobre quienes la ejercen, pero no dice como se deben corregir. Este artículo es bastante vago en cuanto a que hay distintas formas de corregir y dejan al libre albedrío de los padres o abuelos que ejercen la patria potestad de escoger como corregirán a los hijos o nietos, pudiendo excederse en su manera de corregir, cosa que es bastante común y que es una seria problemática de la sociedad, y ésta omisión o laguna debiera subsanarse, estableciendo que podrán corregir con amonestaciones y limitando el uso de la fuerza física.

En efecto, nuestro Código Civil no es detallado en reglamentar los límites y alcances que conlleva el ejercicio de la patria potestad, sino que solamente nos da los lineamientos a seguir, es decir, expresa en el artículo 444 que la patria potestad se pierde entre otras formas cuando las costumbres depravadas de los padres, y los malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, seguridad o moralidad de los hijos; este precepto legal, interpretado a contrariu sensu, nos indica la conducta que deben observar los padres, pero en ninguno de los artículos del Código Civil se regula

los efectos de la patria potestad hacia quienes la ejercen, por lo que considero que deberá contenerse un capítulo especial en el citado código que norme la conducta de los padres hacia los hijos sujetos a la patria potestad, y en esta reglamentación se deberá establecer específicamente los límites del ejercicio de tal derecho, pues los padres generalmente ejercitan la patria potestad omnimodamente, es decir, no solo sin límite alguno, sino que ni siquiera toman en cuenta la voluntad o deseos de sus hijos; pongamos por ejemplo el caso de los hijos que los recluyen a un internado para estudiar, con esto, están sacando y extinguiendo al hijo de su familia, creándole un daño irreparable al menor; otro caso que vendría siendo a mi juicio un uso abusivo del derecho a que alude el artículo 1912, es decir, cuando los padres están de mal humor o se pelean entre ellos, no solo lo hacen enfrente de sus hijos, sino que es muy común que desquiten su coraje o mal humor golpeando a los menores sin motivo o por un hecho insignificante realizado por el hijo que no merecía ni siquiera un regaño.

Podría mencionar otros casos para ejemplificar la necesidad de que el legislador limite el ejercicio de la patria potestad, pero considero que con los aquí citados nos dan la pauta para pensar que efectivamente se debe crear en el Código Civil un Capítulo IV o I bis del Título octavo titulado de la Patria Potestad, en donde se preceptúen los límites y alcances del ejercicio de la patria potestad a fin de que quienes la ejerzan lo hagan mesurada y racionalmente buscando siempre el bienestar en todas sus facetas de los menores.

b) CONTEMPLAR LA RESPONSABILIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

Como ya lo hemos indicado, el ejercicio de la patria potestad debe ser tomado con gran responsabilidad ya que la etapa en la que se ejercita sobre

los hijos (desde el nacimiento hasta la mayoría de edad) es muy importante e inclusive fundamental en el desarrollo de los menores, quienes son la médula de nuestra sociedad, razón por la cual la forma en que se practique determinará la conducta del individuo.

Lamentablemente nuestro Código Civil en ningún lado nos indica que encierra la patria potestad y la responsabilidad que contraen quienes la ejercitan. Es por esto que los padres no están preparados para llevar a cabo esta importante tarea y para ello nuestro Código Civil debería establecer la obligación a todos los futuros padres de acudir a pláticas y cursos en los que se les prepare y oriente sobre las necesidades de los niños, los cuidados que ellos necesiten, y como éstos van cambiando según su edad. Claro que para esto se necesitaría el apoyo de organismos del Estado, pero principalmente una imposición por parte de nuestra legislación en el sentido de que quienes van a ejercerla estarán obligados, además de lo que determine la ley, a tomar en cuenta los sentimientos y necesidades cambiantes de aquellos sobre los que la ejercen, puesto que tienen en sus manos un gran reto, que es el guiar por el buen camino a sus hijos o a los hijos de sus hijos.

***c) LLEVAR A CABO LA EXTINCION DE LA TUTELA MEDIANTE EL MISMO
PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE SU OTORGAMIENTO***

Como ha quedado asentado en el capítulo anterior de esta tesis, una de las formas de tutela que contempla nuestro Código Civil es la testamentaria, que es aquella en la que por medio de testamento el sujeto que ejerce la patria potestad y que sobrevive a su cónyuge, designa a la persona que cuidará de sus hijos o nietos y protegerá sus bienes.

Sin embargo, también debería haber la posibilidad de que se extinguiera dicha tutela al darse algún supuesto establecido dentro del mismo testamento, como por ejemplo que será tutor de mi hijo el señor Fulano hasta que éste último cumpla setenta años de edad; esta forma de extinguir dicha tutela sería muy conveniente porque el testador, al preocuparse por el futuro de quien está bajo su patria potestad, podría pensar que el señor Fulano cuidará muy bien de su hijo o nieto pero solo durante cierto tiempo, ya que dicho señor al entrar a cierta edad tal vez ya no sea el adecuado para hacerlo, ya que con los años la gente cambia y pudiera ser que se vuelva un cascarrabias o algo similar y dicha actitud no sea la adecuada para el buen desarrollo del menor. Así que al darse este supuesto se termina la tutela y tal vez se haya estipulado el nombramiento de otra persona, que posiblemente a la muerte del testador no estuviera en condiciones de hacerse cargo del menor o mayor incapacitado y que después de algunos años ya tenga la madurez y las condiciones necesarias para ejercitar dicho cargo en sustitución de quien el testador consideró ya que no sería el adecuado.

En cuanto a la tutela legítima, que es aquella que confiere la ley en el caso de no haber testamentaria, es el juez quien designará al tutor de entre los parientes más cercanos tomando en cuenta las características y circunstancias de cada uno de ellos, y en este caso deberá ser también el juez quien decida cuando extinguir la tutela y en su caso nombrará a su sustituto, mismo que se tomará igualmente de entre los parientes más cercanos. Claro que esto deberá hacerse a petición de los familiares o algún interesado como el Ministerio Público, e inclusive a solicitud del menor.

Refiriéndonos a la tutela dativa, tenemos que se recurre a ella cuando no se puede nombrar tutor de las otras dos formas y el juez elige un tutor de la lista que forma el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público, y es éste último el encargado de promover la separación de los tutores y será el juez quien determine la sustitución y nombre otro tutor escogido igualmente de la lista anual del Consejo Local de Tutelas. Claro que si el menor ya ha cumplido los dieciséis años el podrá designar a quien será su tutor, previa autorización del juez.

En cuanto al tema del presente inciso en el sentido de proponer por el suscrito de que la extinción de la tutela se lleve a cabo con los mismos procedimientos que se realizaron para su creación, me permito sostener que si efectivamente para dar origen a una tutoría, se debe llevar a cabo un juicio de minoría de edad o de interdicción en los mayores incapaces, también para su extinción considero que se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos procesales que se hicieron valer en su establecimiento, esto es, a contrariu sensu, por ejemplo en un sujeto disminuido en sus facultades mentales, aquí se deberá llevar a cabo otro dictámen médico y por supuesto otra resolución judicial que determinen la procedencia de la extinción de la tutela; y así, en cada caso particular se deberá reunir tales requisitos, esto con la finalidad de la seguridad personal y patrimonial tanto del pupilo como del tutor y de la misma sociedad, a efecto de conocer la realidad jurídica de una persona que habiendo estado sujeta a una tutela ahora ha sido liberada de ella y puede intervenir válidamente en el tráfico jurídico.

d) LA CREACION DE UN CONSEJO DE FAMILIA

Como ya lo hemos estudiado, tenemos varias formas de representación de los menores y mayores incapaces entre las que se encuentran la patria potestad y la tutela. Pero también tenemos que dentro del ejercicio de cualquiera de ellas podríamos encontrar que no se están llevando a cabo en forma adecuada, situación que recaería en efectos inmediatos hacia el incapacitado y en segundo término en la sociedad, motivo por el cual he contemplado la necesidad de que nuestro Código Civil prevea la creación de un Consejo de Familia.

Esta figura ya tiene algunos antecedentes y en este sentido, Planiol nos dice que "El Consejo de Familia es una asamblea compuesta, hasta donde es posible, de parientes por consanguinidad o afinidad del menor, y presidida por el juez de paz. Solamente existe tratándose de los hijos legítimos." (59)

Se ha discutido sobre el domicilio que debe tener dicho Consejo de Familia, y sobre la verdadera función de esta figura jurídica, ya que se ha dicho que su función es la organización de la tutela (nombramiento, sustitución o destitución de tutor), la administración de tutor.

Este Consejo de Familia debe su origen a la inquietud de lograr la máxima seguridad para el incapacitado, ya que es una forma de tener controlada

(59) Planiol Marcel, op. cit., página 287 y 288.

a la tutela, e inclusive podría ser otra forma más de representación y vigilancia de los bienes del incapaz, y dicha representación es de tipo colegiado, ya que se integra por parientes del sujeto incapacitado.

El citado maestro Planiol nos dice que dicho Consejo se compone en primer lugar por el juez de paz, que es el presidente y goza de voto de calidad en caso de empate; y en segundo lugar, por seis parientes ya sean de consanguinidad, afinidad e inclusive amigos.

Sin embargo tal vez no sea conveniente el manejar a los amigos como integrantes de dicho Consejo de Familia, ya que éstos, al no estar bien inmersos en el núcleo familiar, no pueden darse plena cuenta del funcionamiento de la familia, y peor aún, de lo que verdaderamente conviene al incapacitado, ya que no tienen un contacto tan directo con dicho sujeto, sino es la propia familia quien tiene un contacto mas intenso por lo que puede percatarse de las verdaderas necesidades del incapaz. Sin embargo, podrán tener la facultad de emitir sus opiniones en ciertos casos y de así solicitarseles, ya que también es muy cierto que las cosas y situaciones se ven mejor desde afuera y ellos están en un punto fuera del círculo familiar, pudiendo tal vez emitir alguna opinión muy acertada. El maestro Guitrón Fuentesvilla alude a este Consejo de Familia y lo contempla en el Código Familiar del Estado de Hidalgo.

1) Parientes que la Constituyan

Planiol también maneja que ésta limitación de número (seis parientes o amigos) no se aplica a los ascendientes, ni a los hermanos o primos

hermanos mayores, ya que a éstos se les convocará para que integren el Consejo sin importar su número.

Esto tal vez no sea muy correcto, ya que si hay un número muy extenso de quienes integren el Consejo, por la misma diversidad de opiniones, nunca se llegaría a un acuerdo, o al menos se tardaría mucho tiempo en llegar a él y dicho acuerdo que se busca debe tomarse con celeridad porque obviamente es en beneficio del incapaz, razón por la cual nos sumiríamos en un sistema ineficaz. Por el contrario, el Consejo de Familia debe buscar mayor seguridad para el sujeto incapacitado, y al ser un órgano colegiado, impedir que un tutor o un solo representante pueda utilizar su cargo para obtener beneficios propios en perjuicio del menor o mayor incapaz, o al menos no cuide adecuadamente los bienes y la persona de dicho sujeto, por limitaciones propias.

Este Consejo debería estar formado únicamente por los parientes más allegados al incapaz (como podrían serlo los padres, abuelos, hermanos, primos hermanos, los tíos), y esto se determinaría oyendo a todos los miembros de la familia, y aquí inclusive a los amigos, y el juez debería ser quien designe a los que integren dicho Consejo.

2) Fines del Consejo de Familia

Como lo hicimos notar anteriormente, existe la posibilidad de que la forma de representación que tiene el incapaz no sea la adecuada, y es por ello que surge la necesidad de crear este Consejo de Familia, mismo que es una forma más de representación para la vida jurídica de los menores. Además, al estar integrado por los parientes más allegados al incapacitado, y al constituirse

por varios miembros (que pueden ser seis, como lo indica Planiol), traería mayor seguridad para el cuidado de la persona del incapaz y para la administración de sus bienes, ya que así sería imposible o al menos más difícil que los que representan al incapacitado tomen malas decisiones en su guarda y custodia o inclusive que se beneficien a expensas y en perjuicio de su representado.

Esta figura jurídica podría ser también de gran utilidad en especial para los mayores de edad incapacitados, que saliendo de la patria potestad deben entrar en tutela, y como es desgastante y difícil para algunos padres el continuar con el cuidado de sus hijos, máxime si estos tienen algún problema de tipo físico o mental que les ocasione la incapacidad, pueden desinteresarse y dejar de procurarlos como debe de ser, razón por la cual este Consejo de Familia tendría mejores resultados, ya que serían otros parientes además de los que siempre lo han cuidado, los encargados de la guarda y custodia tanto de sus bienes como de su persona, porque resulta lógico pensar que si los padres o abuelos que se han encargado del incapaz están fastidiados de éste, los tratos y demás atenciones se verán mermados tristemente, pudiendo causar mayores problemas al incapaz.

En cambio, los miembros del Consejo de Familia traen nuevas ideas, ánimos y buenas intenciones, ya que como lo hemos mencionado son varios quienes lo integran, y dichas personas o aunque sea algunas de ellas se ven movidas por un sentimiento de humanidad e inclusive de amor por su pariente incapacitado. Además, si alguno o algunos de ellos traen malas intenciones como avaricia o algo similar, es poco probable que puedan beneficiarse a costa del incapaz, ya que los otros miembros no lo permitirían.

3) Alcances y Limitaciones del Consejo de Familia

Ahora bien, tenemos que definir hasta donde pueden llegar las decisiones de este Consejo, porque por su misma naturaleza colegiada tiene el inconveniente de no poder tomar decisiones inmediatas o de urgencia, que de no tomarse en ese momento acarrearían graves perjuicios al incapacitado. Por esta razón nuestro Código Civil deberá ser muy explícito en cuanto a que las personas que integran dicho Consejo y que convivan directamente con el menor (por ejemplo sus padres o sus tios), tendrán la facultad de tomar las decisiones más urgentes o fundamentales, limitando de cierta forma la fuerza que engloba el multilateral Consejo, ya que sería imposible que para cada determinación tenga que reunirse todo el cuerpo colegiado que integra el Consejo de Familia.

Sin embargo, tratándose de los estudios o la salud del incapaz (salvo casos de urgencia) o inclusive de algún negocio o juicio, deberá reunirse dicho Consejo para decidir que es lo más conveniente para el menor, y tratándose de algo mucho muy importante o en caso de que no se llegue a un acuerdo por el Consejo, deberá recurrirse al juez de lo familiar quien tomará la resolución que corresponda previa audiencia con los miembros del Consejo de Familia quienes expondrán sus ideas y comentarios sobre convenientes e inconvenientes del asunto de que se trate, y escuchando la opinión del Ministerio Público.

Después de este estudio realizado y como consecuencia del análisis efectuado a los puntos tratados en este trabajo, es que hemos llegado a las siguientes:

CONCLUSIONES

Primera.- En cuanto al Capítulo primero se ha determinado lo que es la capacidad de las personas y las partes que la componen que son la capacidad de goce y la de ejercicio. De igual forma, ha quedado aclarada la diferencia entre capacidad y personalidad, ya que la primera es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones y la segunda es una posibilidad abstracta de actuar en las relaciones jurídicas. También nos hemos dado cuenta que todas las personas contamos con la capacidad de goce, pero para tener capacidad de ejercicio se necesitan otros factores como lo serían la emancipación o el no entrar en los supuestos del artículo 450 de nuestro Código Civil.

Segunda.- Fue necesario el efectuar una crítica al citado artículo 450 antes de su reforma para percatarnos de los errores que traía, como lo eran el considerar incapaces a los sordomudos que no sepan leer ni escribir, siendo que dichas personas tienen su propio lenguaje que les permite manifestar su voluntad, por lo que fue un acierto obtenido con la reforma de 1981 a dicho precepto legal, como considerar capaces, por exclusión, a los sordomudos, y establecer que serán incapaces además de los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, los que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como alcohol, psicotrópicos o los estupefacientes, pero siempre que debido a la limitación o alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Tercera.- En la representación legal que se lleva a cabo a través de la patria potestad y de la tutela, vimos quienes son los encargados de ejercitar la patria potestad concluyendo que la ley es machista en este sentido, ya que da preferencia al hombre y a los padres de este sobre los de la mujer para ejercer dicho cargo, situación que en nuestros tiempos y dados los motivos que se expusieron se encuentra totalmente fuera de lugar, razón por la cual es conveniente modificar el citado artículo 414 del Código Civil, para que deje en igualdad de circunstancias a los abuelos de ambas líneas.

Cuarta.- Deberá apoyarse la existencia de un Consejo Local de Tutelas en cada delegación para tener un mayor control y efectividad en el cuidado de los menores y mayores incapaces y más vigilancia a los tutores de éstos.

Quinta.- Me permito proponer reformas a la ley que se consideran pertinentes para mejorar el funcionamiento de la patria potestad, aclarando ciertos puntos que no son claros y que deben ser tomados en cuenta para lograr el adecuado desarrollo del menor. De igual forma debe determinarse la responsabilidad que tienen los sujetos que ejercen la patria potestad y así motivarlos a tener mayor preparación en cuanto al cuidado de sus hijos, lo cual redundará en beneficio de nuestra sociedad, y esto es de gran problemática ya que muchos padres desconocen las necesidades primordiales de los niños, y no sólo física sino también emocionalmente, ya que dichas necesidades van cambiando con el paso del tiempo, creando al efecto un Capítulo IV en el rubro de la Patria Potestad.

Sexta.- Para extinguir la tutela consideramos que debe existir un procedimiento similar al que la otorga, ya que si se tomó en cuenta la voluntad del testador para

otorgarla también debe tomarse en cuenta para extinguirla cuando el lo haya decidido. En cuanto a la legítima ha quedado manifestado que debe ser el juez quien decida cuando extinguirla, pero por razones tan obvias como la impersonalidad a causa del número de habitantes en el mundo, son los parientes quienes deberán promoverla o algún tercero, pero con intervención del Ministerio Público. En lo que respecta a la tutela dativa solamente podrá extinguirse por gestión del Ministerio Público ante el juez.

Séptima.- Una pieza fundamental de esta tesis ha sido la proposición del Consejo de Familia, figura que trata de resarcir las deficiencias de la patria potestad y de la tutela, ya que al ser un cuerpo colegiado impide los abusos y falta de visión de unos u otros, y se indica que los parientes mas cercanos son los adecuados para integrar dicho Consejo. Igualmente ha quedado indicado que lo que se persigue con su creación es dar mayor seguridad a los incapacitados, tanto a su persona como a sus bienes. También se hizo un análisis de sus limitaciones dejando ver que por ser varios sus miembros habría cierta dificultad para tomar decisiones urgentes, y en estos casos serían los que convivan directamente con el menor o mayor incapaz los que tendrían que resolver de forma inmediata para así evitar un mayor daño a la persona del incapaz o a sus bienes.

Sin embargo considero que también es una figura muy importante para ciertos casos como el de los mayores incapaces, quienes siempre han sido víctimas de constantes abusos y rechazos por parte de sus familiares y de la sociedad, motivo por lo cual debería darse mucha fuerza y empuje a la creación de esta figura jurídica.

BIBLIOGRAFIA

- 1) Baquero Rojas Edger y Buenrostro Béz Rosalía, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Harla, México 1990.
- 2) Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 10ª Edición, México 1985.
- 3) Chávez Asencio Manuel, La Familia en el Derecho, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México 1997.
- 4) Cicu Antonio, El Derecho de Familia, Ediar Soc. Anón. Editores Sucesores de Compañía Argentina de Editores, S.R.L., Buenos Aires 1947.
- 5) Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 59ª Edición, México, 1990.
- 6) Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, 62ª Edición, México, 1993.
- 7) Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 1990.

- 8) **Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México, 1992.**
- 9) **Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo II, Editorial Driskill, S.A., Argentina, 1979.**
- 10) **Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 6ª Edición, México, 1983.**
- 11) **Gutrón Fuentevilla Julián, ¿Que es el derecho Familiar?, Editorial Promociones Jurídicas Culturales, 3ª Edición, México, 1989**
- 12) **Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, 7ª Edición, México, 1990.**
- 13) **Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México 1993.**
- 14) **Montero Duhalit Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa, S.A., 5ª Edición, México 1992.**
- 15) **Ortiz Urquidí Raúl, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México 1992.**
- 16) **Ortiz Urquidí Raúl, Derecho Civil, Editorial Porrúa, 3ª Edición, México 1999.**
- 17) **Peña Bernaldo de Quiros Manuel, Derecho de Familia, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, Madrid 1989.**

- 18) Petit Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editora Nacional, México 1976.
- 19) Planiol Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Tomo I, 2, Editorial Cajica, S.A., Puebla, Pue., México.
- 20) Ribé Durán Luis, *Diccionario de Derecho Bosch*, Casa Editorial S.A., 1ª Edición, España, 1987.
- 21) Rojas Villegas Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Obligaciones, Volumen I*, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México 1981.
- 22) Sánchez Cordero Dávila Jorge A., *Derecho Civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª reimpresión, México 1983.
- 23) Soberón Malnero Miguel, *Diccionario Jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Editorial Porrúa, 5ª Edición, México 1982.
- 24) Zannoni Eduardo A., *Derecho Civil, Derecho de Familia, Tomo 2*, 1ª reimpresión, Editorial Astres de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., Argentina 1981.