



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANÁLISIS DE LA TUTELA CAUTELAR

TESIS

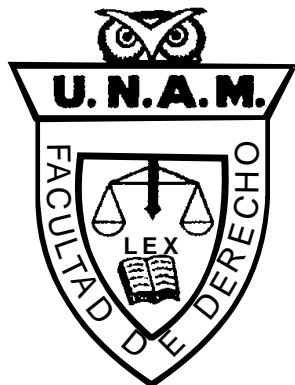
QUE PARA OPTAR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

MARÍA JUANA NÚÑEZ PEÑA

ASESORA DE TESIS:

MAESTRA MARÍA DEL CARMEN MONTOYA PÉREZ.



MÉXICO, D. F.

2013.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A DIOS

Por permitirme obtener la
culminación del presente trabajo
y por guiar mi vida.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Y A LA FACULTAD DE DERECHO

Por ser el alma mater de mí
formación como Licenciada en Derecho.

A MIS PADRES, HERMANOS Y SOBRINA.

A quienes dedico esta tesis.

Gracias por su amor, paciencia
y apoyo incondicional a lo largo de mi vida
Papá (q.e.p.d.)

A MI MAESTRA Y ASESORA DE TESIS

Mtra. María del Carmen Montoya Pérez.

Gracias por sus conocimientos, esfuerzo, sabiduría
y colaboración para la realización del presente trabajo.

A MIS MAESTROS Y CATEDRÁTICOS DE ESTA
H. FACULTAD DE DERECHO

De quienes tuve el privilegio de aprender.

Gracias por su sabiduría,

A MIS AMIGOS

Gracias por su apoyo incondicional
en cada momento de mi vida.

Índice

Introducción	I
CAPÍTULO I. LA TUTELA	1
1.1. Concepto de Tutela	1
1.2. Naturaleza jurídica	4
1.2.1. Órgano legal	4
1.2.2. Carga pública	5
1.2.3. Poder	5
1.2.3. Institución jurídica	6
1.3. Sistemas tutelares	8
1.3.1. La tutela como institución familiar	8
1.3.2. La tutela como cargo de carácter público	8
1.3.3. La tutela de carácter mixto	9
1.4. Características de la tutela	11
1.4.1. Cargo de interés público	11
1.4.2. El cargo será siempre con posterioridad a la declaración de interdicción del que va a quedar sujeto a ella	13
1.4.3. Su origen está en la ley	13
1.4.4. Excluyente de la patria potestad en la testamentaria	14
1.4.5. Supletoria o subsidiaria de la patria potestad	14
1.4.6. Irrenunciable	15

1.4.7. Temporal	15
1.4.8. Excusable	16
1.4.9. La tutela es un cargo unitario	17
1.4.10. La tutela es un cargo remunerado	18
1.5. Sujetos	19
1.5.1. Sujetos pasivos	19
a) Mayores de edad incapacitados	19
b) Menores de edad	21
1.5.2. Sujetos activos	21
1.6. Clases	22
1.6.1. Tutela cautelar	23
1.6.2. Tutela testamentaria	24
1.6.3. Tutela legítima	26
a) Tutela legítima de los menores	26
b) Tutela legítima de los mayores de edad incapacitados	27
1.6.4. De la tutela de los menores en situación de desamparo	28
1.6.5. Tutela dativa	31
1.7. Órganos de la tutela	32
1.7.1. Tutor	32
1.7.1.1. Derechos del tutor	32
1.7.1.2. Obligaciones del tutor	33

a) Obligaciones del tutor derivadas del cuidado de la persona del pupilo	35
b) Obligaciones del tutor con relación a los bienes	36
1. Actos obligatorios	36
2. Actos prohibidos	37
3. Actos con autorización judicial	37
1.7.1.3. Excusas para ser tutor	38
1.7.1.4. Personas inhábiles para el desempeño de la tutela y de las que deban ser separadas	39
1.7.1.5. Remoción del tutor	40
1.7.2. Curador	41
1.7.2.1. Tienen derecho de nombrar curador	41
1.7.2.2. Obligaciones del curador	42
1.7.3. Consejo Local de Tutelas	42
1.7.4. Juez de lo Familiar	43
1.8. Suspensión de la tutela	44
1.9. Extinción de la tutela	44
CAPÍTULO II. TUTELA CAUTELAR	45
2.1 Denominación	45
2.2. Concepto	48
2.3. Objeto	51
2.4. Fundamento de la tutela cautelar	56

2.5. Principios y límites de la autonomía de la voluntad en nuestro sistema jurídico	60
2.6. Formas de constituir la tutela	64
2.7. Revocación de la designación	64
2.8. La confianza	65
2.9. Sujetos	66
2.9.1. Sujetos con derecho a designar	66
2.9.2. Sujeto pasivo	67
2.9.3. Sujetos activos	67
2.9.3.1. Pluralidad de tutores	68
2.10. Contenido de las disposiciones	69
2.10.1. Modificación de las reglas establecidas	69
2.11. Obligaciones y derechos del tutor	70
2.11.1. Obligaciones del tutor derivadas del cuidado de la persona del pupilo	71
2.11.2. Obligaciones del tutor con relación a los bienes	73
2.12. Intervención del notario	73
2.13. Participación del perito en materia de psiquiatría	74
2.14. Participación del Estado	75
CAPÍTULO III. LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO COMPARADO	76
3.1. Legislación extranjera	76
3.1.1. Alemania	76
3.1.2. Suiza	82

3.1.3. España	87
3.1.4. Canadá	91
3.1.5. Estados Unidos	99
3.2. Legislación nacional	101
3.2.1. Estado de Morelos	102
3.2.2. Estado de Coahuila	105
3.2.3. Estado de México	108
3.2.4. Distrito Federal	110
3.2.5. Estado de Hidalgo	112
3.2.6. Estado de Guanajuato	115
3.2.7. Estado de Baja California Sur	116
3.2.8. Estado de San Luís Potosí	117
3.2.9. Estado de Zacatecas	118
3.2.10. Estado de Baja California	119
3.2.11. Estado de Sonora	120
3.2.12. Estado de Nayarit	121
3.2.13. Estado de Durango	123
3.2.14. Estado de Chihuahua	124
3.2.15. Estado de Jalisco	124
3.3. Semejanzas y diferencias entre las legislaciones que regulan la nueva tutela en nuestro país	126

CAPÍTULO IV. PROPUESTAS DE UNA MEJOR REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR	131
4.1. Exposición de motivos para la creación de la tutela cautelar	131
4.2. Análisis a la regulación en el Código Civil para el Distrito Federal de la tutela cautelar	141
4.3. Propuesta de una mejor regulación de la tutela cautelar	154
4.4. Justificación de la propuesta	155
CONCLUSIONES	174
BIBLIOGRAFÍA	177

INTRODUCCIÓN

Los accidentes, las enfermedades y el aumento en la esperanza de vida del ser humano, traen como consecuencia la disminución de las facultades psíquicas y físicas de la persona e incluso la aparición de incapacidades.

Por estas situaciones es necesario que existan instituciones jurídicas eficaces por medio de las cuales el individuo decida sobre el destino de su patrimonio, y el futuro de su persona, en el caso de caer en incapacidad.

De ahí la trascendencia del nombramiento del propio tutor, el cual se encargará de la guarda, cuidado y representación del incapaz, igualmente, en él recaerá el cumplimiento de las disposiciones que haya dictado el pupilo.

En nuestro país, se ha concebido a la tutela como la institución jurídica fundamental para el cuidado de la persona y patrimonio del incapaz, en consecuencia, a través de ésta figura jurídica se regula el nombramiento del propio tutor.

Se tienen presentes las dificultades que ésta institución jurídica presenta, como son la excesiva regulación o la inaplicabilidad de algunos de sus preceptos. Ante ello, la tutela al igual que otras instituciones jurídicas, ha de adaptarse a los cambios actuales de la sociedad y así cumplir con los objetivos de su creación y existencia. Afirmación que encuentra respuesta con la introducción gradual de la tutela cautelar, voluntaria o autodesignada en las leyes y Códigos que rigen en nuestro país y el tratamiento legal que le dan al incapaz a nivel internacional.

El ser humano merece una vida digna y que todos sus derechos fundamentales le sean reconocidos y garantizados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el Código Civil Federal y, en nuestro caso, por el Código Civil para el Distrito Federal, de tal manera que le proporcionen una seguridad jurídica.

El objeto de este trabajo es analizar la tutela cautelar en el Código Civil para el Distrito Federal, y en su caso, una modificación a la regulación actual en el ordenamiento jurídico citado.

La presente tesis se divide en cuatro capítulos: el primero de ellos corresponde a la tutela, pues la tutela cautelar se encuentra inmersa dentro de dicha institución jurídica.

En el segundo capítulo se expone la regulación que el Código Civil para el Distrito Federal le otorga a la tutela cautelar, concediendo el ejercicio de este derecho a toda persona capaz para otorgar testamento.

El tercer capítulo está dirigido al tratamiento que le dan a esta clase de tutela en el derecho comparado, claro está que bajo otras denominaciones, por ello el capítulo se encuentra dividido en dos apartados, el primero corresponde a la legislación extranjera, se seleccionó aquella que regula la designación del propio tutor, curador, mandante, asistente, representante médico según la denominación que corresponda en la legislación de cada país.

Posteriormente nos referiremos a la legislación nacional, y se analiza el derecho concedido a las personas para designar a su tutor; es importante destacar que son ya trece Estados de la República los que regulan en sus legislaciones una figura similar a la tutela cautelar, más el Distrito Federal.

En el último capítulo se agrega la exposición de motivos, que dio lugar a la regulación de la tutela cautelar en el Código Civil para el Distrito Federal, además trataremos de demostrar por inadecuada la actual regulación de la tutela cautelar en el citado Código Civil, ante lo cual se emiten algunas propuestas para su mejor regulación con su debida justificación doctrinal.

CAPÍTULO I. LA TUTELA

Comenzaremos el presente trabajo haciendo referencia a la palabra tutela, en términos generales y limitando el concepto al ámbito del derecho familiar, para que el lector se encuentre en posibilidad de conocer mejor el contenido de ésta investigación.

1.1. Concepto de Tutela

El término que llega a nuestro derecho proviene del verbo *tueor*, en latín, que significa preservar, sostener, defender o socorrer. En la Enciclopedia Jurídica Mexicana se le ha definido como: “el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones, se presume hacen necesaria --en su beneficio-- tal protección.”¹

Este concepto ha sido tratado de manera especial y abundante por el derecho de familia, limitando su aplicación a las personas que tienen incapacidad natural y legal, según el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

En el ámbito doctrinal diversos juristas se han ocupado de su estudio y definición en los términos que a continuación exponemos:

Para Marcel Planiol: “La tutela es una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de la persona de un incapaz y en administrar sus bienes.”² Está destinada esta figura jurídica al incapaz en general, no solamente aquél que lo es a causa de su edad.

De Pina, Rafael sostiene que: “La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficiente para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir, en fin su actividad jurídica. Es, por lo

¹ *Enciclopedia jurídica Mexicana*, 2ª edición, México, Porrúa - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, tomo VI, página 896.

² Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2ª edición, México, Porrúa, 2001, tomo III, página 592.

tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia.”³

La maestra Montero Duhalt, Sara nos dice lo siguiente: “La tutela es una 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.”⁴

Estas dos definiciones se complementan porque ambas coinciden en que es una institución de representación y asistencia de la persona incapaz y la primera señala que también tiene por objeto administrar bienes.

Rendón Ugalde, Carlos Efrén nos da la definición de la tutela de los menores de edad: “la institución jurídica, de interés público desempeñada por una persona (nos inclinamos y proponemos una tutela plural) coadyuvante de la administración de justicia, la cual tiene a su cargo personalísimo: la formación, representación, protección de la persona y patrimonio del incapacitado, no sujeto a patria potestad.”⁵

Este autor introduce varios elementos en su definición, entre ellos destacan, la pluralidad de tutores, el cargo personalísimo y la coadyuvancia del tutor en la administración de justicia: respecto al primer elemento observamos que el ejercicio del cargo es encomendado a una o varias personas sin delimitar su campo, ni número; es personalísimo, porque el cargo no puede transferirse, ni pasar a los herederos. Lo único que se puede dar es la representación del incapaz.

Respecto a la característica de tutor coadyuvante de la administración de justicia, no debemos perder de vista que el término de coadyuvante o coadyuvancia no se presenta en nuestra materia al no estar regulada en el Código Civil local ni federal; además hay que tener presente que la administración e impartición de justicia corresponde al Tribunal Superior de Justicia del Distrito

³ De Pina, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano*, volumen I, *Introducción-Personas-Familia*, 4ª edición, México, Porrúa, 2006, páginas 385–386.

⁴ Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, 3ª edición, México, Porrúa, 1987, página 359.

⁵ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, *La tutela*, sin número de edición, México, Porrúa, 2001, página 27.

Federal y demás órganos judiciales conforme lo marca el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

La misma ley orgánica en sus artículos 4º, fracción VI y 100, regula la participación del tutor como auxiliar de la administración de justicia, y requiere que los tutores designados por los jueces cumplan con todos los requisitos para ser síndico que sean compatibles con su carácter y función, además en el artículo 95 de esta misma ley determina que son auxiliares el síndico y el interventor, por lo tanto, quedan sujetos a las determinaciones de la ley.

La tutela ha sufrido modificaciones desde el derecho romano hasta la actualidad, cambios que han afectado el objeto al cual va dirigido, el número de personas que la ejercen, así como las personas que tienen el carácter de pupilo. En la actualidad el objeto de la tutela consiste en la guarda de la persona y bienes del incapaz menor de edad o del incapacitado mayor de edad; dando preferencia al cuidado de la persona. La representación interina; en los casos especiales señalados por la ley, puede ser también el objeto de la tutela.

Respecto al número de personas que pueden ejercer el cargo, se habla de una o varias personas; el sujeto pasivo de la tutela será el incapaz que se encuentre en cualquiera de los supuestos del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal; y en el caso de la tutela cautelar tiene un tratamiento diferente.

De acuerdo al análisis de lo anteriormente expuesto podemos proporcionar nuestra definición de tutela en los términos siguientes:

Es una institución jurídica que se encarga de la protección, guarda y representación del incapaz mayor de edad y del menor no sujeto a la patria potestad o que estando bajo esta exista oposición de intereses respecto de quien ejerce sobre de él la patria potestad; para la realización de actos que afectarán al pupilo en la esfera de su persona y bienes, en el caso de contar con ellos. Esta tutela surge por disposición de la ley o por la voluntad de quien legalmente pueda designar un tutor.

Adoptamos el término guarda porque es un término amplio, de acuerdo a De la Mata y Garzón Jiménez: “La guarda comprende el alimento y educación del incapacitado, en el concepto amplio de éstos términos...”⁶

La representación legal para el incapaz se encuentra regulada en el artículo 23 de los Códigos Civiles local y federal, al decir: “...los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

1.2. Naturaleza jurídica

De los conceptos transcritos en el punto anterior nos damos cuenta que los juristas han dado concepciones diversas al tratar de explicar la naturaleza jurídica de la tutela y la han considerado como órgano legal, carga pública, poder e institución jurídica, conceptos que se analizan a continuación:

1.2.1. Órgano legal

El término de órgano es definido por Hernández Espíndola, Olga como: “Parte de un cuerpo que desempeña funciones específicas relacionadas con las demás del todo. El concepto tiene un origen estrictamente biológico, incorporándose con la gran influencia de esta disciplina en los estudios sociales.”⁷

Acosta Romero comenta: “los entes colectivos, para expresar la voluntad social, necesitan tener órganos de representación y administración, que son los que ejercitan los derechos y obligaciones inherentes a aquéllos...”⁸

Para Sánchez Román, Felipe citado por Rendón Ugalde, la naturaleza jurídica de la tutela es de: “un órgano legal mediante el cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son

⁶ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal*, 4ª edición, México, Porrúa, 2008, página 296.

⁷ Hernández Espíndola, Olga, *Diccionario jurídico mexicano*, I-O, edición histórica, México, Porrúa, S.A. - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, página 2719.

⁸ Acosta Romero, Miguel, *Compendio de derecho administrativo, parte general*, 3ª edición, México, Porrúa, 2001, página 58.

suficientes para gobernar su persona y derechos por sí mismos, para regir, en fin, su actividad jurídica, ya sea la causa la menor edad, ya la incapacidad física, mental o de otras clases, ya la legal de la interdicción, como accesoria de ciertas penas, ya la judicial, ya la de prodigalidad declarada por sentencia firme”⁹

Nos percatamos que al considerarla como órgano legal lo más importante es la representación, protección y asistencia del incapaz para regir su actividad jurídica, empero debemos tener presente que esa representación no es la finalidad de la tutela, además de que no se actualizará en todos los momentos de su actuación ni en todos los casos porque la actividad jurídica es parte de los actos que debe realizar y no la totalidad.

1.2.2. Carga pública

Laurent citado por Rendón Ugalde la define como “la carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social.”¹⁰

Entendemos que es considerado como carga porque la ley impone a aquellas personas que tengan parentesco con el incapaz la obligación de ejercer el cargo, pero recordemos que debe haber una aceptación del mismo y, en el caso contrario se contemplan las excusas para ejercer el cargo. Lo público concierne a la comunidad. Llama nuestra atención que el autor introduzca la representación en los actos de la vida social, con lo que amplía el término y sus alcances, por ello cabe aclarar que en nuestro derecho la representación únicamente se refiere a aquella que surte efectos jurídicos.

1.2.3. Poder

Ruggiero y Clemente de Diego, citados por Casso y Romero sostienen que: “La tutela es un poder protector cuyo origen no está en la naturaleza, sino en la ley, que establece para suplir la incapacidad ya de los menores a quienes falta la

⁹ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, op. cit., nota 5 página 29.

¹⁰ Idem.

protección natural de la patria potestad, ya de los incapacitados en general. El ejercicio de ese poder es un verdadero mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone.”¹¹

Esta concepción es interpretada por Chávez Asencio de la siguiente manera: “...no se trata de un poder en el sentido de mandato, pues en la tutela no se celebra contrato por el cual uno sea mandante y el otro mandatario. Se trata de un caso de representación legal cuyas facultades están previstas en la ley.”¹²

La interpretación que el autor citado nos proporciona es la que permite entender el sentido del poder como naturaleza jurídica de la tutela, porque de acuerdo a las grandes diferencias que existen entre la tutela y el mandato en el Código Civil para el Distrito Federal, sería imposible lograr un entendimiento de la tutela como poder

1.2.4. Institución jurídica

Galindo Garfias emite el siguiente concepto de la tutela: “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.”¹³

Como institución jurídica emite la siguiente opinión: “Es preferible, en nuestro concepto, hablar de la tutela como institución jurídica entendiendo por ella según Renard, el conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran la función del estado de asistencia normal a los jurídicamente incapaces.”¹⁴

¹¹ Casso y Romero, Ignacio, *Diccionario de derecho privado*, sin número de edición, España, Labor, 1950, tomo II, página 3886.

¹² Chávez Asencio, Manuel F. *La Familia en el derecho. Relaciones jurídica. paterno filiales*, 5ª edición actualizada, México, Porrúa, 2004, página 344.

¹³ Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 13ª edición, México, Porrúa, 1994, página 712.

¹⁴ *Ibidem*, página 714.

Chávez Asencio, llega a la siguiente conclusión: “es una institución formada por un conjunto de reglas de Derecho de orden público, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, tienen incapacidad legal y natural o solamente la segunda para gobernarse a sí mismos, y que responde a una necesidad social en beneficio de los menores e incapaces.”¹⁵

Para Bonnacasse “La institución jurídica es, en efecto, un conjunto de reglas de derecho, que se encajan entre sí hasta el grado de constituir un todo orgánico, y que comprende una serie indefinida de relaciones transformadas en relaciones de derecho y derivadas todas de un hecho único fundamental que, como origen y base de la institución, la domina necesariamente, gobernando su estructura y desarrollo.”¹⁶

Tomando en cuenta lo expuesto por los autores citados y de acuerdo a los razonamientos vertidos, podemos adherirnos a la postura que atribuye como naturaleza jurídica de la tutela la de institución jurídica, dado que su naturaleza jurídica no puede derivar de un poder, ni ser un órgano legal, ni ser una carga pública por las razones expuestas.

Es una institución jurídica porque está conformada por un conjunto de normas y preceptos de derecho enlazados y estructurados para constituir la, la cual esta destinada para la protección de los incapaces que lo sean por cualquier causa, con un objeto claramente definido y delimitado consistente en la guarda de la persona y bienes, dichas reglas las encontramos concretamente en el derecho Familiar y los derechos que le son reconocidos por el hecho de ser persona en el derecho constitucional. Su regulación es de importancia porque busca dar solución a los problemas que surgen de la incapacidad de una persona, los cuales van desde la protección del incapaz hasta los problemas económicos generados por el patrimonio de ese incapaz, y a través de ella el Estado cumple con su obligación

¹⁵ Chávez Asencio, Manuel F. op. cit., nota 12, página 346.

¹⁶ Bonnacasse, J. *Introducción el estudio del derecho*, sin número de edición, traducción de José M. Cajica Jr., México, editorial José M. Cajica Jr., 1944, volumen I, página 104.

de asistencia y salvaguarda de los derechos de los incapaces, por todo ello el derecho al establecer la institución jurídica encargada de la protección del incapaz da respuesta a las necesidades de la colectividad.

1.3. Sistemas tutelares

Los doctrinarios del derecho han sido uniformes en señalar como sistemas tutelares los siguientes:

1.3.1. La tutela como institución familiar

Para Galindo Garfias, esta tutela de familia tiene su origen en el Código Napoleón y le atribuye las características siguientes: “a) Todo mecanismo y funcionamiento de la tutela está en manos del *Consejo de Familia* que posee la autoridad suprema en la materia. b) Los órganos de información, no existen o son innecesarios para la tutela.”¹⁷

En este sistema el órgano que dirige a la tutela es el Consejo de Familia, en dicho Consejo reside todo el funcionamiento de la tutela, además se le considera como la autoridad suprema a tal grado que autores como el maestro Chávez Asencio le atribuyen la “potestad de corrección.”¹⁸ Este sistema no cuenta con órganos estatales que vigilen la institución tutelar. Adoptan este sistema Francia, Portugal y España, entre otros países.

1.3.2. La tutela como cargo de carácter público

Llamado por el maestro Chávez Asencio como: “tutela de autoridad. Este sistema...al considerar siempre que la protección al pupilo e incapacitado es un asunto del Estado y, por consiguiente, no susceptible de abandonarse a la autonomía de organismos más o menos privados. Dentro de este sistema existen legislaciones que encomiendan la misión tutelar a las autoridades judiciales al considerar que se trata, primordialmente, de un asunto judicial y otras consideran que se trata de un asunto administrativo más en contacto con la vida social, donde

¹⁷ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, página 717

¹⁸ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 12, página 347.

se conocen más las necesidades y requerimientos de los menores.”

¹⁹Complementa esta idea la opinión de Rendón Ugalde en los términos siguientes: “La tutela como un cargo de carácter público. Es ejercido y vigilado por autoridades tanto administrativas como judiciales lo instituyen entre otros Estados: Alemania, Austria, Estados Unidos, Brasil, Inglaterra, Italia.”²⁰

1.3.3. La tutela de carácter mixto

Como su nombre lo indica, este sistema goza de la participación de los dos sistemas anteriores. La maestra Montero Duhalt explica que: “puede ser desempeñada tanto por familiares como por organismos públicos, siempre bajo la vigilancia de la autoridad, pues su cumplimiento se considera de orden público e irrenunciable, es el sistema que sigue nuestro Código Civil, y otros Estados como Chile, Uruguay, Paraguay, Nicaragua, entre otros.”²¹.

Autores como De Ibarrola, Rendón Ugalde, De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez, también incluyen nuestro derecho dentro de este sistema jurídico, los dos últimos argumentan: “el sistema mixto es el más parecido al que sigue nuestro derecho ya que el desempeño del cargo le corresponde al tutor y su vigilancia al curador –personas ajenas al Estado-, pero también existe intervención estatal a través del Consejo Local de Tutelas, del ministerio público y de jueces de lo familiar, *sin embargo en la tutela de los menores en situación de desamparo (tutela acogimiento) pareciera que sigue el sistema público.*”²²

Por otra parte, existen autores que consideran que nuestro Código Civil pertenece al sistema de tutela de autoridad, entre ellos Galindo Garfías argumenta las siguientes características: “a) Todo el mecanismo y funcionamiento de la tutela está en manos de la autoridad del Estado. b) Junto a la autoridad que tiene en sus

¹⁹ Ídem.

²⁰ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, op. cit., nota 5, página 33.

²¹ Montero Duhalt, Sara. op. cit., nota 4, página 361.

²² De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, op. cit., nota 6, páginas 299-300.

manos el funcionamiento de la tutela, actúan los órganos de información como son el curador y el Consejo de Tutelas entre nosotros.”²³

Chávez Asencio escribe lo siguiente: “...está encuadrado dentro de los sistemas de autoridad, porque intervienen, decisivamente, la autoridad judicial a través de los jueces de lo familiar y la autoridad administrativa por conducto de los Consejos Locales de Tutelas.”²⁴

De acuerdo a las características de los sistemas tutelares expuestos y a las posturas de los autores indicados se puede afirmar que en el Código Civil para el Distrito Federal, la vigilancia de la institución tutelar corre a cargo del curador, el cual no es un órgano del Estado, del Consejo Local de Tutelas como autoridad administrativa o, del Ministerio Público; además la realización de ciertos actos del tutor, como la enajenación de bienes quedan sujetos a la aprobación del Juez de lo Familiar, como autoridad judicial; otro rasgo que coincide con el cargo de interés público es que la protección del incapacitado es un asunto del Estado al ser considerada la tutela como de orden público, pero también es en interés de la sociedad.

Por otra parte, se observa que el ejercicio absoluto del cargo recae en el tutor y no en autoridades estatales, y es él quien se encarga del cuidado, protección y defensa del incapaz, además, dicho tutor en casi todos los casos es designado tomando en cuenta el parentesco con el pupilo, por tal motivo forma parte de la familia del incapaz; pero esto no indica que la familia sea la autoridad suprema como requiere el sistema de institución de familia.

Por todo lo expuesto, se concluye que la tutela regulada en el Código Civil para el Distrito Federal pertenece al sistema de la tutela de carácter mixto porque presenta características de la tutela como institución familiar y de la tutela como cargo de carácter público, ya que en nuestro sistema jurídico la vigilancia y autorización corre a cargo de órganos administrativos así como judiciales, pero

²³ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., nota 13, página 717.

²⁴ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 12, página 367.

también del curador, cuya función es ejercer la vigilancia sobre el tutor; y aquél junto con el tutor no forman parte de los órganos del Estado. El cargo de tutor se encomienda en la mayoría de los casos a una persona vinculada por parentesco con el incapaz, en la tutela cautelar dicho cargo puede recaer en la persona que designe el futuro incapaz, sea familiar o persona ajena con la que no tenga parentesco.

1.4. Características de la tutela

1.4.1. Cargo de interés público

El artículo 452 del Código Civil para el Distrito Federal a la letra dice: “La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima”

Lo que nos lleva a esclarecer que se entiende por interés público, en opinión de Carlos Efrén Rendón Ugalde: “Entendemos que esta norma intenta satisfacer una necesidad colectiva o a procurar el bienestar de la comunidad o a remediar un mal social, y por ello el legislador eleva esta intención a interés público.”²⁵

Al analizar este concepto nos viene a la cabeza pensar que ese interés al ser público puede por el contrario presentar el opuesto, es decir, de interés privado, al respecto García Máynez asevera: “...que la distinción carece de fundamento, desde el punto de vista teórico, y sólo posee importancia práctica, primordialmente política”²⁶

“Dícese público lo que beneficia a la comunidad.” R. Sohm citado por Eduardo García Máynez,²⁷ En todo caso queda al arbitrio del legislador determinar

²⁵ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, op. cit., nota 5, página 33.

²⁶ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 61ª edición, México, Porrúa, 2009, página 135.

²⁷ *Ibidem*, página 132.

la índole pública o privada del interés, recordando que todo interés por esencia es subjetivo.

Felipe De la Mata Pizaña y Roberto Garzón Jiménez consideran que “...tratándose de la tutela, este interés público radica en la necesidad de la sociedad de que los incapaces sean protegidos y representados para que puedan actuar en el mundo del derecho...”²⁸,

Lo anterior se ve reforzado por el artículo 453 del Código Civil para el Distrito Federal que establece las sanciones siguientes: “el tutor que 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.”

Por su parte, el artículo 1313, fracción VI de este mismo Código Civil contempla la renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento como causa para perder la capacidad para heredar; en ese orden de ideas son incapaces para heredar por testamento, los que, nombrados en él tutores, curadores o albaceas, hayan rehusado, sin justa causa, el cargo, o bien cuando por remoción hayan sido separados judicialmente de su ejercicio.

De igual manera el artículo 1333 del Código Civil para el Distrito Federal dice que las personas llamadas por ley para desempeñar la tutela legítima y que rehúsen sin causa legítima a desempeñarla, no tienen derecho de heredar a los incapaces de quienes deben ser tutores.

Rodríguez-Arias Bustamante, Lino, citado por Galindo Garfias comenta: “Recordemos que la división entre derecho público y derecho privado ha sido superada por la ‘concepción comunitaria del derecho,’ superadora de la distinción (derecho público y derecho privado)...,consideramos que en estas instituciones al igual que en todas las demás, actúan los dos grandes principios constructivos que se reflejan en toda clase de normas jurídicas: el de la comunidad y el de la

²⁸ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, op. cit., nota 6, página 302.

personalidad, ambos siempre dirigidos hacia la consecuencia del bien común y siempre también en constante y necesaria colaboración...”²⁹

1.4.2. El cargo siempre será con posterioridad a la declaración de interdicción del que va a quedar sujeto a ella

La maestra Sara Montero Duhalt, es la única autora que considera este rasgo como característica de la tutela y lo fundamenta en el artículo 462 del Código Civil para el Distrito Federal “Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare...el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.”³⁰ Actualmente este artículo dice: “Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare...el estado y grado de capacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.” El procedimiento para ello lo encontramos en los artículos 902 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Al respecto Rendón Ugalde considera un error contemplarlo como característica pues asevera “...Es evidente que la declaración de interdicción forma parte del continente del acto jurídico tutela, pero no de su contenido.”³¹ Agrega además que tiene más que ver con la cuestión procedimental, que con el derecho sustantivo, nota con la que coincidimos. Otro elemento para no considerarla como característica es que la declaración de interdicción procede para los mayores de edad, mientras que para los menores de edad es procedente la declaratoria de minoridad.

1.4.3. Su origen está en la ley

Con este punto están de acuerdo autores como Rendón Ugalde y Chávez Asencio quien expresa: “Como institución auxiliar de la patria potestad, su origen no deriva de la naturaleza que por el parentesco genera derechos y obligaciones, sino que se establece, como ya lo hemos dicho, por la ley que fija todo lo relativo a

²⁹ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, página 714.

³⁰ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 4, página 365.

³¹ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, op. cit., nota 5, página 42.

la institución, en cuanto a su nombramiento, discernimiento, ejecución del cargo etcétera.”³² .

Entendemos este origen en la ley en oposición al vínculo natural del parentesco, sin embargo, no consideramos del todo acertado esta afirmación, porque con base en la normatividad civil local aplicable, en la tutela legítima la ley llama a las personas que están obligadas a desempeñar el cargo tomando en cuenta el parentesco; en la dativa su origen está en la voluntad del menor que ha cumplido dieciséis años, quien puede designar a su tutor, con la confirmación o reprobación, si existe una justa causa, del Juez, pero si no ha cumplido los dieciséis años, dicho nombramiento lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista publicada en el Boletín Judicial; también será dativa la tutela para los menores de edad emancipados tratándose de asuntos judiciales.

1.4.4. Excluyente de la patria potestad en la testamentaria

Característica contemplada por el maestro Chávez Asencio, sin embargo, Rendón Ugalde no está de acuerdo en considerarla como característica “en virtud de que se da sólo en la tutela testamentaria; es decir constituye la excepción a la regla general. Razonemos un poco. Si partimos de la base que los caracteres de esta institución la permean y le dan razón de ser a toda ella, pues estaríamos tratando de justificar sus principios generales mediante la excepción.”³³ Agrega, que de ser así contradecimos .otra característica de la tutela, la de ser supletoria.

Otra razón para no aceptarla como característica es que ella aplica sólo para el menor de edad, y no para el caso del mayor de edad.

1.4.5. Supletoria o subsidiaria de la patria potestad

De esta frase resulta evidente que tal característica aprovecha únicamente en el caso de los menores de edad no sujetos a la patria potestad, y no para los

³²Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 12, página 350.

³³ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, op. cit., nota 5, página 43.

mayores de edad capaces o incapaces, por consecuencia no puede ser una característica de la tutela.

1.4.6. Irrenunciable

Al ser considerado de interés público, el cargo de tutor no puede renunciarse, a menos que exista una causa justa y que sea además aceptada por el Juez, pues de no justificar esta renuncia traerá como consecuencia la responsabilidad por daños y perjuicios contemplada en el artículo 453 del Código Civil para el Distrito Federal, para quien se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo; también puede perder su capacidad para heredar, si renuncia o es removido del cargo conferido en el testamento conforme el artículo 1313 fracción VI; igualmente el artículo 1331 del Código Civil citado, dice que será incapaz de heredar por testamento, si nombrado en él tutor, curador o albacea, hayan renunciado al cargo o por remoción declarada judicialmente; finalmente, el artículo 1333 del mismo ordenamiento jurídico, sanciona con la pérdida del derecho de heredar del incapaz, al tutor legítimo que rehuse desempeñar el cargo sin causa legítima.

1.4.7. Temporal

Para establecer la duración del ejercicio de la tutela nos apegamos al señalamiento de la maestra Montero Duhalt, quien parte de dos perspectivas: la persona que ejerce la tutela y las circunstancias del pupilo. Por ello si el pupilo es menor de edad, la tutela se extingue al alcanzar éste la mayoría de edad; en cambio si se trata de un pupilo mayor de edad incapacitado, se ejercerá mientras dure la incapacidad.

Desde la perspectiva del tutor apreciamos que el Código Civil para el Distrito Federal maneja varios criterios para la duración del cargo, uno de ellos toma en cuenta el parentesco que éste tenga respecto del pupilo, si es ascendiente, descendiente, cónyuge, concubino o pariente colateral. Cuando el tutor es colateral como lo contempla el artículo 483 del ordenamiento legal invocado, la tutela legítima de los menores corresponde a los hermanos con la

preferencia de aquellos que lo sean por ambas líneas y, a falta o incapacidad de éstos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado, orden que podrá ser alterado por el Juez en razón del interés superior del menor.

Por su parte, el artículo 490 del Código Civil para el Distrito Federal, nos dice que a falta de tutor testamentario y de persona que deba desempeñar la tutela, esto es, el cónyuge; los hijos mayores de edad serán tutores de su padre o madre soltero, en el caso de haber dos o más hijos, será preferido el que viva con ellos y, si son varios los que están en el mismo supuesto el Juez elegirá al que le parezca más apto.

Conforme al artículo 489 del Código Civil para el Distrito Federal, los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto de quien de los dos ejercerá el cargo; a falta de todos los anteriores serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, hermanos del incapacitado, colaterales dentro del cuarto grado que refiere el 483 fracción II del Código citado, observándose en su caso lo dispuesto por el artículo 484 del mismo ordenamiento jurídico, que prevé que para el caso en que existan varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos el que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.

Las causas de extinción de la tutela están previstas en dos fracciones del artículo 606 del Código Civil para el Distrito Federal: I. Por muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad; y II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción. Esta última fracción indudablemente se refiere al menor de edad.

1.4.8. Excusable

La excusa es definida por Cabanellas, Guillermo como: “Razón o causa para eximirse o librarse de carga o cargo. // Motivo fundado o simple pretexto para de tal modo disculparse de alguna acusación. // Descargo. // Excepción. //

Manifestación plausible, más no siempre la exacta para no asistir a un acto o para rechazar una invitación u oferta. //”³⁴

La regulación de las excusas para el desempeño de la tutela se encuentra en los artículos 511 al 518 del Código sustantivo, el primer artículo regula que pueden excusarse de ser tutores: Los servidores públicos; los militares en servicio activo; los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela; los que tengan sesenta años cumplidos; los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría; los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Éste último supuesto deja abierta la facultad del Juez de decretar quien no está en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela y por tanto de excusarse de su desempeño.

Se entiende que renuncia a la excusa: si teniendo a su favor una acepte el cargo o, transcurrido el término de cinco días para la aceptación o no del cargo no propuso sus impedimentos o excusas, según el artículo 906 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

1.4.9. La tutela es un cargo unitario

Para la maestra Montero Duhalt: “significa que ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor o un curador de carácter general definitivos.”³⁵ Sin embargo, los artículos 457 y 455 del Código en estudio dicen que habrá un tutor especial cuando existan intereses contrapuestos de alguno o algunos incapaces sujetos a la misma tutela; y cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio, convenga

³⁴ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 20ª edición, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1981, tomo III, página 625.

³⁵ Montero Duhalth, Sara, op. cit., nota 4, página 364.

separar como cargos distintos el de tutor de la persona y de los bienes. De lo que inferimos que habrá más de un tutor.

1.4.10. La tutela es un cargo remunerado

El derecho del tutor a una retribución sobre los bienes del incapacitado se encuentra contemplado en el artículo 585 del Código Civil multicitado, y podrá fijarla el ascendiente o extraño que conforme a derecho nombre en su testamento, y para los tutores legítimos o dativos la fijará el Juez; en la tutela cautelar la retribución podrá fijarla quien tenga el derecho a designar a su tutor cautelar. Esta retribución será del cinco al diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes, pudiendo aumentarse hasta un veinte por ciento de los productos líquidos, si los bienes del incapacitado tuvieron aumento en sus productos.

No tendrán derecho a remuneración alguna, conforme el artículo 589 del Código Civil para el Distrito Federal: los que hubieren sido separados del cargo y restituirán lo que hubiesen recibido, excepto en los casos de tutela cautelar, y los que contravengan lo dispuesto por el artículo 159 de este mismo Código, el cual previene el caso cuando el tutor contraiga matrimonio con su pupilo, debe obtener dispensa una vez que hayan sido aprobadas las cuentas de administración; tal prohibición es extensiva a los descendientes del curador y tutor.

Esta remuneración se fija sobre los bienes del incapacitado, por lo que en el caso de que el pupilo no cuente con bienes se estará ante la imposibilidad de la fijación de la retribución y por consecuencia de su cobro. Por esta razón no la consideramos como característica de la tutela.

De acuerdo a los razonamientos esgrimidos concluimos que las características generales de la tutela son: cargo de interés público, irrenunciable, temporal, excusable, personalísima, pues no puede delegarse esta representación, cargo unitario o plural de acuerdo a la tendencia de la legislación vigente.

1.5. Sujetos

1.5.1. Sujetos pasivos

a) Mayores de edad incapacitados

De acuerdo a nuestra legislación civil, esta mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos y, sólo a partir de esta edad dispone libremente de su persona y de sus bienes, además requiere que sea incapacitado, lo anterior conforme a lo establecido por los artículos 646, 647 y 24 del Código Civil, así como del artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal.

Para lograr un mayor entendimiento de la incapacidad debemos precisar las diferencias entre discapacidad e incapacidad, opina De la Mata Pizaña lo siguiente: “La discapacidad, es una limitación que tiene una persona que le impide desempeñar actividad normal, y la incapacidad puede o no tomar su origen en una discapacidad pero se requiere que la persona que la sufre no pueda gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismo.”³⁶

Para el maestro Domínguez Martínez: “En general son incapaces todos aquellos sujetos sin condiciones mentales de otorgar actos jurídicos.”³⁷

Respecto de la incapacidad el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, nos dice claramente que tendrán incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.”

³⁶ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto. op. cit., nota 6, páginas 300-301.

³⁷ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general. Personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 12ª edición, México, Porrúa, 2010, página 187.

Esta incapacidad natural y legal está regulada también en el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal que dice: “El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda,...” Y el artículo 451 del mismo código refiere que tienen incapacidad legal los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, para los actos consistentes en enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, necesitan de autorización judicial, y para asuntos judiciales necesitan de un tutor.

Domínguez Martínez define a la incapacidad natural y legal, la primera como: “la situación en la que un sujeto está independientemente de su edad, provocada por una causa permanente o transitoria, como enfermedad mental, vicio o factor parecido, que le impide querer y entender lo que hace; sus actuaciones no son con una voluntad plena sino limitada y por ello ésta no puede crear consecuencias jurídicas sanas.

Otra es la incapacidad legal; esta implica la consideración directa de la ley de que un sujeto no está en condiciones de ese querer y de ese entender, aun cuando en la realidad sí pueda hacerlo; esto acontece con un menor de edad, legalmente incapaz aun cuando sus condiciones mentales sí sean adecuadas para el otorgamiento de cualquier acto jurídico.”³⁸

La distinción entre incapacidad natural y la legal cobra relevancia únicamente en el plano doctrinal. Sin embargo, se encuentra planteada en los artículos 449 al 451 del mismo ordenamiento.

Caer en alguno de los supuestos planteados trae las consecuencias del artículo 23 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal: “La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”

³⁸Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit, nota 37, página 187.

b) Menores de edad

Se refiere indudablemente a aquellos menores de edad no sujetos a la patria potestad, pero el artículo 449 del Código Civil para el Distrito Federal, al regular la representación interina del incapaz en los casos señalados por la ley da lugar a una tutela interina que en el caso del menor puede operar aun cuando esté sujeto a la patria potestad o a una tutela general. Lo que es confirmado por el artículo 440 del mismo Código Civil: “En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso.”

De tales argumentos planteados por los autores citados concluimos que los sujetos pasivos de la tutela siempre van a ser personas físicas incapaces, ya sea por minoría de edad, con el requisito de que no cuenten quien ejerza sobre ellos la patria potestad; o en el caso de mayores de edad que sean incapaces por enfermedad, discapacidad o por cualquier causa que les impida gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

1.5.2. Sujetos activos

El tutor, quien para De la Mata Pizaña y Garzón Jiménez “es la persona, física o moral no lucrativa designada en un testamento, en una escritura pública, o en un escrito especial, por el Juez o por el menor, que cumple por regla general, la triple misión de representar legalmente al pupilo, protegerlo y cuidarlo, así como administrar sus bienes, salvo que esta última función se confiera a otro.”³⁹

El tutor persona física debe de ser sin lugar a dudas, una persona capaz mayor de edad. El tutor persona moral de acuerdo al artículo 475 del Código Civil para el Distrito Federal, refiere que pueden ser tutores testamentarios las personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas con discapacidad intelectual o mental. Regulación con la

³⁹ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, op. cit., nota 6, página 301.

que no estamos de acuerdo porque la tutela está prevista para el incapaz y conforme lo mencionamos con anterioridad este término abarca también la discapacidad ya que la incapacidad puede o no tomar su origen en una discapacidad, sin olvidar que estos incapaces de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla, lo que deja de manifiesto la limitación del artículo 475 al señalar como objeto la discapacidad intelectual y mental.

El Gobierno del Distrito Federal puede ser tutor por medio del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, de menores en situación de desamparo y que no hayan sido acogidos por instituciones de asistencia social, según lo prevé el artículo 494 –A del Código Civil para el Distrito Federal.

Por ello concluimos que el cargo de tutor recae en una persona física capaz, mayor de edad o en una persona moral no lucrativa cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas incapaces, estatuida y regulada conforme la legislación vigente, designado por el menor de edad que cuente con dieciséis años cumplidos; por persona capaz para otorgar testamento; por quien ejerza la patria potestad de los dos que sobreviva en su testamento puede designar tutor para su hijo (s); por ley o por el Juez de lo Familiar, si el menor no ha cumplido dieciséis años de edad. Para realizar las funciones de guarda, protección, cuidado, representación y administración en su caso, de la persona y bienes del pupilo.

1.6. Clases

Para el desarrollo de este punto nos apegaremos a la clasificación hecha por el legislador y plasmada en el artículo 461 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, que dice que la tutela es cautelar, testamentaria, legítima, dativa y de los menores en situación de desamparo, tutelas que serán desarrolladas en el orden citado.

1.6.1. Tutela cautelar

Cárdenas González conceptualiza la autotutela como: "...una institución que organiza la protección integral del futuro del incapacitado, tiene una gran utilidad práctica, da solución al problema de la discapacidad que lastima de manera gradual a la persona, en principio capaz, y que posteriormente resulta incapaz para regular con anticipación la guarda de su persona y la administración de sus bienes en los términos que convenga a sus intereses."⁴⁰

Se encuentra prevista para que pueda ser ejercitado este derecho por una persona capaz para otorgar testamento, quien puede nombrar al tutor o tutores y a sus sustitutos, quienes deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

Este nombramiento se realizará sólo ante notario público en escritura pública.

De acuerdo al artículo 469 Quáter del Código sustantivo mencionado se prevén dos facultades u obligaciones mínimas para el tutor, que podrán contenerse en dicha escritura pública, la primera es que pueda tomar decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado y, la segunda, contempla el derecho del tutor a una retribución en los términos del mismo Código. Estas reglas podrán ser modificadas por el Juez de lo Familiar, a petición del tutor o curador y, a falta de éstos, de los sustitutos nombrados por el Juez tomando en cuenta la opinión del Consejo Local de Tutelas, sólo en el caso que las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado a tal grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado. Por su parte, el artículo 469 Quintus del mismo ordenamiento jurídico, prevé la sanción de perder todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento, a quien se excuse de ejercer la tutela.

⁴⁰ Cárdenas González, Fernando Antonio, *Incapacidad. disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, 3ª edición, México, Porrúa, 2010, página 12.

De lo expuesto podemos extraer lo siguiente: Se regula el derecho de quien en el futuro pueda ser incapaz, a designar de forma voluntaria a su tutor o tutores; no se establecen límites respecto de la persona en quien pudiera recaer dicho cargo, de lo que resulta que puedan ser menores de edad al momento de su designación, pero es lógico pensar siguiendo los lineamientos del propio Código Civil para el Distrito Federal, que al momento de aceptar el cargo deben ser mayores de edad y contar con capacidad; se permite la pluralidad de tutores y sustitutos; se da prioridad al cuidado de la persona, quedando el patrimonio en segundo plano; se regulan situaciones futuras originadas por la afectación directa en la persona, dirigidas a su capacidad o mejor dicho a su probable incapacidad. Reflexiones que desarrollaremos de manera amplia en el siguiente capítulo.

1.6.2. Tutela testamentaria

Para la maestra Montero Duhalt, la tutela testamentaria: “Es la que se confiere por testamento por las personas autorizadas por la ley.”⁴¹

El nombre de esta clase de tutela lo toma de la designación que se hace en el testamento y, de acuerdo a los lineamientos sustantivos pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho e, interpretando en sentido positivo el artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal, están capacitados para testar el que tiene cumplidos 16 años y disfruta de su cabal juicio.

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal, tienen derecho a nombrar tutor testamentario:

- Conforme lo establece el artículo 470, el ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deban ejercer la patria potestad, que de acuerdo al artículo 414 deben ejercerla los padres, y a falta de ambos o por cualquier otra circunstancia prevista en el Código los ascendientes en segundo grado conforme al orden que determine el Juez de lo Familiar;

⁴¹ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 4, página 367.

- El artículo 473 concede este derecho a quien deje bienes al incapaz no sujeto a ninguna patria potestad, pero será tutor únicamente para la administración de dichos bienes;
- De acuerdo al artículo 475, el ascendiente tutor de interdicto, puede nombrarle tutor si el otro ascendiente ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela;
- El artículo 475 Bis va más allá al conceder este derecho al ascendiente que ejerza la patria potestad o tutela de interdicto que por razones médicas se presume que su muerte se encuentra cercana o cierta podrá designar tutor y curador para el pupilo;
- Finalmente, ese mismo derecho se concede al adoptante que ejerza la patria potestad.

Pueden ser tutores testamentarios, las personas físicas o morales, según el artículo 475 del mismo Código, aquellas sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas con discapacidad intelectual o mental. El cargo será unitario conforme lo dispuesto por el artículo 477. Sin embargo, el artículo 473 abre el camino para una tutela plural porque de realizarse el supuesto existiría un tutor testamentario que administre los bienes heredados por el pupilo y otro que se encargaría de la persona del incapaz y del resto de los bienes; de la misma manera hay la posibilidad de una tutela plural, cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y de los bienes.

Por otro lado, llama nuestra atención el siguiente artículo del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

“Artículo 475 BIS.- El ascendiente que ejerza la patria potestad o Tutela de una persona a que se refiere el artículo 450, fracción II, de este Código, que se encuentre afectado, por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presume que su muerte se encuentra cercana o cierta, podrá sin perder sus derechos, designar un tutor y un curador para el Pupilo, prevaleciendo dicha designación a todas

aquellas hechas anteriormente, aun las que se encuentren realizadas en testamentos anteriores. Dicho tutor entrará en su encargo en cualquiera de los siguientes casos:

- a) La muerte del ascendiente;
- b) Discapacidad mental del ascendiente; o
- c) Debilitamiento físico. En este supuesto será necesario el consentimiento del ascendiente.”

Este artículo, mediante el testamento, otorga el derecho de nombrar tutor y curador a su pupilo, a quien ejerce la patria potestad o la tutela de interdicto, y que padezca enfermedad crónica o incurable y se presuma su muerte cercana o cierta. Se está ante la previsión de que ocurra el deceso, sigue latente la preocupación de proteger al pupilo. Sin embargo, para que el tutor designado entre al ejercicio del cargo prevé no sólo la muerte sino que incluye la discapacidad mental y el debilitamiento físico del designante. Recordemos que los requisitos procesales del testamento son que este se abre una vez ocurrido el deceso y abierta la sucesión, en consecuencia, procede únicamente el inciso a) ya que en los dos últimos incisos no podría efectuarse estrictamente la apertura del testamento, por ello, vemos que el testamento no es el instrumento idóneo para hacer la designación.

1.6.3. Tutela legítima

Chávez Castillo, Raúl se pronuncia sobre esta tutela en los términos siguientes: “legítima es la que se ejerce por disposición de la ley” ⁴²

La maestra Montero Duhalt nos dice: “Es la que tiene lugar cuando no existe tutor testamentario o cuando los padres pierden el ejercicio de la patria potestad, a cargo de las personas señaladas directamente en la ley.”⁴³

a) Tutela legítima de los menores.

Los artículos 482 al 485 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, se encargan de la regulación de esta clase de tutela, la cual tiene lugar: Cuando no

⁴² Chávez Castillo, Raúl, *Derecho de familia y sucesorio, curso derecho civil IV*, sin número de edición, México, Porrúa, 2009, página 107.

⁴³ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 4, página 371.

hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario o, cuando por causa de divorcio deba nombrarse un tutor, y añade el artículo 485 Bis del mismo ordenamiento legal, que cuando no haya tutor cautelar, ni testamentario o, cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos.

Son llamados a ejercer el cargo: los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas y; por falta o incapacidad de éstos a los demás colaterales, dentro del cuarto grado. El Juez podrá alterar este orden atendiendo al interés superior del menor.

Cuando hubiese varios parientes del mismo grado el Juez goza de amplias facultades para designar al más apto.

Si el menor tiene dieciséis años él hará la elección.

También se nombrará tutor legítimo cuando habiendo tutor no pueda ejercer el cargo temporal o permanentemente y siempre y cuando no se haya instituido tutor sustituto.

b) Tutela legítima de los mayores de edad incapacitados.

Regulada en los artículos 486 al 491 del Código Civil para el Distrito Federal. Son llamados a ejercer el cargo:

- Del cónyuge interdicto, la ejercerá el otro cónyuge;
- Del padre o madre soltero, corresponde a los hijos mayores de edad y, en el caso de haber dos o más hijos tendrá preferencia el que viva con el padre o madre y, de haber varios en el mismo caso el Juez elegirá al que le parezca más apto;
- De los hijos solteros, serán tutores sus padres cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar el cargo, mediante acuerdo decidirán quién de los dos lo ejercerá;

- A falta de tutor testamentario y de las personas indicadas ejercerán la tutela sucesivamente los abuelos, hermanos del incapacitado y demás colaterales dentro del cuarto grado observándose que de haber varios parientes en el mismo grado el Juez hará la elección de quien le parezca el más apto.

1.6.4. De la tutela de los menores en situación de desamparo

Para Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro: “Es la tutela institucional, esto es, la tutela por ministerio de ley que ejercen las instituciones autorizadas para acoger a los menores con carácter de expósitos o abandonados (menores que no tienen una residencia estable, como el caso de los llamados niños de la calle), con el objeto de darles protección inmediata y velar por sus derechos, reconociendo su libertad de integrarse a instituciones, organizaciones y hogares provisionales y el derecho a ser adoptados.”⁴⁴

La situación de desamparo es definida y tratada por el Código Civil para el Distrito Federal en los términos siguientes:

“Artículo 492.- La ley coloca a los menores en situación de desamparo bajo la tutela de la institución autorizada que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones previstas para los demás tutores.

Se entiende por expósito, al menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

Se considera como situación de desamparo, la que se produce de un hecho a causa de la imposibilidad, del incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la patria potestad, tutela o custodia de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia material o moral; ya sea en carácter de expósitos o abandonados.

El acogimiento tiene por objeto la protección inmediata del menor, si éste tiene bienes, el Juez decidirá sobre la administración de los mismos.

⁴⁴ Baqueiro Rojas, Edgar, *Derecho de familia*, 2ª. edición, México, Oxford, 2009, página 293.

En todos los casos, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al Ministerio Público Especializado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, quien después de realizar las diligencias necesarias, en su caso, lo pondrá de inmediato bajo el cuidado y atención del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.”

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, ejercerá la tutela de los menores que no hayan sido acogidos por instituciones de asistencia social. Pero integrará a los menores en los espacios residenciales de instituciones u organizaciones civiles previamente autorizadas, con el fin de garantizar sus derechos de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento.

Los responsables de las casas de asistencia privada u organizaciones civiles previamente autorizadas ejercerán la tutela de los menores en situación de desamparo. En el caso de menores que hayan sido objeto de violencia familiar, sólo tendrán los cuidados y atención de los menores hasta en tanto se defina la situación legal de éstos.

El Gobierno del Distrito Federal, a través del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, ejercerá la tutela de los menores en situación de desamparo.

Para poder cumplimentar esta función el DIF-DF contará con un Comité Técnico interinstitucional e interdisciplinario cuyas funciones serán:

- Vigilar y garantizar el respeto de los derechos del menor.
- Verificar que se aplique en cualquier circunstancia el interés superior del menor.
- Adoptar medidas necesarias para la protección, cuidado y atención del menor.
- Intervenir cuando tenga noticia de un menor en situación de desamparo, dando aviso al Ministerio Público, en las diligencias respectivas para que el menor quede bajo el resguardo del DIF-DF.

Ahora bien, cuando el DIF-DF tenga conocimiento que un menor se encuentra en situación de desamparo, practicará la diligencia de acogimiento

respectiva con la participación del Comité Técnico mencionado, dando aviso en el acto al Ministerio Público Especializado; quien después de realizar las diligencias necesarias, lo pondrá de inmediato bajo el cuidado y atención de dicha institución. Además el DIF-DF realizará las acciones siguientes:

“Artículo 494-C.-...

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, adoptará todas las medidas necesarias para la atención, protección y tratamiento para el ejercicio pleno de sus derechos de acuerdo a las necesidades específicas y edad del menor, procurando siempre y en todo momento el sano desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, dando prioridad a los menores con problemas de adicción a estupefacientes, sustancias psicotrópicas y alcoholismo.

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, realizará las acciones de prevención y protección a menores para incorporarlos al núcleo familiar, hogares sustitutos o en espacios residenciales adecuados para su formación e instrucción, y garantizará en todo momento su situación jurídica conforme a lo previsto en este Código.

El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, tendrá legitimación para, en su caso, promover ante el Juez de lo Familiar las acciones correspondientes a resolver la situación definitiva del menor, dentro del término de 10 días contados a partir de aquel en el que el Comité Técnico Interinstitucional e Interdisciplinario emitirá el dictamen técnico correspondiente, ateniendo a las circunstancias de cada caso en el plazo que señale el reglamento.

La asunción de la tutela atribuida al Gobierno del Distrito Federal, en términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lleva consigo la suspensión provisional de la patria potestad y la tutela ordinarias; no obstante serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.”

“Artículo 494-D.- El Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, integrará a los menores que permanezcan bajo su cuidado y atención, en los espacios residenciales de instituciones u organizaciones civiles, previamente autorizados que se destinen para tal efecto con el fin de garantizar sus derechos de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento en áreas especializadas que aseguren su desarrollo integral, de conformidad con el reglamento.

Se buscará siempre el interés superior del menor y se procurará cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia.”

“Artículo 494-E.- En el caso de que exista oposición de parte legítima después de efectuados los actos comprendidos en este capítulo, se reservará el derecho al opositor para que lo haga valer en la vía y forma que corresponda ante el Juez de lo Familiar.”

En éstos artículos citados se aprecia como común denominador la atención y protección integral del adolescente en sus diversos aspectos: entendiendo que se debe priorizar la salud física y mental, a proveer al menor de la alimentación, educación, sano esparcimiento y el aspecto jurídico.

1.6.5. Tutela dativa

La maestra Montero Duhalt emite el concepto siguiente: “La tutela dativa es la que surge a falta de la testamentaria y de la legítima, y la que corresponde a los menores emancipados para casos judiciales. Surge también la tutela dativa cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados por la ley para cumplirlo.”⁴⁵

El artículo 495 del Código Civil para el Distrito Federal menciona que esta tutela tiene lugar cuando no existe tutor cautelar, ni testamentario, ni legítimo o, cuando habiéndolo no pueda temporal o permanentemente ejercer el cargo y no hayan sido nombrados tutores sustitutos y no exista ningún pariente de los designados en el artículo 483 de este mismo Código, el cual habla que la tutela legítima corresponde a los hermanos y a falta o incapacidad de ellos a los colaterales, dentro del cuarto grado.

Por otra parte, tienen derecho a nombrar a su tutor:

- El menor que ha cumplido dieciséis años, con la confirmación del Juez de lo Familiar, quien podrá reprobala con justa causa, pero para reprobare las ulteriores designaciones oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas; de no aprobarse el Juez nombrará tutor.

⁴⁵ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 4, páginas 373 – 374.

- El Juez de lo Familiar, si el menor tiene menos de dieciséis años, de entre las personas que figuren en la lista anual formada por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien cuidará que quede comprobada la honorabilidad del tutor.

Será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado, quien tiene la libre administración de sus bienes, pero necesitará de tutor para negocios judiciales.

Rendón Ugalde agrega que “...son candidatos para tutores dativos el Gobierno del Distrito Federal, a través del titular del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal...” Confirma lo anterior al decir que: “Por lo que se refiere a expósitos o abandonados, la tutela siempre recaerá en el Gobierno del Distrito Federal, siempre y cuando no hayan sido acogidos por un particular o por instituciones de asistencia social, no siendo necesario el discernimiento del cargo”⁴⁶

1.7. Órganos de la tutela

1.7.1 Tutor

Es el órgano más importante de todos, y de acuerdo a las reformas recientes que ha sufrido el Código Civil para el Distrito Federal puede ser tutor la persona física o moral que no tenga fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas con discapacidad intelectual o mental.

1.7.1.1. Derechos del tutor

El artículo 585 del Código Civil para el Distrito Federal, establece el derecho del tutor a la retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos y dativos la fijará el Juez, en la tutela cautelar podrá fijarla quien designe a su tutor.

⁴⁶ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, op. cit., nota 5, página 67.

La retribución en el caso de que el cargo sea ejercido por dos tutores se dividirá por partes iguales, salvo pacto en contrario, que debe ser autorizado judicialmente.

El monto de la retribución conforme al artículo 586 del Código Civil para el Distrito Federal, será del cinco al diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes, esta cantidad podrá aumentarse hasta un veinte por ciento de los productos líquidos, en el caso que los bienes del incapacitado tuvieren aumento en sus productos, debido exclusivamente a la industria y diligencia del tutor, con el requisito que establece el artículo 588 del cuerpo legal citado, consistente en que por lo menos en dos años consecutivos haya obtenido la aprobación absoluta de sus cuentas.

No tendrán derecho a remuneración alguna: excepto en los casos de tutela cautelar, el tutor o tutores que fuesen separados del cargo y; el tutor que contraiga matrimonio con su pupilo sin la dispensa, abarca esta prohibición al curador y a los descendientes de ambos. Además restituirán lo que por este título hubiesen recibido. Si sólo uno fuese separado, el otro recibirá la totalidad de la retribución.

Por su parte, el artículo 599 del mismo Código, instituye la indemnización para el tutor, según el prudente arbitrio del Juez, del daño que haya sufrido por causa de la tutela y en desempeño necesario de ella, cuando no haya intervenido de su parte culpa o negligencia.

De los artículos citados, se entiende que el principal derecho del tutor es el de retribución, sin embargo, en el caso de la tutela de la persona que carezca de bienes, o que cuente con aquellos que sean necesarios para su subsistencia, se estará ante la imposibilidad de obtener esa retribución.

1.7.1.2. Obligaciones del tutor

De conformidad con el artículo 577 del Código Civil para el Distrito Federal, el tutor tiene respecto del menor, las mismas facultades que el artículo 423 de este

ordenamiento jurídico le concede a los ascendientes, es decir las de corregir y observar una conducta que sirva a los menores como ejemplo.

Las obligaciones del tutor se detallan en el artículo siguiente del Código Civil señalado:

“Artículo 537.- El tutor está obligado:

I. A alimentar y educar al incapacitado;

II. A destinar, de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos;

III. A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el Juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad;

El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;

IV. A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años;

La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;

V. A representar al incapacitado en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;

VI. A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.”

De lo que se observa que existen obligaciones del tutor derivadas del cuidado de la persona del pupilo y/o de sus bienes que serán tratadas en los siguientes apartados. La reglamentación respecto de los bienes es más extensa por obvias razones, sin embargo, el estudio de la tutela en el cuidado de la persona ha adquirido mayor importancia como lo demuestran las reformas de fechas 25 de mayo de 2000, relativas a las obligaciones del tutor, a la alimentación, educación y asistencia y la reforma de fecha 15 de mayo de 2007 referente a la tutela cautelar.

a) Obligaciones del tutor derivadas del cuidado de la persona del pupilo

Encontramos su regulación en los artículos 537 al 547 del Código Civil, en términos generales son: Los gastos de alimentación, educación y asistencia del pupilo, los cuales deben regularse de manera que nada necesario le falte, según sus requerimientos y su posibilidad económica. Cuando el tutor entre al ejercicio de su cargo, el Juez fijará con audiencia de aquél, la cantidad que haya de invertirse en éstos rubros y, podrá ser alterada de acuerdo al aumento o disminución del patrimonio y otras circunstancias.

La educación del pupilo debe ser integral, pública o privada y en su caso especializada. Tendrá como propósito que el pupilo pueda ejercer una carrera, oficio o actividad que elija, incluyendo la habilitación o rehabilitación en caso de presentar alguna discapacidad. Si el tutor incumple con esta obligación el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público o el menor, deben ponerlo en conocimiento del Juez para que tome las medidas encaminadas a su cumplimiento.

Los gastos de alimentación serán cubiertos en el orden siguiente: Con las rentas de los bienes del pupilo, y si no alcanzan el Juez decidirá si ha de ponerse a aprender un oficio o adoptarse otro medio para evitar la enajenación de los bienes.

Tratándose de menores o mayores de edad incapaces cuyos medios sean insuficientes, el tutor ejercitará acción contra los parientes que tengan la obligación de proporcionar alimentos, misma acción que tendrá el curador en el caso de que el tutor sea deudor alimentario. De no contar con estos parientes o que teniéndolos no pudieren hacerlo, el tutor con autorización del Juez de lo Familiar, quien oirá el parecer del curador y el Consejo Local de Tutelas, pondrá al tutelado en una institución de asistencia social pública o privada. De no ser posible, procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, con la obligación de alimentarlo y educarlo. Los incapacitados indigentes que no tengan

parientes o teniéndolos no puedan proporcionar los alimentos ni sean colocados en las instituciones de asistencia social, serán alimentados y educados a costa de las rentas públicas del Distrito Federal y, en el caso de existir parientes obligados a dar alimentos el Ministerio Público tendrá la acción para que rembolsé al Gobierno los gastos que hubiere efectuado.

Otra obligación del tutor es presentar al Juez de lo Familiar en enero de cada año un informe sobre el desarrollo de la persona sujeta a tutela, y tratándose de los incapaces previstos en la fracción II del artículo 450 del Código sustantivo, presentará un certificado de dos médicos psiquiatras, que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción.

b) Obligaciones del tutor con relación a los bienes

Consideramos conveniente la clasificación que diversos autores hacen de los actos del tutor en obligatorios, prohibidos y los que requieren de autorización judicial.

1. Actos obligatorios

Además de lo citado en el artículo 537 transcrito anteriormente el Código Civil para el Distrito Federal incluye las siguientes: A prestar garantía antes de que se le discierna el cargo. La caución consistirá: en hipoteca o prenda; fianza y; cualquier otro medio suficiente autorizado por la ley. Dicha garantía se cancelará cuando sean aprobadas las cuentas según lo estipulado por el artículo 604 del ordenamiento citado.

La obligación de hacer inventario no puede ser dispensada y mientras este no estuviera formado se limitará la tutela a los actos de mera protección de la persona y conservación de los bienes.

Otro acto obligatorio es el relativo a fijar la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración, así como el número y sueldos de los dependientes necesarios; hará la inversión dentro del mes siguiente a su obtención, del dinero sobrante que resulte una vez cubiertas las cargas y atenciones de la tutela.

También existe la obligación para el tutor de rendir cuenta detallada de su administración en enero de cada año, de no hacerlo dentro de los tres meses siguientes a esta fecha motivará su remoción; de igual manera, el tutor tiene la obligación de rendir cuentas generales de la tutela en el término de tres meses, contados desde el día en que fenezca el cargo, dicho plazo podrá prorrogarse hasta por tres meses más, por circunstancias extraordinarias.

Finalmente, encontramos la obligación del tutor, al concluir el cargo, de entregar todos los bienes y documentos del pupilo, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada.

2. Actos prohibidos

Tratándose de bienes el legislador impone lo siguiente: cuando el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a la administración sin que antes se nombre curador, excepto cuando se trate de menores en situación de desamparo y éstos tengan bienes el Juez decidirá sobre la administración de los mismos. Pero si el tutor contraviene esta prohibición, será responsable de daños y perjuicios y será separado de la tutela; sin embargo, ningún extraño puede rehusarse a tratar con él judicial o extrajudicialmente. Artículos 535 y 536 del Código Civil para el Distrito Federal.

Otros actos prohibidos son, los de no enajenar o gravar los bienes inmuebles, ni los derechos anexos a ellos, ni los muebles preciosos, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad para el pupilo debidamente justificada y previa a la confirmación del curador y la autorización judicial.

De igual manera el tutor tiene prohibido hacer donaciones a nombre del incapacitado.

3. Actos con autorización judicial

El artículo 537, fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal establece: “El tutor está obligado:...VI.- A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.”

Entre esos actos que requieren autorización judicial, encontramos los siguientes:

En ese orden de ideas es de indicar que el tutor no puede contraer matrimonio con su pupilo, salvo que solicitara dispensa al Juez de lo Familiar y este lo autorice; de igual manera, el tutor necesita de autorización judicial para hacer gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación, a excepción de los gastos médicos urgentes del pupilo, los cuales deberán comprobarse y detallarse en el informe sobre el desarrollo de la persona sujeta a tutela.

El tutor requiere de la autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles, derechos anexos a los mismos o muebles preciosos del menor; de igual autorización necesita el tutor para arrendar los bienes del incapacitado por más de cinco años.

1.7.1.3. Excusas para ser tutor

El Código Civil para el Distrito Federal, enumera quienes pueden excusarse de ser tutores en el siguiente artículo:

“Artículo 511.- Pueden excusarse de ser tutores:

- I. Los servidores públicos;
- II. Los militares en servicio activo;
- III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
- IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;
- VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;
- VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;
- VIII. Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.”

Se entiende por renunciada la excusa, si acepta el cargo o no ejercita el impedimento o excusa dentro del término de cinco días fijado en el artículo 906 del

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y disfrutará de un día más por cada cuarenta kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del Juez competente. En el caso de que el impedimento o excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, el término correrá desde el día en que el tutor conoció el impedimento o la causa legal de la excusa. El tutor debe proponer su impedimento o excusa. Si tuviere dos o más excusas debe proponerlas simultáneamente, si propone una sola se tendrán por renunciadas las demás. Mientras que se califica el impedimento o excusa el Juez nombrará tutor interino.

Se establece la sanción para el tutor legítimo y el tutor que sin excusa o desechada esta no desempeñe el cargo, de perder el derecho a heredar del incapacitado que muera intestado y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia se hubiera ocasionado. El tutor testamentario que se excuse perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador.

Otros sujetos que pueden hacerse acreedores a responsabilidad por daños y perjuicios son los herederos o ejecutores testamentarios del tutor, el tutor de aquel, que estando en funciones de tutor, haya sido declarado en estado de interdicción si incumplen con la obligación de dar aviso al Juez de lo ocurrido.

1.7.1.4. Personas inhábiles para el desempeño de la tutela y de las que deban ser separadas

Se transcribe el artículo que contiene los supuestos sobre quienes no pueden ser tutores:

“Artículo 503.- No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;

III.- Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;

IV.- Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;

- V.- El que haya sido condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso;
- VI.- Los que no tengan un modo honesto de vivir;
- VII.- Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado;
- VIII.- Los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del Juez, a no ser que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento;
- IX.- Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del Consejo Local de Tutelas;
- X.- El que no esté domiciliado en el lugar en que deba ejercer la tutela;
- XI.- Los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;
- XII.- El que padezca enfermedad que le impida el ejercicio adecuado de la tutela; y
- XIII.- Los demás a quienes lo prohíba la ley.”

Serán separados de la tutela: Los que sin caucionar su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela; quien se conduzca mal en su desempeño respecto de la persona o en relación a la administración de los bienes; los tutores que no exhiban los certificados médicos ni rindan sus informes y cuentas dentro de los términos fijados; el que contraiga matrimonio con su pupilo sin obtener dispensa; el que se ausente por más de tres meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela; y el tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso, en contra de la persona sujeta a tutela. Tienen derecho de promover la separación el Ministerio Público y los parientes del pupilo.

1.7.1.5. Remoción del tutor

Tendrá lugar en los casos siguientes:

- Cuando el tutor compre, de en arrendamiento bienes del incapacitado o celebre contrato respecto de sus bienes, para sí, sus ascendientes, su cónyuge, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. A menos que el tutor o sus parientes sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado.

- En caso de maltrato, de negligencia en los cuidados debidos del incapacitado o respecto de la administración de sus bienes, podrá ser removido a petición del curador, de los parientes del incapacitado, del Consejo Local de Tutelas o del Ministerio Público.
- Cuando el tutor no cumpla con la obligación de rendir al Juez cuenta detallada de su administración, en enero de cada año y a más tardar dentro de los tres meses siguientes.

1.7.2 Curador

Como regla general, todo individuo sujeto a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además de tutor tendrán un curador, excepto en los casos de tutela de los menores en situación de desamparo que son acogidos por instituciones autorizadas. La curatela podrá recaer en personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas a que se refiere el artículo 450, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal. En ningún caso la tutela y la curatela podrán recaer en la misma persona.

1.7.2.1 Tienen derecho de nombrar curador

Los que tienen derecho a nombrar tutor, también tienen el derecho de nombrar curador; así mismo, designará por sí mismo al curador, con aprobación judicial, el menor que ha cumplido dieciséis años; los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, en el caso previsto en la fracción II del artículo 643, que refiere que el menor deberá tener tutor para negocios judiciales en lo que concierne a la libre administración de sus bienes y; finalmente, el artículo 625 del Código expresa que en todos los demás individuos sujetos a tutela el curador será nombrado por el Juez.

Los curadores, pueden ser interinos o definitivos, serán interinos cuando a un menor se le nombre un tutor interino, si no lo tuviere definitivo, o si teniéndolo se halla impedido; habrá curador interino cuando exista oposición de intereses de alguno o algunos de los incapaces sujetos a la misma tutela; igualmente será

interino el curador, en los casos de impedimento, separación o excusa del nombrado, mientras se decide el punto.

1.7.2.2. Obligaciones del curador

El artículo 626 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que el curador está obligado: 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; a vigilar la conducta del tutor y a poner en conocimiento del Juez todo aquello que considere que puede ser dañino al incapacitado; a dar aviso al Juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela; a cumplir las demás obligaciones que la ley le señale. El artículo 627 del Código Civil, dispone que quien no cumpla con el artículo anterior, será responsable de los daños y perjuicios que resultaren al incapacitado.

Es también obligación del curador y del Consejo Local de Tutelas, vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor o de los bienes entregados en prenda, en caso de deterioro o menoscabo dará aviso al Juez para que, si es notable la disminución del precio, se exija al tutor que asegure con otros bienes los intereses que administra.

Las funciones del curador cesarán cuando el incapacitado salga de la tutela; pero continuará en ella cuando sólo exista variación en las personas de los tutores. Se contempla el derecho de ser relevado de la curaduría, pasados diez años desde que se encargó.

1.7.3 Consejo Local de Tutelas

Es un órgano de vigilancia y de información. En cada demarcación territorial del Distrito Federal habrá un Consejo Local de Tutelas, dependientes de la Jefatura de Unidad Departamental de los Consejos Locales de Tutelas, Dirección Ejecutiva de Asuntos Jurídicos del DIF-DF, ubicada en Prolongación Xochicalco número 1000, Edificio B. 2º piso, Colonia Santa Cruz Atoyac, Delegación Benito Juárez, de esta ciudad. Cada Consejo Local se conforma por un presidente y dos

vocales, quienes durarán un año en el ejercicio de su cargo, serán nombrados en el mes de enero de cada año, por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o por quien él autorice al efecto o por los Jefes Delegacionales, según el caso, procurando que los nombramientos recaigan en personas que tengan un modo honesto de vivir y que se hayan destacado por su interés en la protección de los menores.

Las obligaciones principales del Consejo Local de Tutelas están contenidas en el artículo 632 del ordenamiento local citado y son: Formar la lista de las personas de la localidad que puedan desempeñar la tutela, quienes contarán con aptitud legal y moral, deberán remitirla a los Jueces de lo Familiar, para que de entre ellas se nombren a los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al Juez; velar que los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación y asistencia, dando aviso al Juez de lo Familiar de las faltas u omisiones que notare; avisar al Juez de lo Familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes; investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos; cuidar que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537, consistente en destinar, de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivadas de éstas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la Ley General de Salud y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos. Finalmente, como última obligación del Consejo, se encuentra la de vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma.

1.7.4 Juez de lo Familiar

Es la autoridad encargada exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una supervigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes.

Mientras que se nombra tutor, el Juez de lo Familiar debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses.

1.8. Suspensión de la tutela

El artículo 494-C, último párrafo del Código Civil indica: “La asunción de la tutela atribuida al Gobierno del Distrito Federal, en términos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, lleva consigo la suspensión provisional de la patria potestad y la tutela ordinarias; no obstante serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él.”

Motivará también que quede suspendido en el ejercicio de su encargo, el tutor que fuere procesado por cualquier delito, desde el auto que motive la prisión hasta la sentencia irrevocable. Y conforme al artículo 510 del mismo ordenamiento jurídico, absuelto el tutor volverá al ejercicio de su cargo. Pero si la pena impuesta no lo inhabilita para el desempeño del cargo y no excede de un año de prisión, al extinguir su condena volverá al cargo.

1.9. Extinción de la tutela

El artículo 606 regula dos causas de extinción de la tutela:

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

Evidentemente la muerte del tutor origina la extinción del cargo ya que éste no se transfiere a sus herederos.

También termina por excusa para el desempeño de la tutela o bien por renuncia o remoción del cargo.

CAPÍTULO II. TUTELA CAUTELAR

En nuestra legislación nacional esta figura jurídica fue incorporada por primera vez en el año de 1994 por el Estado de Morelos, y es hasta el 15 de mayo de 2007 cuando se adiciona esta clase de tutela al Código Civil para el Distrito Federal.

2.1. Denominación

Los nombres que las diversas legislaciones en nuestro país han concedido a esta clase de tutela han sido diversos tales como tutela preventiva, por el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos; tutela voluntaria, por el Código Civil del Estado de México y la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo; tutela cautelar, por el Código Civil para el Distrito Federal; tutela autodesignada, por el Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, Código Civil para el Estado de Guanajuato, Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, Código Familiar del Estado de Zacatecas y el Código Civil para el Estado de Baja California, Código Civil para el Estado de Nayarit, Código Civil del Estado de Durango y Código Civil del Estado de Chihuahua; tutela autoasignada, por el Código de Familia para el Estado de Sonora y el Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí. La doctrina aporta el término de autotutela, utilizado por Eloy Sánchez Torres. De lo que se advierte que aún no se han puesto de acuerdo en su denominación. Al respecto hacemos las siguientes consideraciones:

La prevención se utiliza antes de presentarse una situación, en este caso la incapacidad, pero, recordemos que la regulación actual de esta tutela se encuentra sujeta a las reglas para el testamento, y por consiguiente existe la posibilidad de que el incapaz en un intervalo de lucidez pueda designar a su tutor cautelar, lo que deja sin efectos la prevención, pues ya se está ante una situación actual. Además, es certero que la prevención es lo que motiva la designación del tutor cautelar pero es sólo uno de los elementos que integran la totalidad del acto jurídico, por lo que no consideramos adecuado el empleo de este término.

Por tutela voluntaria, es clara esta denominación al incluir en ella el principio que la rige, que es la voluntad del emitente; tal expresión es propuesta por José Ángel Villalobos Magaña en el proyecto del Código Civil para el Distrito Federal presentado a la Asamblea Legislativa de la Ciudad en 1998; a él se adhiere Rendón Ugalde.⁴⁷

Cabe en este punto la siguiente reflexión: Ninguna persona desea estar sometida a una tutela, por ello podemos afirmar que no existe una tutela voluntaria; sin embargo, la incapacidad puede presentarse en cualquier persona y por consecuencia quedará sujeta a esta figura jurídica; lo que si deseamos y donde puede intervenir la voluntad es en la designación del tutor y de manera opcional se tiene el derecho de establecer las disposiciones que afectarán a su persona y/o bienes en el caso de caer en incapacidad. Por otro lado, no debemos confundir el principio que regula a esta tutela con la institución misma.

La denominación de cautelar no la consideramos correcta al ser este un término utilizado por el ramaje jurídico, como en el derecho civil o incluso por el derecho penal, ejemplo de ello es la medida cautelar. Por lo tanto, es un concepto muy amplio que no define nuestra institución.

El término autotutela es introducido por Eloy Sánchez Torres en 1928. Es entendido por Rovira Sueiro, María E. Profesora. Titular de Derecho Civil de la Universidad de Coruña como: “el negocio jurídico por el que una persona designa a quien quiere que le asista o supla en el supuesto de incurrir en una causa de incapacidad, así como el régimen jurídico de dicha asistencia y constituye, a nuestro juicio, junto con los poderes preventivos o de autoprotección, el instrumento con el que mejor se puede hacer frente a una futura incapacidad.”⁴⁸

La definición anterior incluye la designación propia del asistente o de quien lo supla en el caso de incurrir alguna causa de incapacidad, lo que únicamente

⁴⁷Rendón Ugalde, Carlos Efrén, op. cit., nota 5, páginas 142 - 143.

⁴⁸ Rovira Sueiro, María E, “La autotutela”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, editado por Galicia Innovación y Universidad de Coruña, 2004, No. 8, página 743.

confirma nuestra afirmación, consistente en la designación del tutor como fin que persigue esta clase de tutela. Incluye también el régimen jurídico de asistencia, situación que en nuestro Código Civil es opcional, como a continuación se explica.

La denominación de tutela autodesignada, la consideramos más adecuada porque contiene el fin principal de esta clase de tutela, consistente en la designación voluntaria del tutor cautelar, afirmación que encuentra sustento en el artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal que dice: Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y en su caso de su patrimonio, en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450 del ordenamiento antes citado y establece de manera optativa el derecho de dictar las facultades y obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, con lo que reafirma el derecho a designar al propio tutor. Recordemos que este derecho se consagra en el artículo 496, para quien tenga 16 años de edad designará a su tutor dativo, con la confirmación del Juez de lo Familiar; Sin embargo, este derecho no existía de la forma en que ahora se encuentra regulado.

Respecto a la capacidad para testar el maestro Gutiérrez y González dice que: “Toda persona física es capaz de testar, menos aquella a la cual la ley se lo prohíba.”⁴⁹

La respuesta que da el autor a la interrogante de la capacidad para testar de las personas de 16 años es la siguiente: “...la ley permite que el menor de 18 años y desde los 16 pueda testar, y disponer de sus bienes, es porque esa disposición no le acarrea ningún detrimento o afectación a su patrimonio, pues tal disposición sólo podrá surtir efectos después de que el testador haya fallecido.

Si a un menor de 18 años se le dejara disponer en vida de sus bienes, por su inexperiencia podría originarse detrimento patrimonial pecuniario irreparable, pero si aún no teniendo esa edad se dice que dispone de ellos, pero tal

⁴⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho sucesorio. Inter vivos y mortis causa*, 6ª edición, México, Porrúa, 2006, página. 158.

disposición sólo podrá surtir efectos cuando él haya muerto, entonces la verdad es que no se le podrá causar ningún detrimento, y de ahí que la ley estimó que a un menor de 18 y desde los 16 años, se le pueda permitir que disponga de sus bienes por testamento.”⁵⁰

El maestro De Ibarrola, en relación a la capacidad para testar manifiesta:

“La existencia de una voluntad inteligente y libre, dueña de sí y segura de lo que está haciendo, es necesaria para todos los actos jurídicos; pero en los casos de testamentos y donaciones la ley es particularmente exigente...

La capacidad para testar no significa ciertamente ni la libertad para hacer entrar en el contenido del testamento toda disposición imaginable que tendría su correspondencia con la libertad contractual, ni el derecho de declarar la última voluntad en cualquier forma arbitraria. En la actualidad la mayoría de los códigos vincula la efectividad de las últimas voluntades a la observancia de ciertas formas que ciertamente se encuentran hoy naturalmente simplificadas.”⁵¹

Las prohibiciones para testar, comenta el mismo autor, responden a tres razones: “a) siendo el testamento un acto de voluntad, no puede realizarlo quien no la tenga plena, o quienes no la tengan en grado suficiente...b) Siendo el testamento un acto emanado de la personalidad, la ley exige determinada edad para el acto. Artículo 1,306: Están incapacitados para testar: I. Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad...Se toma en cuenta siempre que el menor no puede realizar actos en contra de sí mismo, pero que el testamento no lo puede perjudicar ...en realidad...”⁵²

2.2. Concepto

Fernando Antonio Cárdenas González la define como: “La tutela autodesignada o autodelación de la tutela, constituye un derecho de la persona

⁵⁰ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., nota 49, página 159.

⁵¹ De Ibarrola, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 16ª edición, México, Porrúa, 2008, página 689.

⁵² *Ibidem*, página 690.

física mayor de edad, en pleno ejercicio de sus derechos para dejar previstos los medios de protección de su tutela en una situación que le impida gobernarse por sí; es decir, regular con plena autonomía lo referente al cuidado de su persona y la administración de sus bienes, nombrando para ello a su tutor, otorgarle facultades para cumplir su función, estableciendo un sistema de control y vigilancia para el buen desempeño de la tutela. Se trata de un nuevo negocio jurídico unilateral.”⁵³

La definición del autor es de suma importancia porque contiene en él elementos importantes, como la mayoría de edad, la cual inicia a los dieciocho años; pone en primer término que se dejen previstos los medios de protección.

Rodrigo Sánchez Fernández define la designación de tutor en previsión de la propia incapacidad, tutela cautelar, autotutela o autodelación de la tutela como: “...el acto jurídico unilateral revocable, por medio del cual una persona capaz, nombra tutor y su correspondiente sustituto, o excluye de manera expresa a determinada persona del ejercicio de la tutela que pudiere corresponderle, en previsión de algún accidente, enfermedad o vejez, que traiga como consecuencia la incapacidad.”⁵⁴

Por su parte, en el Código Civil para el Distrito Federal a través de los artículos 469 Bis y 469 Ter se proporcionan los elementos característicos de la tutela cautelar, entre ellos destacan: El reconocimiento del derecho de designar a su propio tutor, la prevención de la incapacidad; para que se encargue del cuidado de la persona y, en su caso, de su patrimonio y, de manera opcional se encuentra reglamentado en el artículo 469 Quáter del mismo Código, el poder establecer las facultades y obligaciones a las que se sujetará la administración del tutor relativas al tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado y a la remuneración del tutor. Tal nombramiento sólo podrá realizarse en escritura pública.

⁵³ Cárdenas González, Fernando Antonio, op. cit., nota 40, página 13.

⁵⁴ Sánchez Fernández, Rodrigo, *Designación de tutor en previsión de la incapacidad*, Tesis profesional, Universidad La Salle, México, 1999, página 104.

Destaca entre éstos elementos enumerados, la incapacidad, por ello se anota lo siguiente: La incapacidad, para Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro es: “Falta de aptitud jurídica para realizar actos jurídicos por uno mismo; es decir, para ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo, pudiendo hacerse a través de su representante (padres o tutores).”⁵⁵

Galindo Garfias nos dice: “No estarán sujetos a la tutela los ciegos, los paralíticos y los ancianos aunque sean incapaces de gobernarse por sí mismos; pues mientras esos defectos no trasciendan a la inteligencia, no podrán aplicarse las disposiciones del artículo 450 de nuestro Código Civil, el cual es de interpretación estricta y no extensiva, es decir únicamente aplicable a los casos de incapacidad en ella previstos.”⁵⁶

Marta Chimeno Cano cita la STS Sala 31-12-1991 (RJ 1991, 9483) de España, para referirse al autogobierno, es entendido como: “la capacidad que tiene la persona para velar por sí misma, por sus intereses y para ejercer con responsabilidad sus derechos y deberes sociales. Cuando la enfermedad o deficiencia psíquica alcanza un grado tal que limita esa capacidad de la persona, entonces nos encontramos, indiciariamente, ante una pérdida de autogobierno.”⁵⁷

La conceptualización de la tutela cautelar se ajusta a los elementos esenciales de la tutela en general, por tanto no podemos dejar de decir que es una institución jurídica que tiene por objeto la representación, guarda y protección del incapaz, así como, de darse el caso de sus bienes.

Tomando en cuenta lo expuesto por los autores citados se propone la presente definición: La tutela cautelar es una institución jurídica a través de la cual quien tenga dieciséis años, en pleno uso de sus facultades mentales, designa a su

⁵⁵ Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho sucesorio*, sin número de edición, México, Oxford, Colección Textos Jurídicos Universitarios, página 48.

⁵⁶ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, página 715.

⁵⁷ Chimeno Cano, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, 2ª. edición, Navarra, Thomson Aranzadi, S. A., 2004, página 44.

tutor o tutores, y si lo desea a sus sustitutos, para que se encarguen del cuidado de su persona y, en su caso, de su patrimonio, en el supuesto de llegar a ser incapaz; podrá dictar disposiciones de carácter general y/o específico que afectarán su ámbito personal y patrimonial, las cuales deberán sujetarse a las reglas de la materia que corresponda, Tal designación surtirá sus efectos en el caso que llegare a ser incapaz conforme las reglas de la tutela.

2.3. Objeto

La tutela para la maestra Montero Duhalt: “tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad.”⁵⁸

Para Chávez Asencio: “La tutela tiene un triple objeto. El primero es la guarda y cuidado del incapaz...Nuestra legislación señala que ‘en la tutela se cuidará preferentemente a la persona de los incapacitados’..., dando preferencia a la persona sobre los bienes...La guarda comprende el alimento y educación del incapaz en el concepto amplio de éstos términos.

Como segundo objeto está el cuidado de los bienes del incapaz...

Como tercer objeto está la representación del incapaz...”⁵⁹

Por su parte, el Código Civil citado, en el artículo 449 expone que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, y agrega que la tutela también puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

El artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, que regula la tutela cautelar, a la letra dice:

“Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en

⁵⁸ Montero Duhalt, Sara, op. cit., nota 4, página 359.

⁵⁹ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 12, páginas 334 – 335.

previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.”

A efecto de obtener el objeto de la tutela cautelar se desglosan los siguientes elementos, los tres primeros siguen el esquema de Chávez Ascencio, relativo al triple objeto de la tutela, para quedar como sigue:

a) Guarda y cuidado del incapaz.

La guarda, como señala el mismo autor, comprende el alimento y educación del incapacitado en el sentido amplio de estos términos.

b) Cuidado de los bienes.

Los bienes serán cuidados y utilizados para el beneficio del incapaz. El tutor en la administración de los bienes será vigilado por el curador.

Respecto al cuidado de los bienes, el artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, que regula la tutela cautelar, substituye en su redacción el término de bien por el de patrimonio, por ello se anotan a continuación dichos conceptos:

El patrimonio para el maestro Domínguez Martínez: “es el conjunto de bienes, derechos y obligaciones correspondientes a una persona, con contenido económico y que constituyen una universalidad jurídica.”⁶⁰ Agrega que lo que carezca de contenido económico no forma parte del patrimonio y se tratará de derechos de la titularidad del sujeto, llamados derechos extramatrimoniales (sic), entre los cuales destacan los derivados del estado civil, los derechos de familia, los de la personalidad, éstos últimos corresponden a la personalidad y no al patrimonio. Tan es así que el patrimonio es un atributo de la personalidad.

En opinión de Cárdenas González: “las dos esferas de las que se compone el patrimonio: la primera está integrada por los derechos de crédito o personales y

⁶⁰ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit., nota 37, página 215.

por los derechos reales que son susceptibles de apreciación pecuniaria; la segunda se forma con los derechos subjetivos que no son valorables en dinero, los cuales se conocen con el nombre de derechos de la personalidad, pero unos y otros forman parte del gran universo del patrimonio, ya que ambas esferas gozan del reconocimiento del orden jurídico.” Comenta que las nuevas teorías acerca del patrimonio de una persona física sostienen que está integrado por bienes económicos y no económicos, como son los derechos de la personalidad. En el mismo sentido, sostiene el autor “Ahora el concepto de bien es más amplio y no necesariamente debe tener valor económico.”⁶¹

Rafael De Pina y De Pina Vara nos dicen que bien es la “Cosa material o inmaterial susceptible de producir algún beneficio de carácter patrimonial.”⁶²

En contraparte el término bien es conceptualizado por el maestro Domínguez Martínez en el universo del derecho, distinguiendo entre bien jurídico en sentido amplio y el bien de carácter estrictamente patrimonial, el primero: “comprende todo objeto merecedor de protección por el sistema legal y en cuyo contenido están toda clase de valores, bienes y derechos, con independencia a su carácter patrimonial o extrapatrimonial. El bien estrictamente patrimonial, en cambio es todo aquello de carácter económico susceptible de apropiación particular.”⁶³ Más adelante añade: “La vida, la libertad, propiedades, posesiones, derechos, la persona misma, la familia, el domicilio y demás conceptos señalados en los artículos 14 y 16 constitucionales son bienes jurídicos en general.”⁶⁴

Se observa en las posturas expuestas por la doctrina opiniones contrarias respecto al patrimonio y, al no existir una uniformidad de criterios es complicado determinar la integración del mismo, lo que si podemos aseverar es que el patrimonio es un atributo de la persona, al igual que la capacidad, el nombre etc.

⁶¹ Cárdenas González, Fernando Antonio, op. cit., nota 40, páginas 4- 5.

⁶² De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de derecho*, 34ª edición, México, Porrúa, 2005, página 126.

⁶³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, op. cit., nota 37, página 299.

⁶⁴ *Ibidem*, página 300.

por ello consideramos adecuado apegarnos a los razonamientos sostenidos por el maestro Domínguez Martínez.

En relación al bien, el autor Cárdenas González, Fernando y el maestro Domínguez Martínez, coinciden en que forma parte del patrimonio, y tiene contenido económico, atribuyéndole el primer autor un contenido no económico, como tendencia actual, pero como se ha dicho, aún no existe un criterio uniforme. De Pina Rafael y De Pina Vara también coinciden en asignar al bien un beneficio patrimonial. Por su parte, Domínguez Martínez distingue entre bien jurídico y bien de carácter patrimonial, de tal forma observamos que al bien le es asignado un sentido amplio, en el que puede contenerse ambos aspectos, el no económico, o extrapatrimonial y el patrimonial, lo cual es aceptado por los doctrinarios indicados, pero si utilizamos el término de bien en la tutela, al ser un concepto amplio será necesario asignarle la expresión de patrimonial, por su parte, nuestro Código Civil para el Distrito Federal utiliza el vocablo de bien en sentido económico, por ello consideramos acertado el cambio del término bien por el de patrimonio en la redacción del artículo 469 Bis además, es más adecuado y delimita en la tutela los cargos de la guarda de la persona y patrimonio.

Para efectos de la tutela cautelar es importante hacer un paréntesis en relación al bien jurídico, ya que de acuerdo a lo expuesto por el jurista Domínguez Martínez comprende toda clase de valores, bienes y derechos, con independencia del carácter patrimonial o extrapatrimonial, añade que son bienes jurídicos en general la vida, la libertad, los derechos, la persona misma entre otros, y como tales encuentran la protección del sistema jurídico. Derechos que son fundamentales en la tutela cautelar.

Por lo expuesto, se recuerda que el Código Civil para el Distrito Federal en relación a los términos bien y patrimonio adopta la postura clásica, en consecuencia, el patrimonio en la tutela cautelar es entendido como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones con contenido económico. En ese orden de ideas las atribuciones de las funciones del tutor quedan delimitadas cuando se refiere al cuidado de la persona y del patrimonio.

c) Representación.

Para el maestro Gutiérrez y González, la “representación 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.”⁶⁵

La representación del incapaz, en la tutela cautelar, se está a la voluntad del futuro pupilo para designar al representante, en la tutela legítima el cargo de tutor es ejercido por las personas que la ley determina tomando en cuenta el parentesco, en la testamentaria en términos generales por quien ejerce la patria potestad y, en la tutela dativa por el menor si ha cumplido dieciséis años, con la confirmación del Juez de lo Familiar, pero si aún no cuenta con dicha edad será el Juez indicado quien haga la designación de tutor.

d) El nombramiento del tutor o tutores.

El nombramiento del propio tutor o tutores y sus sustitutos, es el elemento fundamental de la tutela cautelar. Se advierte en la regulación del artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, que dicho cargo se confiere a una persona determinada.

En el caso de ser un tutor se encargaría del cuidado de la persona y patrimonio del incapaz, en caso de existir varios tutores se entiende dividido el ejercicio de la tutela, uno atenderá al cuidado de la persona y otro del patrimonio, pero la ley no es clara en determinar si ambos pueden compartir simultáneamente la obligación, sin embargo, lo más adecuado en el caso de que existan varios tutores es la división de los cargos para el cuidado de la persona y del patrimonio; cabe señalar que tampoco establece un límite en cuanto a su número, lo que genera que puedan ser varios tutores para el cuidado de la persona y varios tutores para el cuidado del patrimonio, o bien un tutor para la persona y varios encargados del patrimonio, por lo que las combinaciones podrían ser variadas.

⁶⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, 2ª edición, México, Porrúa, 2011, página 260.

Al agregar dicho artículo la conjunción “y” a sus sustitutos, genera la obligación de designarlos, lo que a nuestro criterio debe de ser opcional, porque de no nombrarlos traería una confusión que generaría como consecuencia que no se pueda llevar a cabo el trámite de la designación.

e) Previsión

La previsión de esa incapacidad es lo que motiva la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, además se pueden establecer lineamientos para el cuidado de la persona y bienes del incapaz.

Concluimos que el objeto de la tutela, tanto en la tutela en general como en la tutela cautelar es el mismo, la guarda de la persona y bienes, o patrimonio en la tutela cautelar, así como la representación del incapaz, con las diferencias siguientes: en la primera nos encontramos ante una situación presente, y en la tutela cautelar ante una posible situación futura, en el caso de presentarse la incapacidad como requisito fundamental; otra diferencia y la novedad de esta clase de tutela llamada cautelar, es el reconocimiento del derecho del posible incapaz para nombrar a su propio tutor o tutores, y si lo desea a sus sustitutos, como primer requisito indispensable para que la tutela cumpla con su objeto, consistente en que se encarguen de su persona y patrimonio en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 450 del Código Civil sustantivo, relativos a la incapacidad de los menores de edad y de los mayores de edad que no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos o por algún medio que la supla.

2.4. Fundamento de la tutela cautelar

Rendón Ugalde habla del fundamento natural y legal, dentro del primero destaca la libertad y la seguridad como derechos naturales inherentes al ser humano.⁶⁶ El reconocimiento legal de tales derechos lo encontramos en la

⁶⁶ Rendón Ugalde, Carlos Efrén, op. cit., nota 5, página 143.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, en los artículos siguientes:

“Artículo 6º. La libertad es la potestad que el hombre tiene de hacer todo lo que no perjudica al derecho ajeno; tiene por principio la naturaleza; por regla, la justicia; por salvaguardia, la ley. Su límite moral está en esta máxima: no hagas a otro lo que no quieras que te haga.”

“Artículo 8º. La seguridad consiste en la protección que la sociedad concede a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, derechos y propiedades.”

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada por nuestro país, dice en su artículo 1 que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”; el artículo 3 declara que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.” Y finalmente, el artículo 25 reconoce el derecho de las personas a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Esos derechos los encontramos reconocidos en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el Título primero, Capítulo I, denominado de los Derechos Humanos y sus Garantías, el artículo 1º establece que toda persona gozará de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que México sea parte, por lo tanto, le compete todo derecho que sea inherente al ser humano y, además instituye que la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos será de conformidad con la Constitución y los Tratados Internacionales indicados favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Los principales artículos constitucionales que reconocen los derechos humanos relativos a nuestro tema son: artículos 3º, 4º, 14 y 16, destaca entre ellos el derecho a la salud.

Por otra parte, considera como fundamento legal a la autonomía de la voluntad y la autonomía privada, para Sánchez Fernández la primera se refiere a

“la facultad de una persona de desatar los efectos jurídicos, establecidos previamente en el ordenamiento jurídico, por medio de la manifestación de su voluntad en determinado sentido. Ya que si bien implica el reconocimiento de la libertad del hombre de actuar dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico, la autonomía de la voluntad es una manera en que se expresa la voluntad.”⁶⁷

Por autonomía privada se entiende en opinión del autor De Castro y Bravo que: “es el poder de autodeterminación de la persona”⁶⁸

Por otra parte, es de indicar que la autonomía de la voluntad presume la libertad, en ese sentido la autora María Moliner la define como la “facultad del hombre para elegir su propia línea de conducta, de la que, por lo tanto, es responsable.”⁶⁹ La libertad es inherente al hombre, y en aras de ella pretende autorregularse, y es de acuerdo a sus necesidades que busca la vía para satisfacerlas, es así que, la sociedad actual requiere del Estado el reconocimiento de sus derechos para autorregular una futura incapacidad, por supuesto dentro del ordenamiento jurídico.

De esta forma al ser la libertad inherente al ser humano, es protegido en el ámbito constitucional, particularmente la libertad individual, opina Cárdenas “...Se trata de ampliar el horizonte de la voluntad unilateral privada con carácter vinculante.”⁷⁰

Esta autonomía de la voluntad debe respetarse no sólo en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino que también en la esfera de los derechos de la persona.

⁶⁷ Sánchez Fernández, Rodrigo, op. cit., nota 54, página 89.

⁶⁸ Castro y Bravo, Federico de, *El negocio jurídico*, sin número de edición, Madrid, Civitas, 1997, página 12.

⁶⁹ Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, edición abreviada, Madrid, Gredos, 2000, página 830.

⁷⁰ Cárdenas González, Fernando Antonio, Op. Cit. nota 40, página 11.

Para Tapia Ramírez, Javier la autonomía de la voluntad: “Es el principio de que todas las personas pueden celebrar la infinita gama de hechos o actos jurídicos como mejor convenga a sus intereses, con las limitaciones que impone la ley.”⁷¹

De todo lo anterior observamos que la regulación de la autonomía de la voluntad en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra claramente delimitada, pero lo novedoso de ella en relación con la tutela cautelar es que se trata del reconocimiento de una autonomía de la voluntad con carácter unilateral cuyos efectos recaerán en terceras personas, con lo que se produce necesariamente el carácter de vinculante, además de que se afectan instituciones jurídicas como la representación, el poder y la regulación incluso de la propia tutela.

En ese orden de ideas, concluimos que en la tutela cautelar predomina el reconocimiento de los derechos de las personas por el sólo hecho de serlo, y tratándose de incapaces se debe priorizar su reconocimiento, regulación y la vía de hacerlos efectivos, derechos que han sido reconocidos y deben de señalarse con claridad en el ordenamiento jurídico Constitucional, en las leyes federales y locales.

En nuestra legislación la figura jurídica instaurada para proteger al incapaz es la tutela, la cual se encuentra inmersa dentro del derecho familiar, por ello debemos recordar lo expresado por Chávez Asencio: “el Derecho de Familia, precisamente por referirse a la familia y sus miembros, no puede clasificarse dentro del Derecho público o privado, comprende a ambos...”⁷² Afirmación que es aplicada a la tutela por Rodríguez – Arias Bustamante, citado por Galindo Garfias: Los dominios de la institución cautelar constituyen, por decirlo así, una de las zonas más señaladamente movibles del Derecho privado, en el sentido de ser una de aquellas donde interrumpidamente se nota el influjo de las concepciones sociales y políticas, hasta el punto de mantener constantemente abierta la

⁷¹ Tapia Ramírez, Javier, *Derecho de obligaciones*, 2ª edición, México, Porrúa, 2012. página 629.

⁷² Chávez Asencio, Manuel F., *La Familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 2ª edición, México, Porrúa, 1990, página 158.

interrogante de su más adecuada organización. La institución de la tutela, parece hallarse comprendida dentro de la zona en que se hacen secantes las esferas respectivas de los Derechos privado y público.”⁷³.

Además tengamos en cuenta que la persona encargada de cuidar y proteger al incapaz podrá ser una persona miembro de la familia o no, física o jurídica, en consecuencia, el incapaz podrá pertenecer o no a una familia. Todo ello se traduce en la protección del incapaz sin importar la esfera en la que se encuentre inmerso. De ahí la importancia de reconocer y regular sus derechos y obligaciones que tiene por el sólo hecho de ser persona, los que pueden establecerse por el mismo sujeto antes de presentarse cualquier clase de incapacidad.

2.5. Principios y límites de la autonomía de la voluntad en nuestro sistema jurídico

Antes de exponer los principios y límites indicados consideramos importante referirnos a la capacidad de las personas físicas porque para manifestar su voluntad y para que esta produzca las consecuencias jurídicas deseadas es necesario contar con la capacidad jurídica. Por capacidad se entiende la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad se divide en capacidad de goce y de ejercicio. La primera es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y la de ejercicio es la aptitud para poder ejercer por sí mismos los derechos y cumplir sus obligaciones.

En los términos del artículo 22 del Código Civil en el Distrito Federal la capacidad se adquiere con el nacimiento y se extingue con la muerte.

“Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

⁷³ Galindo Garfías, Ignacio, op. cit., nota 13, página 714.

“Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.”

En el mismo sentido el artículo 647 del mismo ordenamiento legal, regula que el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

Los principios y límites de la autonomía de la voluntad se encuentran contenidos en el Código Civil para el Distrito Federal, se destacan los siguientes:

El artículo 6º. Del Código Civil para el Distrito Federal a la letra dice:

“La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

Tal renuncia debe hacerse en términos claros y precisos, de tal forma no debe de quedar duda del derecho que se renuncia.

El artículo es claro porque hace prevalecer la observancia de la ley sobre la voluntad de los particulares, por ello afirmamos que toda disposición que dicte el futuro incapaz deberá de ajustarse a lo previsto por el ordenamiento jurídico y, en caso contrario, como lo marca el artículo 8º del mismo ordenamiento legal, tratándose de actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario. Dicha excepción deberá estar expresamente especificada en las mismas leyes.

Por otra parte, el artículo 16 del ordenamiento en comento establece como obligación de los habitantes del Distrito Federal, ejercer sus actividades, así como usar y disponer de sus bienes de forma que no perjudique a la colectividad, se entiende también que no perjudique a terceros, además de este límite indica que habrá sanciones establecidas en Código Civil para el Distrito Federal y en las leyes respectivas. A este punto, agrega Cárdenas González que este ejercicio “...redunde en beneficio social; también tiene el deber de ejercer esos derechos, cuando por el no ejercicio, uso o disposición, se cause un perjuicio general o se

impida un beneficio colectivo.”⁷⁴

La seguridad jurídica queda plasmada en el artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal porque dice que las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica y a falta de ley se resolverá conforme a los principios generales del derecho.

Otro artículo que sienta las bases para resolver los conflictos de derechos, es el artículo 20, que establece que a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener un lucro. Si se trata de derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

Finalmente, el artículo 21 regula que: “la ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces tomando en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.” Ello significa que al dictar las disposiciones para regular la propia incapacidad tiene como límites lo estipulado por la legislación de la materia que se trate, tenga o no conocimiento de la misma, pues al momento de su aplicación deberá de cumplirse la norma.

Por otra parte, las normas del derecho de familia según el Código Civil para el Distrito Federal en la hipótesis normativa presenta en el artículo 138 Ter son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

De igual forma, en los artículos 138 Quáter y 138 Quintus del ordenamiento antes citado regulan que las relaciones jurídicas familiares constituyen y son

⁷⁴ Cárdenas González, Fernando Antonio, op. cit., nota 40, página 9.

generadoras de un conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato. Cabe recordar que en la tutela cautelar el cargo puede recaer en cualquier persona, incluso en personas morales, con lo que se rompe este principio.

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

En razón de lo anterior, la autonomía de la voluntad es el fundamento principal de la tutela cautelar, y tendrá todos los límites expuestos en los puntos anteriores, pero existen otros que se evidencian en el momento en que se dictan las disposiciones o en el instante de hacerlas efectivas.

Por todo lo anterior, concluimos en términos generales que para ejercer la autonomía de la voluntad se requiere contar con la capacidad y, tiene como límites aquellos que son establecidos previamente por el ordenamiento jurídico, los que le indican como actuar, y de que puede o no disponer. Se debe tener en cuenta que la organización de la familia tiene un tratamiento especial por el derecho, pues prevalece el interés social sobre el particular, por lo que la autonomía de la voluntad contiene más limitaciones en relación con el derecho civil por ejemplo, por tal motivo requiere de un tratamiento especial. Mencionamos esta rama del derecho porque es donde se encuentra inmersa nuestra tutela cautelar. Sin embargo, debemos de tomar en consideración la actual organización y transformación de la misma, es decir, con la disgregación de sus miembros la familia ya no garantiza el cuidado del incapaz, en consecuencia, el derecho debe establecer la vía para garantizar al incapaz el reconocimiento y ejercicio de sus derechos principalmente de aquellos que posee por el hecho de ser humano.

Autores como Cárdenas González apuntan hacia la humanización del derecho;⁷⁵ lo anterior lo observamos en nuestra Constitución cuya reforma introduce en el Título primero la denominación “De los Derechos Humanos y sus Garantías” en donde es indiscutible que los principales derechos a tutelar por el

⁷⁵ Ibidem, página XXIII.

Estado sean la vida, la libertad, la seguridad del individuo, la dignidad, es decir aquellos que competen directamente a la persona.

2.6. Formas de constituir la tutela

El nombramiento del tutor puede hacerse en escritura pública, ante el notario público, mediante esta forma queda sujeto su otorgamiento a lo estipulado por la Ley del Notariado para el Distrito Federal; se pretende con ello dar la certeza y seguridad jurídica del acto, en su otorgamiento, fecha, contenido, la capacidad del otorgante, calificada por el notario, además, el interesado goza del asesoramiento notarial. A través de la escritura pública se garantiza la legalidad y legitimación de la disposición realizada.

Autores como Sánchez Fernández proponen la vía judicial para constituir la tutela, a través de la jurisdicción voluntaria. De esta forma se desarrollaría el proceso ante el Juez de lo Familiar, quien una vez concluidas las diligencias de la jurisdicción voluntaria remitiría el oficio correspondiente al Consejo Local de Tutelas.⁷⁶ Por lo que su regulación sustantiva y el procedimiento quedarían sujetos a cada entidad federativa, en nuestro caso al Código Civil y de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal.

En cuanto se dé el supuesto de la incapacidad será necesaria la intervención del Juez de lo Familiar, ante quien se desarrollará todo el procedimiento que para hacer efectiva la institución de la tutela cautelar concluirá en una sentencia que lleve la declaratoria de incapacidad.

2.7. Revocación de la designación

De acuerdo al artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, el futuro incapaz emitente del acto tiene el derecho de revocar este nombramiento en cualquier tiempo y momento, con la misma formalidad que lo realizó. Cuando trate de modificarla se debe satisfacer el requisito de forma exigido para el nombramiento, es decir, la escritura pública, sin necesidad de que la revocación

⁷⁶ Sánchez Fernández, Rodrigo, op. cit., nota 54, páginas 106-107.

revista la misma forma, ya que surtirá efectos si se realiza de manera fehaciente por cualquier otro medio. Pero una vez que el otorgante devenga en incapaz, el Ministerio Público, o cualquier interesado cuando a su juicio exista causa grave para ello, estarán legitimados para solicitar a la autoridad competente la revocación o modificación de la designación a efecto de que ésta resuelva lo conducente.

2.8. La confianza

La confianza es el cimiento en el que descansa el nombramiento del tutor cautelar, es por ello que consideramos de importancia emitir las siguientes consideraciones: se trata de un elemento subjetivo, por tal motivo se generan serias dificultades en su interpretación y valoración, lo que nos conduce a establecer en primer término el sentido que la doctrina jurídica le otorga, Rovira Sueiro, María E. hace alusión al término de tutela fiduciaria conceptuado por Creuhet Del Amlo, nos dice: “La elección del término fiduciaria se debe como él mismo explica a que equivale a confianza” ⁷⁷ y cita las palabras de Creuhet Del Amlo: “y, aunque este sentimiento debe inspirar todas las clases de tutela en que es elegible, nunca en ellas es tan expresiva y peculiarmente cargo de confianza cual en la que se defiera el futuro o posible tutelado; como que éste encomienda la guarda de sí y de sus bienes para el momento luctuoso en que pierde su capacidad. En ninguna otra tutela el efecto de fe, de satisfacción, en cuanto al tutor, se dibuja con caracteres tan vigorosos y firmes, porque ahí lo perfila y magnifica la voluntad del que ha de quedar sometido a la guarda...”⁷⁸.

Podemos afirmar que si la confianza origina el nombramiento del tutor cautelar, la pérdida de ella es lo que traería como consecuencia la revocación del nombramiento, o bien la remoción, destitución o pérdida del cargo, como se encuentra regulado para todos los actos jurídicos contemplados en nuestra legislación civil, pero en la tutela cautelar al ser una declaración unilateral de la

⁷⁷ Rovira Sueiro, María E., op. cit., nota 48, páginas 743-744.

⁷⁸ Ibidem, página 744.

voluntad y debido a su regulación observamos dos momentos para apreciarla: El primero surge al momento de su nombramiento, y el segundo cuando se actualiza el supuesto de la incapacidad, no entraremos en el debate sobre el momento en que entra en el cargo el tutor, ya que es un tema debatido por la doctrina y no es motivo de análisis del presente trabajo, sin embargo, podemos anotar que desde que se abre el documento ante el Juez de lo Familiar queda manifiesta la voluntad de ese presunto incapaz en el sentido de que, quien aparece nombrado como tutor cautelar tiene la presunción de gozar de su confianza, por supuesto se debe agotar el proceso hasta la declaratoria de incapacidad y estarse a la aceptación del cargo.

El segundo momento tiene aplicación una vez declarada la incapacidad y se presume que quien ejerce el cargo de tutor cautelar goza de la confianza del incapaz para realizar los actos jurídicos a su nombre y representación o bien que esta le fue concedida al momento de su designación. Ya en este momento estamos ante un incapaz y debe de estarse a las circunstancias actuales del tutor e incapaz para cuestionarse sobre el nombramiento del tutor cautelar. Todas estas consideraciones son indudablemente de índole procesal pero las expresamos en el presente porque van aparejadas con el elemento de la confianza que se trata.

Concluimos que la confianza es el elemento fundamental para el nombramiento de tutor y dado que es este su origen se presume que quien ejerce el cargo goza de ella, además ha de tenerse en cuenta que por ser un elemento subjetivo acarrea serias dificultades para su valoración.

2.9. Sujetos

2.9.1. Sujetos con derecho a designar

Tienen derecho a nombrar a su tutor o tutores cautelares, y a sus sustitutos, toda persona capaz para otorgar testamento, que de acuerdo al artículo 1306 pueden testar, las personas que tengan 16 años de edad y que habitual o accidentalmente disfruten de su cabal juicio. La capacidad es la regla general pero admite la excepción en el caso de un demente en un intervalo de lucidez para poder testar siguiendo las formalidades establecidas en el propio Código.

Se señala esa edad porque es la requerida para hacer testamento.

De tal forma, que para determinar quien tiene derecho a nombrar a su tutor cautelar, se debe acudir a la interpretación de las reglas testamentarias descritas, lo que se aprecia inadecuado al ser instituciones jurídicas diferentes.

2.9.2. Sujeto pasivo

Indudablemente será el incapaz que así haya sido declarado mediante sentencia.

El maestro Domínguez Martínez dice: “Bajo determinadas circunstancias, hay sujetos sin la posibilidad de autogobierno para participar en la vida jurídica y que no están sujetos a la patria potestad, o porque no hay ascendiente suyo que la ejerza, o bien alcanzó la mayoría de edad.

Nos referimos concretamente tanto a los menores de edad, incapaces como regla general, y a los mayores con el padecimiento de alguna situación que afecta su salud física o mental, y por ende incapaces y respecto de los cuales, ni de unos ni de otros hay patria potestad alguna,…”⁷⁹

2.9.3. Sujetos activos

De acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal pueden ser tutores las personas físicas y las morales. Tratándose de personas físicas tienen que ser capaces y mayores de edad al momento de aceptar el cargo. En el caso de las personas morales se ajustarán a lo previsto por el artículo 456 Bis, que dice que podrán ser tutores las personas morales que no tengan finalidad lucrativa y cuyo fin primordial sea la protección y atención a las personas a que se refiere el artículo 450, fracción II de este Código, del número de personas que su capacidad lo permita, siempre que cuenten con el beneplácito de los ascendientes del pupilo o así lo determine el juicio de interdicción y que la persona sujeta a tutela carezca de bienes.

⁷⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, 2ª edición, México, Porrúa, 2011, página 639.

En el Distrito Federal puede ser tutor por medio del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, de menores en situación de desamparo y que no hayan sido acogidos por instituciones de asistencia social, según lo prevé el artículo 494 –A del Código Civil.

2.9.3.1. Pluralidad de tutores

Esta tutela permite el nombramiento de un tutor o de una pluralidad de tutores, y de sus sustitutos. Lo que significa que tratándose de un tutor, éste se encargará del cuidado de la persona y, en su caso del patrimonio del incapaz. En el supuesto de la designación de varios tutores la ley no indica un límite en el número, por ello podemos encontrar las siguientes vertientes: Un tutor para el cuidado de la persona y otro para el cuidado del patrimonio; varios tutores para el cuidado de la persona y varios tutores para el cuidado del patrimonio; un tutor para el cuidado de la persona y varios tutores para el cuidado del patrimonio, como se observa el número y contenido de las combinaciones puede variar y adecuarse a la voluntad de quien las dicta, se infiere que para realizar tal designación tomó en cuenta sus necesidades y la mejor manera de satisfacerlas. Es evidente, que no puede existir tutela para el cuidado del patrimonio, pues el objeto de esta institución como ya se dijo antes es para el cuidado de la persona, y en su caso de su patrimonio.

En relación al nombramiento de los sustitutos, la redacción del artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal, agrega la conjunción “y” a sus sustitutos, lo que genera la obligación de designarlos. Se infiere que habrá una prelación en el caso de actualizarse éste supuesto y que en el orden designado serán llamados a ejercer el cargo.

Tomando como base las clasificaciones doctrinarias y las establecidas por la legislación aplicable proponemos la siguiente clasificación del cargo de tutor: En consideración al número de tutores, el cargo es unitario o plural; en relación a la temporalidad en el cargo, pueden ser definitivos o provisionales; de acuerdo al orden de su nombramiento pueden ser tutor titular o sustituto; en relación con el objeto de la tutela puede ser tutor para el cuidado de la persona y tutor para el

cuidado de los bienes o patrimonio; y de acuerdo al orden de ser llamados a ejercer el cargo, puede ser de forma simultánea o sucesiva.

2.10. Contenido de las disposiciones

Tales disposiciones podrá emitirlas quien designe a su tutor cautelar en escritura pública, al momento de designarlo o posteriormente, se entiende que con las mismas formalidades; en ella se contendrán las facultades u obligaciones a las que quedará sujeta la administración del tutor, por lo que es necesario analizar cual es el contenido de esas disposiciones, así encontramos que el artículo 469 Quáter del Código citado, las desglosa en las dos fracciones, la primera relativa a las decisiones sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, a cargo del tutor, y la segunda fracción, establece el derecho del tutor a una retribución en los términos del mismo Código Civil.

Se enfatiza, que el derecho para dictar estas disposiciones se encuentra regulado de manera opcional y quien decida hacerlo ajustará su contenido a los lineamientos establecidos por la legislación correspondiente y, de ser el caso a la ley especial que regule la materia de que se trate, ante ello debemos hacer mención que estas disposiciones pueden realizarse en términos simples o complejos, de forma general o específica, pero de la forma que sean hechas tendrán repercusión en el emitente mismo, en el tutor y en la tutela misma.

Dichas disposiciones son una declaración unilateral de la voluntad, por consecuencia en su contenido quedan manifiestas sus circunstancias y necesidades, buscando una satisfacción de ellas, dentro del núcleo familiar, de amistad o uno ajeno, en cualquier caso el notario tiene la función de brindar la asesoría jurídica, de cuidar que tales disposiciones no sean contrarias a derecho y de tener en cuenta las circunstancias personales del emitente del acto.

2.10.1. Modificación de las reglas establecidas

Conforme al último párrafo del artículo 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal, el Juez de lo Familiar está facultado para modificar las reglas, a

petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el Juez, tomando en cuenta la opinión del Consejo Local de Tutelas, si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.

Por su parte, la Ley del Notariado para el Distrito Federal en el artículo 120 enuncia que cuando se revoque, rescinda o modifique un acto contenido en una escritura, se deberá extender una nueva, además de realizar las anotaciones correspondientes; sin embargo, esto se aplicará cuando sea el mismo autor el que realice esas modificaciones y no es así cuando las haga el Juez de lo Familiar.

2.11. Obligaciones y derechos del tutor

Ha de tenerse presente que, quien nombra a su tutor podrá otorgarle las facultades, derechos y obligaciones que considere para el desempeño de su cargo, teniendo como límites los que el derecho impone; entre ellos podemos citar, que las disposiciones no sean contrarias a los principios generales del derecho, a la moral ni a las buenas costumbres, y que se sujeten a las de las leyes de la materia aplicable.

La obligación general además de la guarda, es la representación del pupilo, de su persona y de su patrimonio. El contenido de estas obligaciones y derechos puede ser a través de dos vías, en la primera las puede dictar el tutor y, en la segunda la ley, en cuyo caso se aplicarán porque el futuro incapaz no dejó disposiciones para regular su incapacidad o porque las que dictó no son claras o imprecisas. Opina Cárdenas González que en este caso quedará bajo las facultades previstas para el tutor legítimo.⁸⁰

La representación para Clemente de Diego citado por Galindo Garfias es: "*la realización de un acto jurídico por otro ocupando el lugar de éste*, es por tanto, la tutela un mandato legal conferido por la ley al tutor para administrar el caudal de los incapacitados; pero no obstante ello la gestión del tutor no es autónoma, sino que

⁸⁰ Cárdenas González, Fernando Antonio, op. cit., nota 40, página 14.

éste deberá consultar al pupilo para los actos importantes de la administración, cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años y la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo (debe decir el menor); le corresponde al menor y no al tutor (fracción IV del artículo 537 del Código Civil).”⁸¹

No olvidemos que se aplican los mismos derechos y obligaciones de la tutela en general, los cuales han sido expuestos en el primer capítulo.

Para un correcto desarrollo del presente tema y de acuerdo a la regulación de la tutela se sigue la división del tutor para la persona y para los bienes.

Tengamos presente que el Juez de lo Familiar, a petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el Juez tomando en cuenta la opinión del Consejo Local de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.

2.11.1. Obligaciones del tutor derivadas del cuidado de la persona del pupilo

Las obligaciones principales son las inherentes a la guarda de la persona, lo que implica que deberá el tutor de proveer todo lo necesario para la alimentación, educación, rehabilitación, sustento, además de su bienestar físico, mental, moral; es decir, que debe velar por el bienestar en la persona del pupilo.

En la tutela cautelar el artículo 469 Quáter del Código Civil para el Distrito Federal, regula específicamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, estableciendo como mínimo las siguientes:

“Artículo 469 Quáter.- En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:

I. Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el

⁸¹ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, página 729.

cuidado de la salud del tutelado, y

II. Establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código.

...”

Destaca la preocupación por cuidar de la salud del tutelado y todo lo relacionado con ella, como los tratamientos médicos, las autorizaciones a recibirlos o no, lo relativo a los trasplantes y cualquier intervención en general,

Por ello trataremos de manera especial las obligaciones derivadas de los cuidados en la salud del pupilo: El tutor como representante legal tomará todas las decisiones, autorizaciones, otorgará su consentimiento en todo lo referente al cuidado del estado de salud del incapacitado, tomando en cuenta que no se apliquen medios extraordinarios y desproporcionados surgidos de tratamientos heroicos, pruebas e investigaciones superfluas en cualquier etapa de la enfermedad que se encuentre y que pueda traer consecuencias irreversibles para la salud del pupilo o que prolonguen artificialmente su vida.

Que vele por el derecho del pupilo a estar informado en la medida de lo posible del padecimiento, de los tratamientos, así como su elección de ser posible, de todo aquello que tiene que ver con la ética del dolor y los sufrimientos humanos; velar por el derecho del pupilo a morir humanamente, con dignidad, para ello ha de mantener en lo posible la calidad de vida; evitar la práctica de la distanacia; velar porque se apliquen todos los cuidados en la enfermedad cualquiera que esta sea y, en la terminal debe optar por medios paliativos y no por tratamientos quirúrgicos o terapéuticos cuyo fin sea prolongar artificialmente la vida del incapaz de manera precaria, y sin esperanzas de curación; que se le brinde asistencia espiritual.

Cárdenas González, opina que en este caso la representación debe comprender la protección, custodia y sostenimiento del incapacitado,⁸²

La segunda fracción es propiamente un derecho que tiene el tutor de recibir una retribución por la actividad que realiza.

⁸² Cárdenas González, Fernando Antonio, op. cit., nota 40, página 17.

2.11.2. Obligaciones del tutor con relación a los bienes

En la regulación actual de la tutela cautelar observamos que no se cuenta con ninguna directriz relativa a la administración de los bienes, por lo que se estará a las disposiciones de la tutela ya expuestas en el primer capítulo.

En primer término se tomará en cuenta lo que haya dispuesto el otorgante respecto al destino del patrimonio, con lo que prevalece la autonomía de la voluntad; de no precisarlo se estará a la conservación de los bienes como principio fundamental.

Cárdenas González, Fernando, establece que las facultades del tutor pueden ser de dos tipos: para la conservación de los bienes o para la explotación o incremento, en el primer caso el tutor tendrá facultades de conservación, administración y disposición, pero para lograr la conservación a veces es necesario disponer. Para el segundo caso el tutor gozará de facultades de conservación, administración y disposición. Se concluye de lo expuesto que para poder administrar se necesita realizar estos tres actos.

Recordemos que esta representación se encuentra sujeta a las reglas para el poder, que en términos generales se tiene la representación plena y para restringir dichas facultades habrá de estipularlo expresamente. Así tenemos que las facultades generales de dominio, conlleva las de administración y pleitos y, cobranzas.⁸³

2.12. Intervención del Notario

De acuerdo al artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, el nombramiento del tutor cautelar únicamente puede realizarse ante el notario público en escritura pública. Dicho fedatario de acuerdo al artículo 42 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal esta investido de fe pública, tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad, certeza y seguridad jurídica de los actos y

⁸³ Ibidem, páginas 15-17.

hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría.

Recordemos que el notario hace constar bajo su fe la capacidad del otorgante, lo cual deberá quedar asentado, lo anterior conforme lo regulado por los artículos 102, fracción XX, inciso a), 105 y 128 fracción II de la Ley del Notariado mencionada.

La regulación de la tutela cautelar en el Código Civil de esta ciudad requiere que el acto jurídico sea en escritura pública, definida por el artículo 100 de la ley notarial como “el instrumento original que el notario asienta en los folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos y que firmado por los comparecientes, autoriza con su sello y firma.

En todo caso el notario tiene la función de brindar asesoría jurídica, de cuidar que el acto jurídico y las disposiciones que dicte el otorgante no sean contrarios a la ley, ni a las buenas costumbres, de lo que se advierte que ha de tener en cuenta las circunstancias personales de quien solicita el servicio.

2.13. Participación del perito en materia de psiquiatría

Anterior a las reformas de 23 de julio de 2012, el artículo 469 Ter del Código Civil para el Distrito Federal, requería la presentación del certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría como requisito esencial para poder realizar el nombramiento del tutor, anterior a la reforma, se exigía que el notario agregara dicho certificado, donde constara que el otorgante se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse. Esto era excesivo y carecía de fundamento jurídico alguno, ya que para la realización de todo acto jurídico sólo se toma en cuenta la capacidad sin que para ello haya de acreditarse con pericial alguna ya que el notario da fe de la capacidad del otorgante.

La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, y sólo la minoría de edad y el estado de interdicción son

consideradas como restricciones a tal capacidad de ejercicio, como lo regulan los artículos 22 y 23 del Código Civil para el Distrito Federal; otra razón por la que era excesivo es que se duplicaba la calificación de la capacidad para realizar un acto jurídico; además en el caso de caer en incapacidad la calificación de la misma tendrá que realizarse y acreditarse ante el Juez de lo Familiar, lo que generaría una tercera calificación de la capacidad hecha por el perito en materia de psiquiatría, la cual es indispensable en esta instancia y no en la anterior; además que este requisito generaba un costo adicional para el otorgante y que resultaba innecesario por las razones expuestas.

2.14. Participación del Estado

La nueva clase de tutela, descansa en un máximo respeto de la autonomía de la voluntad, de tal manera que la autoridad tendrá que limitarse a realizar una actividad de supervisión o vigilancia, la cual recae en la figura del curador y del Juez de lo Familiar y, en su caso, resolverá sobre la voluntad del pupilo cuando ésta no se cumpla cabalmente por el tutor designado.

CAPÍTULO III. LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO COMPARADO

Dentro de este capítulo contemplamos dos apartados, el primero está destinado a la legislación extranjera que se ha ocupado de regular en sus legislaciones las situaciones jurídicas que se generan por la incapacidad, mediante la adopción de disposiciones para la propia incapacidad, y figuras análogas a la designación de la persona que se hará cargo de ellos en el caso que por cualquier causa no puedan expresar su voluntad; el segundo apartado se ocupa de la legislación emitida por diversos Estados en nuestro país sobre la tutela autodesignada. Todas estas legislaciones buscan dentro de su propio ordenamiento encontrar la solución al problema de la incapacidad mediante figuras jurídicas ya existentes como en el caso de Canadá a través de prolongar los efectos del mandato, o en nuestro caso, por medio de introducir dentro de la tutela una nueva clase o subespecie.

3.1. Legislación extranjera

3.1. 1. Alemania

La Ley de Asistencia de 12 de septiembre de 1990, en vigor desde el 1º de enero de 1992, acogida en el Código Civil alemán, substituye a los artículos vigentes sobre la tutela a los mayores de edad y regula la figura de la asistencia, es concedido este derecho sólo al mayor de edad, sin que le sea requerida la capacidad, para proponer al propio asistente, el tipo de asistencia que desea, la que hará saber previamente a través de la llamada disposición de asistencia. La asistencia surgirá sólo cuando sea necesario y no lo será si ya existe un poder de previsión.

El notario alemán Christian Hertel en el artículo denominado “Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad: El Derecho Alemán” expone la regulación que se ha dado a la incapacidad en aquel país, de la siguiente forma: “El derecho alemán distingue dos disposiciones para el caso de la propia incapacidad: Primera, el afectado puede hacer disposiciones para el caso de que se decrete una asistencia. Puede elegir a un futuro asistente o puede expresar sus

deseos sobre la gestión del asistente. El Tribunal y el asistente deben tener en cuenta estos deseos del asistido. Estas disposiciones se llaman disposición de asistencia (*Betreuungsverfügung*).

Por poder en previsión (*Vorsorgevollmacht*),... se entiende el otorgamiento de un poder a un apoderado, disposición que puede hacer innecesaria una asistencia decretada.”⁸⁴

En cuanto a la forma el notario mencionado comenta: “Para la disposición de la asistencia el legislador no ha prescrito una forma. Así las propuestas y los deseos del afectado sobre la elección de su asistente y para la gestión de la asistencia son válidos aunque sean expresados oralmente. Pero para la seguridad jurídica y para la propia seguridad del afectado es mejor si la disposición de asistencia ha quedado escrita al menos en un documento privado...

...Tampoco hay hasta ahora ninguna prescripción legal de forma para el poder de previsión.”⁸⁵

Es importante destacar la regulación y tratamiento que le dan a la capacidad requerida al otorgante del poder o la disposición, a este respecto el notario Hertel cita a Paland en el párrafo siguiente:

“1. Capacidad para otorgar el poder o la disposición. Un poder de previsión sólo puede concederlo aquél que todavía es capaz de gestión (*geschäftsfähig*). Sin embargo, las propuestas y los deseos para su asistencia también puede expresarlos el incapaz.”⁸⁶

“2. La Incapacitación del Mandante no hace caducar el Poder...Si el otorgante del poder se vuelve incapaz después de conceder el poder, esto no

⁸⁴ Hertel, Christian, “Disposiciones y Estipulaciones para la propia incapacidad: El derecho alemán”, *Escriva, revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, México, año 1, número 2, 1998, páginas 133-134.

⁸⁵ *Ibidem*, página 137.

⁸⁶ *Ibidem*, página 141.

disminuye la efectividad del mandato, siempre que el mandato no prevea otra consecuencia...”⁸⁷

En torno a la capacidad del asistido, dicho notario, emite los siguientes pronunciamientos:

“2. Capacidad del Asistido....Al asistido no se declarará por incapacitado a través del decreto de una asistencia, como ocurría con la incapacitación según el derecho anterior. Él puede seguir resolviendo sus asuntos y gestionar negocios jurídicos él sólo mientras posea la necesaria capacidad de administración. El decreto de asistencia da al asistente sólo un poder de representación adicional sin enmendar el derecho del asistido a actuar por sí sólo.

Sólo hay una excepción, cuando se decreta una necesidad de consentimiento del asistente...Entonces los actos jurídicos del asistido no valen si no hay consentimiento de su asistente”⁸⁸

En relación a la esfera de competencias del asistente, el autor mencionado expone: “La esfera de competencia puede resumirse con clasificaciones tipificadas. Referente a la terminología del cuidado paterno... se distinguen las competencias para el cuidado de los bienes (Vermögenssorge) por un lado y de otro el cuidado a la persona (Personensorge). Dentro del cuidado a la persona se pueden distinguir tres esferas especiales, primero el cuidado de salud o de medidas médicas..., a veces incluyendo el tratamiento contra la voluntad del afectado..., segundo la determinación de residencia..., tercero el consentimiento a medidas privativas de la libertad.”⁸⁹

La regulación de la asistencia contiene los siguientes aspectos relevantes a destacar: Esta asistencia puede iniciar a petición o de oficio, incluso podrá pedirla el afectado que tenga una discapacidad física. Ya durante el procedimiento esto indica que debe de escucharse al afectado personalmente antes de nombrar al

⁸⁷ Ibidem, páginas 141-142.

⁸⁸ Ibidem, páginas 124-126

⁸⁹ Ibidem, páginas 117- 118.

tutor o decretar la necesidad de consentimiento. “Una asistencia sólo puede decretarse si el afectado es completa o parcialmente incapaz de resolver sus propios asuntos... No importa que su incapacidad se deba a una enfermedad psíquica, a una minusvalía física, mental o psíquica.”⁹⁰

Finalmente, se hace mención de los siguientes aspectos de la ley: toda la actividad del asistente está supervisada por el Tribunal de Tutelas, quien controla y aconseja al asistente en su gestión; el asistido puede actuar por sí sólo, mientras posea la capacidad de administración, excepto cuando se decreta la necesidad de consentimiento del asistente, sin el cual no tendrán valor los actos jurídicos que se celebren; En dicha ley se otorga mayor autonomía a la persona asistida. Por otra parte, el decreto de asistencia no hace incapacitado al asistido. Pero si el asistido es incapaz la declaración hace nulos sus actos jurídicos, incluso cuando la otra parte desconoce la incapacidad, porque el derecho alemán no protege la buena fe en materia de capacidad.⁹¹

En el año de 2009 se incorpora el testamento vital (*Patientenverfügung*) al Código Civil alemán, regulado en el artículo §1901a, para quedar como sigue:

§ 1901a Patientenverfügung

(1) Hat ein einwilligungsfähiger Volljähriger für den Fall seiner Einwilligungsunfähigkeit schriftlich festgelegt, ob er in bestimmte, zum Zeitpunkt der Festlegung noch nicht unmittelbar bevorstehende Untersuchungen seines Gesundheitszustands, Heilbehandlungen oder ärztliche Eingriffe einwilligt oder sie untersagt (Patientenverfügung), prüft der Betreuer, ob diese Festlegungen auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zutreffen. Ist dies der Fall, hat der Betreuer dem Willen des Betreuten Ausdruck und Geltung zu verschaffen. Eine Patientenverfügung kann jederzeit formlos widerrufen werden.

(2) Liegt keine Patientenverfügung vor oder treffen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht auf die aktuelle Lebens- und Behandlungssituation zu, hat der Betreuer die Behandlungswünsche oder den mutmaßlichen Willen des Betreuten festzustellen und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob er in eine ärztliche

⁹⁰ Ibidem, página 115.

⁹¹ Ibidem, páginas 123-126, 108.

Maßnahme nach Absatz 1 einwilligt oder sie untersagt. Der mutmaßliche Wille ist aufgrund konkreter Anhaltspunkte zu ermitteln. Zu berücksichtigen sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen und sonstige persönliche Wertvorstellungen des Betreuten.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung des Betreuten.

(4) Niemand kann zur Errichtung einer Patientenverfügung verpflichtet werden. Die Errichtung oder Vorlage einer Patientenverfügung darf nicht zur Bedingung eines Vertragsschlusses gemacht werden.

(5) Die Absätze 1 bis 3 gelten für Bevollmächtigte entsprechend.

(§ 1901a Testamento vital

(1) Si un asistido mayor de edad determinó por escrito que; si en el momento de la disposición de las investigaciones inminentes sobre su estado de salud, tratamientos médicos o intervenciones médicas, no está capacitado para dar su consentimiento (Testamento vital); el asistente verificará que se respeten las disposiciones sobre las condiciones de vida y tratamientos médicos actuales.

Si este es el caso, el asistente tendrá que procurar que la voluntad del asistido se lleve a cabo. Un Testamento vital puede ser revocado en cualquier momento de manera informal.

(2) Si no existe un Testamento vital, o si las disposiciones de un testamento vital no están contempladas en las condiciones de vida y tratamientos médicos actuales, el asistente manifestará la voluntad o los presuntos deseos del asistido y, con este fundamento, decidirá si permite o prohíbe una de las medidas médicas mencionadas en el apartado 1. La supuesta voluntad del asistido, se determinará sobre bases concretas. Se deben tomar en cuenta declaraciones anteriores hechas por el asistido el manera verbal o por escrito, sus creencias éticas o religiosas y otros valores personales.

(3) Los apartados 1 y 2 se aplican de manera independiente del tipo y estado de la enfermedad del asistido.

(4) Nadie puede ser obligado a otorgar un testamento vital. El otorgamiento del mismo no puede hacerse bajo la condición de un contrato.

(5) Los apartados 1 hasta el 3 se aplicarán a los capacitados correspondientes.)⁹²

⁹² Traducción realizada por Cleotilde Galarza Zamora. Profesora de alemán en el Instituto Politécnico Nacional, realizada el 30 de enero de 2013.

Otra ley relacionada con el presente tema es la siguiente:

“Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) § 278 FamFG (Gesetz) Anhörung des Betroffenen

(1) Das Gericht hat den Betroffenen vor der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts persönlich anzuhören. Es hat sich einen persönlichen Eindruck von dem Betroffenen zu verschaffen. Diesen persönlichen Eindruck soll sich das Gericht in dessen üblicher Umgebung verschaffen, wenn es der Betroffene verlangt oder wenn es der Sachaufklärung dient und der Betroffene nicht widerspricht.“

(Ley de procedimiento en materia familiar y en materia de jurisdicción voluntaria (FamFG) § 278 FamFG (Derecho) Comparecencia de las partes.

(1) Antes de designar a un asistente o de disponer una reserva de consentimiento, el Tribunal tendrá que escuchar de manera personal a las partes interesadas para tener una impresión personal de los interesados. Dicha impresión personal la realizará el Tribunal dentro del entorno habitual del interesado si éste así lo requiere, o si ésta es necesaria para la determinación y el interesado no se contradice.)⁹³

En el testamento vital se expresan la voluntad respecto al tratamiento médico del paciente y puede ser revocado en cualquier momento.

Por su parte, en la Ley de Procedimiento en Materia Familiar y en Materia de Jurisdicción Voluntaria, se regula el derecho de oír al interesado, con lo que se garantiza el derecho de audiencia y el de ser oído en un procedimiento jurídico.

Lo interesante en la legislación planteada por el notario Christian Hertel radica en el tratamiento que le dan al incapaz al no requerir la capacidad del interesado para designar a su asistente. Y además agrega que el incapaz puede rechazar la designación propuesta aun encontrándose en ese estado de incapacidad. Recordemos que en términos generales nuestro ordenamiento jurídico gira en torno a la capacidad como máxima para todo acto jurídico, y establece como única excepción la prevista en el artículo 1307 del Código Civil

⁹³ Idem.

para el Distrito Federal en materia testamentaria, tratándose de la realización de testamento hecho en intervalo de lucidez, establece el procedimiento a seguir ante la fe del Notario Público, además del dictamen médico. Todo ello para verificar que el otorgante cuenta con capacidad en algún momento y que es requerida para la celebración de todo acto jurídico, de la que no debe existir duda alguna, con ello se niega completamente la celebración de acto jurídico alguno al incapaz.

Por lo expuesto, es claro que es distinto el tratamiento que nuestra legislación y la de Alemania le dan a la incapacidad.

Otra diferencia, es la relativa al poder, en Alemania opera tratándose de incapaces, en cambio en nuestro Código Civil al caer en incapacidad cualquiera de las partes se produce su extinción.

3.1.2. Suiza

Anteriormente, en la legislación de este país, se reguló la situación de la persona que llegara a ser incapaz, de acuerdo a lo estudiado por Taiana De Brandi, de la siguiente forma: "...los notarios resuelven el problema mediante el otorgamiento de un testamento en el que se nombra albacea, a quien en instrumento aparte se le otorga poder amplio de contenido personal y patrimonial para el caso de incapacidad por vejez, enfermedad o accidente.

Producido este estado y comprobado por el médico de cabecera, el Juez designa curador o tutor, según el caso, a ese albacea apoderado. Será curador si atiende sólo los bienes del incapaz y tutor si cuida tanto de la persona como de los bienes. Si bien la designación es judicial, tiene como antecedente la voluntad del interesado expresada válidamente.⁹⁴

Actualmente, en el Código Civil Suizo se encuentra una figura jurídica similar a la nuestra, mediante la cual quien tiene el ejercicio de los derechos civiles

⁹⁴ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, sin número de edición, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996, páginas 61-62.

puede encargar a una persona física o jurídica el cuidado de su persona, de sus intereses patrimoniales, o de representación en las relaciones jurídicas, en caso de que se vuelva incapaz de discernimiento.

El ejercicio de este derecho corresponde al que tiene 18 años de edad y es capaz de discernimiento, conforme a los artículos siguientes:

“Art. 13

2. Condizioni

a. In genere

Chi è maggiorenne e capace di discernimento ha l'esercizio dei diritti civili.”

(Artículo 13

2. Condiciones

a. En general

Quien es mayor de edad y capaz de discernimiento tiene el ejercicio de los derechos civiles)⁹⁵

“Art. 14

b. Maggiore età

È maggiorenne chi ha compiuto gli anni 18.”

(Artículo 14

b. Mayoría de edad

Es mayor de edad quien ha cumplido los 18 años.)⁹⁶

De la regulación del mandato precautorio se ocupan los artículos que se transcriben a continuación:

“Sezione prima: Del mandato precauzionale

Art. 360

A. Principio

¹ Chi ha l'esercizio dei diritti civili può incaricare una persona fisica o giuridica di provvedere alla cura della propria persona o dei propri interessi patrimoniali o di

⁹⁵ Traducción realizada por María Guadalupe Núñez Peña, Profesora de Italiano en la Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Aragón, realizada el 20 de octubre de 2013.

⁹⁶ Idem.

rappresentarlo nelle relazioni giuridiche, nel caso in cui divenga incapace di discernimento.

² Egli definisce i compiti attribuiti al mandatario e può impartire istruzioni sull'adempimento degli stessi.

³ Può prendere disposizioni alternative per il caso in cui il mandatario non sia idoneo a svolgere il compito, non accetti il mandato o lo disdica.”

(Primera sección: Del mandato precautorio

Artículo 360

A. Principio

¹ Quien tiene el ejercicio de los derechos civiles puede asignar a una persona física o jurídica proveer al cuidado de la propia persona o de los propios intereses patrimoniales o de representarlo en las relaciones jurídicas, en el caso en que llegue a ser incapaz de discernir.

² Él define las actividades para el mandatario y puede dar instrucciones para su cumplimiento.

³ Puede tomar disposiciones alternativas para el caso en el que el mandatario no sea idoneo a desarrollar la actividad, no acepte el mandato o lo desdiga.)⁹⁷

“Art. 361

B. Costituzione e revoca

I. Costituzione

¹ Il mandato precauzionale è costituito per atto olografo o per atto pubblico.

² Dall'inizio alla fine il mandato olografo è redatto, datato e firmato a mano dal mandante.

³ Su domanda, l'ufficio dello stato civile iscrive nella banca dati centrale la costituzione del mandato e il luogo in cui lo stesso è depositato. Il Consiglio federale emana le disposizioni necessarie, segnatamente sull'accesso ai dati.”

(Artículo 361

B. Constitución y revocación

I. Constitución

¹ El mandato precautorio está constituido por acto testamentario o por acto público.

² Del inicio al final el mandato testamentario está redactado, fechado y firmado de principio a fin a mano por el mandante.

⁹⁷ Idem.

³ Por requisito, la oficina del estado civil inscribe en el banco de datos central la constitución del mandato y el lugar en el cual ese mandato es depositado. El Consejo federal emite las disposiciones necesarias, especialmente al acceso a los datos)⁹⁸

“Art. 362

II. Revoca

¹ Il mandante può revocare il mandato precauzionale in ogni tempo rispettando una delle forme prescritte per la sua costituzione.

² Egli può revocare il mandato anche distruggendo il documento.

³ Un nuovo mandato sostituisce il precedente, anche senza revoca espressa, eccetto che se ne riveli un indubbio complemento.”

(Artículo 362

II. Revocación

¹ El mandante puede revocar el mandato precautorio en cada momento respetando una de las formas prescritas para su constitución.

² Él puede revocar el mandato también destruyendo el documento.

³ Un nuevo mandato sustituye al anterior, aún sin revocación manifiesta, excepto que de ese se revele un indudable complemento.)⁹⁹

“Art. 363

C. Convalida e accettazione

¹ Quando apprende che una persona è divenuta incapace di discernimento e ignora se sussiste un mandato precauzionale, l'autorità di protezione degli adulti si informa presso l'ufficio dello stato civile.

² Qualora il mandato sussista, l'autorità di protezione degli adulti verifica se:

1. è stato validamente costituito;
2. ne sono adempiute le condizioni per l'efficacia;
3. il mandatario è idoneo ai suoi compiti; e
4. sono necessarie ulteriori misure di protezione degli adulti.

³ Se il mandatario accetta il mandato, l'autorità lo rende attento agli obblighi derivanti dalle disposizioni del Codice delle obbligazioni¹ sul mandato e gli consegna un documento che attesta i poteri conferitigli.”

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Idem

(Artículo 363

C. Convalidación y aceptación

¹ Cuando se sabe que una persona se ha vuelto incapaz e ignora si subsiste un mandato precautorio, la autoridad de protección de los adultos se informa en la oficina del estado civil.

² En el caso de que el mandato subsista, la autoridad de protección de los adultos verifica si :

1. Ha sido constituido con validez;
2. Se han cumplido las condiciones con eficacia;
3. El mandatario es idóneo para sus actividades; y
4. Son necesarias ulteriores medidas de protección de los adultos.

³ Si el mandatario acepta el mandato, la autoridad lo hace consiente de llevar a cabo las obligaciones derivadas de las disposiciones del Código de las obligaciones en el mandato le da un documento que certifica los poderes conferidos a él.)¹⁰⁰

“Artículo 368

H. Intervento dell'autorità di protezione degli adulti

¹ Se gli interessi del mandante sono esposti a pericolo o non sono più salvaguardati, l'autorità di protezione degli adulti prende le misure necessarie, d'ufficio o su domanda di una persona vicina al mandante.

² Essa può in particolare impartire istruzioni al mandatario, obbligarlo a compilare un inventario, a presentare periodicamente i conti e a fare rapporto oppure può privarlo in tutto o in parte dei poteri.”

(Artículo 368

H. Intervención de la autoridad de protección de los adultos

¹ Si los intereses del mandante son puestos en riesgo o no están salvaguardados, la autoridad de protección de los adultos toma las medidas necesarias, de oficio o por requerimiento de una persona cercana al mandante.

² La autoridad puede en específico impartir instrucciones al mandatario, obligarlo a compilar un inventario, para presentar periódicamente las cuentas y para tener relación o bien puede privarlo de todo o parte de sus poderes.)¹⁰¹

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Idem.

En los artículos transcritos se aprecia el ejercicio del mandato de manera unilateral, la aceptación del mandato no es obligatoria, incluso se regula la idoneidad del mandatario para realizar las actividades encomendadas, lo cual es verificado por la autoridad de protección de los adultos. Dicha autoridad puede incluso, conforme lo señala el artículo 368 dar instrucciones al mandatario y, hasta privarlo de todo o parte de sus poderes.

3.1.3. España

En este país se han emitido diversas leyes que reconocen la voluntad del sujeto para dictar disposiciones en materia de salud principalmente, por ello ha cobrado importancia la regulación de los derechos del paciente, entre ellos el derecho a la voluntad anticipada, el derecho a la información, a la autonomía del paciente y la documentación clínica, así tenemos la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de Valencia, donde puede emitir el documento el mayor de edad o menor emancipado, con capacidad legal suficiente; podrá también designar a su representante y pronunciarse acerca de la donación de sus órganos para fines terapéuticos, docentes y de investigación, pudiendo formalizarse la Declaración de Voluntades Anticipadas ante notario o tres testigos o cualquier otro procedimiento que sea establecido legalmente. En este documento al menor emancipado se le dota de la capacidad legal suficiente, además se le considera titular del derecho a la información, al igual que al mayor de dieciséis años; incluso a los mayores de doce años se les considera que tienen el derecho a ser informados.

“Artículo 17. Voluntades anticipadas

1. El documento de voluntades anticipadas es el documento mediante el que una persona mayor de edad o menor emancipada, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones que sobre las actuaciones médicas se deben tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que las circunstancias que concurren no le permitan expresar libremente su voluntad.

En la declaración de voluntades anticipadas, la persona interesada podrá hacer constar la decisión respecto a la donación de sus órganos con finalidad terapéutica, docente o

de investigación. En este caso, no se requerirá autorización para la extracción o la utilización de los órganos donados.

En este documento, la persona otorgante podrá también designar a un representante que será el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario para que, en caso de no poder expresar por si misma su voluntad, la sustituya.

2. El documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan relación con el autor del mismo. Caso que en el cumplimiento del documento de voluntades anticipadas surgiera la objeción de conciencia de algún facultativo, la administración pondrá los recursos suficientes para atender la voluntad anticipada de los pacientes en los supuestos recogidos en el actual ordenamiento jurídico.

3. Deberá constar, indubitadamente, que este documento ha sido otorgado en las condiciones expuestas en el apartado anterior. A estos efectos, la declaración de voluntades anticipadas deberá formalizarse mediante alguno de los procedimientos siguientes:

a) Ante notario. En este supuesto no será necesaria la presencia de testigos.

b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no tendrán relación de parentesco hasta el segundo grado ni vinculación patrimonial con el otorgante.

c) O cualquier otro procedimiento que sea establecido legalmente.

4. Las voluntades anticipadas pueden modificarse, ampliarse o concretarse o dejarlas sin efecto en cualquier momento, por la sola voluntad de la persona otorgante, dejando constancia por escrito o indubitadamente.

En estos casos, se considerará la última actuación de la persona otorgante.

5. No podrán tenerse en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el sujeto ha previsto en el momento de emitirlas. En estos casos, quedará constancia razonada de ello en la historia clínica del paciente.

6. Cuando existan voluntades anticipadas, la persona que las otorga, o cualquier otra, hará llegar el documento al centro sanitario donde esté hospitalizada y/o a cualquier otro lugar donde esté siendo atendida la persona. Este documento será incorporado a la historia clínica del paciente.

7. La Conselleria de Sanidad creará un registro centralizado de voluntades anticipadas que desarrollará reglamentariamente.”

“Artículo 7. El titular del derecho a la información asistencial

1. El paciente es el único titular del derecho a la información. La información que se dé a sus familiares o persona que le represente legalmente, será la que él previamente haya autorizado expresa o tácitamente. En el supuesto del artículo 6.4 se proporcionará toda la información al familiar o persona que el paciente haya designado.

2. Cuando a criterio del médico, el paciente esté incapacitado, de manera temporal o permanente, para comprender la información, se le dará aquella que su grado de comprensión permita, debiendo informarse también a sus familiares, tutores o personas a él allegadas, incluyendo todas aquellas personas vinculadas a las que se refiere la Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Generalitat Valenciana por la que se regulan las parejas de hecho.

3. En el caso de menores, se les dará información adaptada a su grado de madurez y, en todo caso, a los mayores de doce años. También deberá informarse plenamente a los padres o tutores que podrán estar presentes durante el acto informativo a los menores.

Los menores emancipados y los mayores de dieciséis años son los titulares del derecho a la información.”

La Ley 5/2003, del 9 de octubre, de Declaración de Voluntad Vital Anticipada de Andalucía considera que tienen capacidad para otorgar la declaración, el menor emancipado y el incapacitado judicialmente, se transcribe el contenido:

“Artículo 2. Concepto de declaración de voluntad vital anticipada.

A los efectos de esta Ley, se entiende por declaración de voluntad vital anticipada la manifestación escrita hecha para ser incorporada al Registro que esta Ley crea, por una persona capaz que, consciente y libremente, expresa las opciones e instrucciones que deben respetarse en la asistencia sanitaria que reciba en el caso de que concurren circunstancias clínicas en las cuales no pueda expresar personalmente su voluntad.”

“Artículo 4. Capacidad para otorgar la declaración.

1. La declaración de voluntad vital anticipada podrá ser emitida por un mayor de edad o un menor emancipado.

2. Los incapacitados judicialmente podrán emitir declaración de voluntad vital anticipada, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. No obstante, si el personal facultativo responsable de su asistencia sanitaria cuestionara su capacidad para otorgarla, pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, inste ante la autoridad judicial un nuevo proceso, que tenga por objeto modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.”

Otras leyes que regulan lo relacionado con la materia de salud son: la Ley 7/2002, del 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad del País Vasco; Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León y; la Ley Estatal 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Una ley que destaca por la materia que regula y porque contiene modificaciones al Código Civil Español en materia de autotutela es la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Su objeto es favorecer la aportación a título gratuito de bienes y derechos al patrimonio de las personas con discapacidad, tales bienes y derechos constituyen el patrimonio protegido, así como establecer mecanismos adecuados para garantizar la afección de esos bienes y derechos para la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares.

En dicha ley destacan: el artículo 7, que regula la supervisión de la administración del patrimonio protegido de las personas con discapacidad, la cual queda a cargo del Ministerio Fiscal, quien actuará de oficio o a petición de cualquier otra persona; la creación de la Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

El artículo 9 de la ley 41/2003 contiene modificaciones al Código Civil Español en materia de autotutela, en tres artículos: el artículo 223 otorga el derecho a cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, para poder adoptar en documento

público notarial cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor; el artículo 234 establece que para el nombramiento del tutor se preferirá al designado por el propio tutelado, al cónyuge que conviva con el tutelado, a los padres, a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad y, al descendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez; el artículo 239 agrega que en el caso de que ninguna de estas personas sea nombrado tutor, la tutela la asumirá, por ministerio de ley, la entidad pública a la que en su respectivo territorio está encomendada la tutela, también cuando el incapaz se encuentre en situación de desamparo.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 41/2003 modifica al Código Civil respecto al mandato, éste se extinguirá por incapacidad sobrevenida del mandante, salvo que hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante, en éstos casos el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. El artículo 12 de la Ley indicada, en modificación al Código Civil, crea un nuevo capítulo bajo la denominación del contrato de alimentos, mediante el cual una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos.

Finalmente, la Ley 41/2003 en el artículo 14 modifica el artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de procesos sobre la capacidad de las personas, quedando de la siguiente forma: “La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.”

3.1.4. Canadá

El Código Civil de Quebec, vigente desde el primero de enero de 1994, reemplazó al *Code Civil du Bas-Canada* (Código Civil del Bajo Canadá) que rigió desde el año de 1866. En dicho Código se advierten los rasgos siguientes:

Parte del principio de presunción de capacidad y funciona en un marco de respeto de la persona del incapaz, atento a sus necesidades, pero tratando de evitar limitaciones inútiles a su autonomía. En este contexto el Estado toma en cuenta el grado de incapacidad y las necesidades de la persona para ordenar la apertura de la curatela, como régimen extremo de representación; de la tutela, que permite conservar al incapaz cierta autonomía, se puede dictar para proveer a la representación de la persona y sus bienes, o sólo a la persona o los bienes y, el consejero del mayor, quien no ejerce la representación sino únicamente la asistencia y asesoramiento por debilitamiento de las aptitudes psíquicas o prodigalidad, y puede limitarse en el tiempo o a ciertos actos. Cabe destacar la obligatoriedad de la revaluación judicial periódica en el estado de salud del enfermo, sujeto a control permanente, para su revisión y cambio.¹⁰²

“Para solicitar la apertura de cualquiera de los tres regímenes señalados están legitimados el propio incapaz, sus familiares, cualquier interesado, el curador público y el mandatario, si su mandato resultare insuficiente para atender en todas sus necesidades al incapaz.”¹⁰³

Agrega De Brandi, la normativa exige que los incapaces sean informados y escuchados en cualquiera de los subregímenes previstos en cuanto a la procedencia de la incapacidad, el tipo de régimen a aplicarse, la persona a la que se encargará su representación o asesoramiento y las resoluciones que los afectarán. La ley establece que debe atenderse la voluntad expresada en los mandatos otorgados en previsión de su incapacidad,... se instaure como obligación del Juez interrogar al mandante.¹⁰⁴

Apreciamos en el consejero del mayor la prevención, la autoprotección y sobre todo destaca la regulación para aquellas personas capaces pero disminuidas en sus capacidades psíquicas, lo que no se encuentra contemplado en la legislación que rige en nuestro país.

¹⁰² Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, op. cit., nota 94 páginas 45-46.

¹⁰³ García Villegas, Eduardo, op. cit., nota 95, página 38.

¹⁰⁴ Taiana de Brandi. Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio. op. cit., nota 94, página 45.

Este ordenamiento jurídico contiene una cuarta figura de protección del mayor incapaz a través del mandato y regula también el fideicomiso, de las cuales el mandato es la figura similar a nuestra tutela cautelar, por tal motivo se expone a continuación:

El mandato, se encuentra regulado en el *Code Civil du Québec, section IV, des règles particulières au mandat donné en prévision de l'inaptitude du mandant*, en los artículos 2166 al 2185 de los cuales se transcriben a continuación los más importantes para el presente trabajo:

“2166. Le mandat donné par une personne majeure en prévision de son inaptitude à prendre soin d'elle-même ou à administrer ses biens est fait par acte notarié en minute ou devant témoins.

Son exécution est subordonnée à la survenance de l'inaptitude et à l'homologation par le tribunal, sur demande du mandataire désigné dans l'acte.”

(El mandato otorgado por una persona de edad avanzada antes de su incapacidad para cuidar de él o administrar su propiedad, se realiza por un acta notariada o en presencia de testigos. El ejercicio del mandato está subordinado a la aparición de la incapacidad y aprobación por el tribunal, a la petición del mandatario designado en el acto.)¹⁰⁵

“2167. Le mandat devant témoins est rédigé par le mandant ou par un tiers.

Le mandant, en présence de deux témoins qui n'ont pas d'intérêt à l'acte et qui sont en mesure de constater son aptitude à agir, déclare la nature de l'acte mais sans être tenu d'en divulguer le contenu. Il signe cet acte à la fin ou, s'il l'a déjà signé, il reconnaît sa signature; il peut aussi le faire signer par un tiers pour lui, en sa présence et suivant ses instructions. Les témoins signent aussitôt le mandat en présence du mandant.”

(El mandato otorgado en presencia de testigos es escrito por el mandante o por tercera persona. El mandante, en presencia de dos testigos que no tienen interés en el acto y de quien se encuentre en posición de comprobar si es capaz de actuar, declara la naturaleza del acto pero no divulga su contenido. El mandante firma el acto al final o si ya lo ha firmado reconoce su firma; puede tener una tercera persona que firme por él en

¹⁰⁵ García Villegas, Eduardo, op. cit., nota 95, página 38-39.

su presencia y de acuerdo a sus instrucciones. Los testigos firman el mandato inmediatamente en presencia del mandante.)¹⁰⁶

“2167.1. Le tribunal peut, au cours de l'instance d'homologation du mandat ou même avant si une demande d'homologation est imminente et qu'il y a lieu d'agir pour éviter au mandant un préjudice sérieux, rendre toute ordonnance qu'il estime nécessaire pour assurer la protection de la personne du mandant, sa représentation dans l'exercice de ses droits civils ou l'administration de ses biens.

L'acte par lequel le mandant a déjà chargé une autre personne de l'administration de ses biens continue de produire ses effets malgré l'instance, à moins que, pour un motif sérieux, cet acte ne soit révoqué par le tribunal.”

(Durante el proceso de aprobación o incluso antes de la petición de aprobación, si es inminente y necesario actuar para prevenir daños serios al mandante, el tribunal puede emitir una orden, si lo considera necesario, para asegurar la protección personal del mandante, su representación en el ejercicio de derechos civiles o de la administración de su propiedad. Un acto por el cual el mandante ha confiado la administración de su propiedad a otra persona produce sus efectos a pesar del proceso de aprobación, a menos que el acto sea revocado por el tribunal por una razón seria).¹⁰⁷

“2168. Lorsque la portée du mandat est douteuse, le mandataire l'interprète selon les règles relatives à la tutelle au majeur.

Si, alors, des avis, consentements ou autorisations sont requis en application des règles relatives à l'administration du bien d'autrui, le mandataire les obtient du curateur public ou du tribunal.”

(Cuando los límites del mandato estén en duda, el mandatario lo interpretará de acuerdo a las reglas de tutoría de las personas de edad avanzada. Si alguna noticia, consentimiento o autorización es entonces requerida de conformidad para las reglas respecto a la administración de la propiedad de otros, el mandatario la puede obtener del curador público o del tribunal).¹⁰⁸

“2169. Lorsque le mandat ne permet pas d'assurer pleinement les soins de la personne ou l'administration de ses biens, un régime de protection peut être établi pour le

¹⁰⁶ Ibidem, página 39.

¹⁰⁷ Ibidem, página 39.

¹⁰⁸ Ibidem, página 40.

compléter; le mandataire poursuit alors l'exécution de son mandat et fait rapport, sur demande et au moins une fois l'an, au tuteur ou au curateur et, à la fin du mandat, il leur rend compte.

Le mandataire n'est tenu de ces obligations qu'à l'égard du tuteur ou curateur à la personne. S'il assure lui-même la protection de la personne, le tuteur ou le curateur aux biens est tenu aux mêmes obligations envers le mandataire.”

(Cuando el mandato no sea suficiente para asegurar el cuidado de la persona o de la administración de su propiedad, una supervisión protectora puede ser instituida para complementarlo; el mandatario procede a llevar a cabo el mandato y hacer un reporte, por lo menos una vez al año, al tutor o curador. Al final del mandato debe rendir cuentas al tutor o curador. El mandatario está limitado por éstas obligaciones sólo con respecto al tutor o curador de la persona. Si la protección de la persona es asumida por el mismo mandatario, el tutor o curador están obligados en las mismas condiciones que el mandatario).¹⁰⁹

“**2172.** Le mandat cesse d'avoir effet lorsque le tribunal constate que le mandant est redevenu apte; ce dernier peut alors, s'il le considère approprié, révoquer son mandat.”

(El mandato deja de surtir efectos cuando el tribunal comprueba que el mandante se ha vuelto nuevamente capaz; el mandante puede entonces revocar su mandato si lo considera apropiado).¹¹⁰

“**2173.** S'il constate que le mandant est redevenu apte, le directeur général de l'établissement de santé ou de services sociaux qui prodigue des soins ou procure des services au mandant doit attester cette aptitude dans un rapport qu'il dépose au greffe du tribunal. Ce rapport est constitué, entre autres, de l'évaluation médicale et psychosociale. Le greffier avise de ce dépôt le mandataire, le mandant et les personnes habilitées à intervenir à une demande d'ouverture de régime de protection. À défaut d'opposition dans les 30 jours, la constatation de l'aptitude du mandant par le tribunal est présumée et le greffier doit transmettre un avis de la cessation des effets du mandat, sans délai, au mandant, au mandataire et au curateur public.”

(Si el director general de la Salud y Servicios Sociales que brindan cuidados y servicios al mandante comprueba que éste se ha vuelto capaz nuevamente, debe atestiguar dicha capacidad en un reporte que debe llenar en las oficinas del tribunal. Dicho reporte debe

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem.

incluir las evaluaciones médicas o psicológicas. El empleado informa al mandatario, al mandante y a las personas calificadas para intervenir en la solicitud para la institución de supervisión protectora. Si no existe objeción en 30 días, el tribunal presume que el mandante es nuevamente capaz, y el empleado debe, sin retraso, transmitir la noticia de cesación de los efectos del mandato al mandante, al mandatario y al curador público).¹¹¹

“2174. Le mandataire ne peut, malgré toute stipulation contraire, renoncer à son mandat sans avoir au préalable pourvu à son remplacement si le mandat y pourvoit, ou sans avoir demandé l'ouverture d'un régime de protection à l'égard du mandant.”

(El mandatario no puede, a pesar de disposición en contrario, renunciar al mandato, a menos que anteriormente haya proporcionado un sustituto para el mismo fin o que haya solicitado el ingreso a la institución de supervisión protectora respecto al mandante).¹¹²

De los artículos transcritos destacan los siguientes puntos: El mandato debe darse por persona mayor en previsión de su incapacidad, por acta notariada o por escrito en presencia de testigos, quienes no deberán tener interés en el acto, para cuidar de él o administrar su propiedad, dicho mandato esta subordinado a la aparición de la incapacidad y aprobación por el tribunal, a la petición del mandatario designado en el acto. El siguiente artículo establece que el mandato otorgado por la segunda vía debe ser escrito, en presencia de dos testigos y de quien se encuentre en posición de comprobar si es capaz de actuar.

La aceptación por el mandatario puede ser simultánea o posterior a su otorgamiento, a lo que comenta Taiana de Brandi: “La ventaja de su coincidencia temporal está en que el aceptante queda comprometido a tramitar la homologación judicial con diligencia. Dado el consentimiento, el contrato comienza a producir algunos efectos entre las partes.”¹¹³

Durante el proceso de aprobación o incluso antes de su petición, el Tribunal puede emitir una orden, si es inminente y necesario actuar para prevenir daños serios y asegurar la protección personal del mandante, su representación en el

¹¹¹ García Villegas, Eduardo, op. cit., nota 95, página 41.

¹¹² Idem.

¹¹³ Taiana de Brandi, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, op. cit., nota 94, página 47.

ejercicio de sus derechos civiles o de administración de su propiedad. Este mismo artículo regula que un acto por el cual el mandante ha confiado la administración de su propiedad a otra persona produce efectos a pesar del proceso de aprobación, salvo que se revoque por el tribunal a causa de una razón seria.

La interpretación del mandato se realizará de acuerdo a las reglas relativas a la tutela del mayor.

Cuando el mandato no sea suficiente para asegurar el cuidado de la persona o la administración de los bienes, puede establecerse un régimen de protección para completarlo, el mandatario ejecuta el mandato y hace reporte, por lo menos una vez al año, al tutor o curador y, al final del mandato debe rendir cuentas igualmente al tutor o curador. Esto resulta importante porque pueden llegar a coexistir el mandato y la tutela o curaduría.

Este mandato deja de surtir efectos cuando el Tribunal comprueba que el mandante se ha vuelto nuevamente capaz; si lo considera apropiado el mandante puede revocar su mandato. Lo anterior se comprueba si el Director General de Salud y Servicios Sociales que brindan cuidados y servicios al mandante atestiguan la capacidad en un reporte que deben llenar en las oficinas del Tribunal, el cual debe incluir las evaluaciones médicas o psicológicas. Además el empleado informa al mandatario, al mandante y a las personas calificadas para intervenir en la solicitud para la institución de supervisión protectora. Si no existe objeción en 30 días, el tribunal presume que el mandante es nuevamente capaz.

El mandatario no puede renunciar al mandato, a pesar de disposición en contrario, a menos que haya proporcionado un sustituto o que haya solicitado el ingreso del mandante a la institución de supervisión protectora.

La legislación de Quebec rompe con el principio de que la representación voluntaria termina con la interdicción del poderdante, fundando esta prórroga en el principio de la autonomía de la voluntad para no extinguir la representación, siempre y cuando el poderdante así lo haya expresado al momento de conferir el poder.

De lo transcrito apreciamos diferencias muy grandes en relación a la regulación del mandato en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, ya que de acuerdo al artículo 2595, fracción IV, uno de los modos de terminar el mandato, es con la interdicción de uno u otro; y en el supuesto de conceder la continuación de la representación, esta se haría efectiva al ocurrir la incapacidad, siempre y cuando al momento de otorgar el poder se haya pactado expresamente. Indudablemente la regulación del mandato para los efectos contemplados en la legislación de Canadá trata de dar mayor peso a la autonomía de la voluntad y en el supuesto de adoptarse en nuestra legislación citada estamos convencidos que debe ampliar el horizonte de esta autonomía hacia el cuidado no sólo del patrimonio sino también hacia el cuidado de la persona, lo que ocasionaría que la esfera en la que se encuentra la regulación del poder habría que trasladarla al derecho de familia y de las personas para lograr que las facultades que se confieran al apoderado puedan ejercerse en ambas esferas, esto es, la correspondiente a la persona y la patrimonial, pues la representación voluntaria en la actualidad tiene un campo de acción en el ámbito de las relaciones patrimoniales y se encuentra restringido en materia de los derechos de la personalidad.

Otras provincias de Canadá, contemplan figuras jurídicas encargadas de la regulación de las directrices anticipadas, encaminadas principalmente al cuidado de la salud; llama nuestra atención las legislaciones de las provincias de *Manitova* y *Saskatchewan*, porque en ambas se reconoce a quien tenga dieciséis años cumplidos de edad, la elaboración de los respectivos documentos y se pronuncian respecto de la capacidad en los términos siguientes: En la primer provincia encontramos regulada la “*Health Care Directive*”, que puede ser redactada por toda persona capaz de entender las consecuencias derivadas de las decisiones que adopte, se presume que cualquier persona que haya cumplido 16 años puede elaborar éste documento, por su parte; *Saskatchewan* regula el Testamento Vital llamado “*Directive*”, puede ser redactado por cualquier persona que haya cumplido 16 años y tenga suficiente capacidad y agrega que sólo si el otorgante no tuviera

la capacidad requerida habrá de ser firmada por otra persona en presencia del otorgante y de un testigo.¹¹⁴

3.1.5. Estados Unidos

El sistema jurídico en este país se caracteriza por basarse más en la jurisprudencia que en las leyes, a diferencia del nuestro. Este sistema parte del análisis de las sentencias judiciales, las cuales emanan de los Tribunales establecidos y, de acuerdo a la interpretación de tales sentencias se dictan las leyes; por tal motivo estas interpretaciones judiciales pueden dar cabida a figuras jurídicas nuevas.

En los Estados Unidos de Norteamérica las sentencias dictadas por el Tribunal, obligan a emitir su fallo en el mismo sentido en casos posteriores y que sean similares, igualmente a los Tribunales inferiores. Por ello, cualquier análisis que pretenda hacerse del derecho anglosajón debe tener en cuenta el estudio de las sentencias, de las cuales como ya se dijo, se induce la norma y termina en la elaboración de un caso tipo, el cual se compara con la situación que se estudie. Por ello en el presente trabajo se expone la primera sentencia emitida por los Tribunales, así como las figuras jurídicas que contienen disposiciones anticipadas en el caso de incapacidades en las personas.

Tengamos presente que también cuentan con una Constitución, como el fundamento lógico-normativo de sus instituciones jurídicas; y con normas generales sancionadas por autoridades legislativas, es decir, por el derecho escrito (*written law*) y por el derecho no escrito (*unwritten law*). Para García Villegas la Constitución como ley fundamental, es un documento equilibrado: “Porque intenta armonizar las necesidades de orden exigidas por la sociedad, por un lado, y el derecho a la libertad de las personas, por el otro...asegurar la libertad de los ciudadanos y lograr un equilibrio entre la autoridad y las garantías explícitas

¹¹⁴ García Villegas, Eduardo, op. cit., nota 95, página 42.

de la libertad individual fue una de las grandes preocupaciones de los artífices de la Constitución.”¹¹⁵

Caso Nancy Cruzan. Conoció en grado de apelación la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, se pronunció acerca del derecho a morir. En este caso un accidente automovilístico trae como consecuencia el estado vegetativo, y después de siete años los padres solicitaron la autorización judicial para que se le retirara la sonda alimenticia. Tal petición fue rechazada por la Corte, porque el Tribunal de Missouri alegó no contar con la voluntad probada del paciente, situación que acreditaron en un segundo intento, con lo que se autorizó el retiro de la alimentación por tubo. La Corte reconoció el derecho a morir pero también estableció el derecho de toda persona a decidir sobre su salud y sobre el uso o no de tratamientos artificiales para mantener la vida. Sostuvo que desconocer este derecho significaría una invasión a la libertad individual, principio constitucional, pero, a su vez, reconoció que la sociedad y, por ende, cada Estado, como defensor de la vida humana, tiene derecho de exigir que tal voluntad le sea clara y convincentemente manifestada por el paciente –en el momento- o con anterioridad, testamento vital (*living will*), o por otra persona designada válidamente por dicho paciente, cuando era capaz (*Durable Power of Attorney for Health Care*). Desconocer tales instrucciones, era inconstitucional.

En ese contexto, señala García Villegas, encontramos algunas figuras jurídicas como son: La *Patient Self Determination Act*, que reconoce la libertad del ser humano sobre su propia persona para decidir si desea o no recibir tratamientos médicos en el caso de internación en hospitales y centros sanitarios federales; las *Natural Death Acts*, utilizado por toda persona mayor de edad y con capacidad, para rechazar bajo determinadas circunstancias, un tratamiento médico encaminado a prolongar su vida. Requieren sea solicitado previamente por escrito a través de las *advance directives*, que son las disposiciones anticipadas

¹¹⁵ Ibidem, página 45.

tomadas por uno mismo y no por otras personas, o por el testamento vital (*living will*), testamento vital.¹¹⁶

Otras figuras según, el mismo autor citado son: el Poder Durable del Abogado (*Durable Power of Attorney*), es un documento en el que una persona da autoridad legal a otra para que actúe en su nombre cuando el otorgante se vuelva incapaz, siempre que declare que continuarán sus efectos aún después que ocurra la incapacidad; abarca la administración de todo o parte del patrimonio, en el ámbito monetario o personal, o ambos, pudiendo incluirse instrucciones.

El Fideicomiso (*Trust*), es un arreglo por el cual el fideicomisario, quien puede ser una persona o institución, tiene el título de una propiedad en favor del beneficiario, se utiliza para el mantenimiento de la propiedad durante la vida (*living trust*) e incluso después de la muerte; puede establecerse también que surta efectos en el caso de incapacidad.

El Poder para el cuidado de la Salud (*Health Care Power of Attorney*), destinado exclusivamente a los cuidados de la salud. Se designa a un agente.

Finalmente, el Testamento vital (*Living Will*), es un documento mediante el cual una persona expresa su voluntad a recibir los tratamientos médicos en el caso que no pueda expresarla por sí mismo, principalmente cuando se trate de mantener su vida artificialmente con la utilización de instrumentos.¹¹⁷

De acuerdo al orden de ideas establecido se encuentra que se encaminan hacia el cuidado de la salud, en dos vertientes, una encauzada hacia el derecho de interrumpir o rechazar los tratamientos médicos dirigidos a salvar la vida y el opuesto, es decir, el derecho a recibir la asistencia médica destinada al suicidio.

3.2. Legislación nacional

En nuestro país son trece las entidades federativas más el Distrito Federal, las que se han ocupado de introducir en sus legislaciones correspondientes la

¹¹⁶ Ibidem, páginas 63-64.

¹¹⁷ Ibidem, páginas 65-67.

figura jurídica que regule los casos de previsión de la incapacidad, le han asignado nombres diferentes y todas ellas la fundamentan en la autonomía de la voluntad. Por ello se hará una breve exposición de cada una de esas legislaciones de acuerdo al orden cronológico en el que aparecieron en sus normatividades correspondientes.

3.2.1. Estado de Morelos

El Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos, vigente el primero de enero de 1994 introdujo por primera vez en nuestro país esta clase de tutela, disposiciones que fueron derogadas por el Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos publicado el 6 de septiembre de 2006 con vigencia desde el 1º de octubre de 2006. El Código Familiar contiene normas de carácter general que por ser aplicables a la tutela preventiva exponemos a continuación:

En el tema de la incapacidad, el artículo 6 del Código Familiar citado, dice que puede ser natural y legal, y la tienen: 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 por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio; y III.- Las demás personas que señala la Ley.

El artículo 7 establece como limitaciones y restricciones a la capacidad o capacidad jurídica, la minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la Ley, que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia, esta última parte deja en claro el respeto y protección del ordenamiento jurídico para la dignidad de la persona e integridad de la familia.

Es importante enunciar el artículo 8 llamado: “Derechos fundamentales del ser humano”, ya que establece con claridad en su denominación la necesidad por el reconocimiento y regulación de éstos derechos, el primero de ellos es que todo individuo gozará de los derechos fundamentales otorgados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, las legislaciones federales y locales, es decir establece la jerarquía de las leyes que serán aplicables en el Estado, e inmediatamente agrega el respeto de la vida, de la seguridad, de la privacidad y dignidad personal. Al igual que en la Constitución Federal plasma en la última parte el principio de seguridad jurídica al regular que los derechos no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que la ley suprema establece.

A los menores de edad les da un tratamiento especial ya que enfatiza que gozarán de los derechos fundamentales. Transcribimos el último párrafo del presente artículo, el cual es importante para el contenido de las disposiciones de la tutela preventiva:

“Artículo 8.- Derechos fundamentales del ser humano.

Los menores de edad gozarán de los derechos fundamentales del ser humano, así como los que en el orden familiar especifica este Código.

Por lo que hace a los derechos, obligaciones y responsabilidades civiles y familiares de los menores de edad, se estará además a la reglamentación de este ordenamiento y del código civil en vigor.

Es derecho fundamental del ser humano disponer, en vida o para después de su muerte, de partes u órganos de su cuerpo, siempre que su voluntad conste fehacientemente y no se contravengan normas sanitarias o penales.”

En los artículos citados y primordialmente en este último se aprecia la necesidad por dar un reconocimiento y regulación a los derechos humanos del individuo, denominados aquí derechos fundamentales; hace el llamamiento de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico aplicable, además al agregar el respeto de la vida, de la seguridad, de la privacidad y dignidad personal enfatiza la preocupación por la protección de esos derechos, el último párrafo del artículo transcrito contiene el derecho del ser humano para disponer de su cuerpo con

fundamento en la manifestación de la voluntad, todos estos elementos expuestos resultan aplicables a la tutela preventiva e incluso forman parte medular de ella, de ahí la importancia de su exposición.

El Código Familiar introduce esta clase de tutela bajo la denominación de preventiva, y la regula en los artículos 259, y del número 284 al 286, que a continuación se presentan:

“Artículo 259.- Clases de tutela. La tutela es testamentaria, legítima, dativa o preventiva.”

“Artículo 284.- Posibilidad de persona capaz para designar su propio tutor. Toda persona en pleno ejercicio de sus derechos podrá designar a una persona capaz, para que si cayere en estado de interdicción o inhabilitación, desempeñe la tutela respecto de ella.”

“Artículo 285.- Designación plural de personas como futuros tutores. También, en la misma forma que señala el precepto anterior, podrá designar a otras personas para que por su orden substituyan al designado en el desempeño del cargo, en caso de no aceptación, impedimento, excusa o remoción.

Estas designaciones sólo serán válidas si se hacen ante Notario o Juez de lo Familiar.”

“Artículo 286.- Aplicación de la normatividad de la tutela testamentaria a la preventiva. Serán aplicables a la tutela preventiva todas las disposiciones de la tutela testamentaria en cuanto no se opongan a lo dispuesto en el artículo anterior.”

En primer lugar debemos determinar quién tiene el pleno ejercicio de sus derechos, y de acuerdo al Código vemos que corresponde a toda persona que sea mayor de edad, de acuerdo al artículo 63 del mismo ordenamiento jurídico es a los dieciocho años cumplidos, quien en previsión de un posible estado de interdicción o inhabilitación hará la designación de su tutor ante el Notario o Juez de lo Familiar, sin este requisito carecerá de validez tal designación, observamos también que no existe disposición alguna que autorice al emitente del acto jurídico para disponer de su persona y de sus bienes, por lo tanto, las atribuciones para ejercer estas facultades quedan determinadas por la ley.

El artículo 285 del ordenamiento jurídico en comento regula una designación plural, pero el desempeño del cargo será de manera sucesiva, de acuerdo a la redacción del artículo al indicar la posibilidad de nombrar a otras personas para que en estricto orden substituyan al designado; en tanto que si se tratare de una designación plural estos ejercerían el cargo de manera simultánea, lo que no ocurre pues el cargo es depositado en un sólo tutor.

Llama la atención que el legislador sujete esta tutela a la aplicación de las normas de la tutela testamentaria y no de la legítima que es la que adoptan en general los Códigos Civiles de nuestro país.

3.2.2. Estado de Coahuila

La regulación de la tutela la encontramos en el Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, publicado el 25 de junio de 1999, en vigor desde el 1º de octubre de 1999.

La tutela, según el artículo 558 es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada, de ésta última el artículo siguiente la regula:

“Artículo 616. El mayor de edad capaz tiene derecho a designar su tutor para el caso de que sea declarado incapaz. Este nombramiento excluye del ejercicio de la tutela a las personas a las que pudiera corresponderles de acuerdo con este código.

La persona designada no está obligada a aceptar el cargo, aunque no tenga excusa para ello, pero si lo acepta deberá permanecer en él un año cuando menos, pasado el cual podrá solicitar al Juez se le releve del mismo.

Si se nombran varios tutores, desempeñará la tutela el primero de los nombrados, a quien substituirán los demás en el orden de su designación, en los casos de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo; excepto que se haya establecido el orden en que los tutores deban sucederse en el desempeño de la tutela.

La designación de tutor debe hacerse ante notario y es revocable en cualquier tiempo mediante la misma formalidad.

En lo que no se opongan son aplicables al tutor autodesignado las disposiciones de la tutela en general, salvo lo dispuesto expresamente por quien lo nombre.”

Consideramos que esta tutela regula sólo el derecho para designar a su tutor, de ahí su nombre, con lo que se entiende que el cargo es de carácter unitario. Tal designación sólo podrá hacerse ante notario.

Por lo expuesto, debemos determinar quiénes son personas capaces y quienes cuentan con la mayoría de edad; en el primer punto resalta la regulación que el artículo 37 concede, pues nos dice que los mayores de edad no sujetos a interdicción y los menores emancipados cuentan con la capacidad de ejercicio, esto último es reiterado por el artículo 42 que más adelante se cita, con esta conclusión parecería que el menor de edad emancipado pudiera reunir los requisitos para designar a su tutor, pero no es así porque el artículo 616 establece la mayoría de edad a los 18 años cumplidos, además que el artículo 42 concede al emancipado la capacidad de ejercicio para administrar su patrimonio, de disposición en el caso de bienes muebles y para otorgar documento que contenga disposiciones previsoras encaminadas a una enfermedad terminal.

La designación se realiza para el caso de que una persona sea declarada incapaz, lo que nos remite necesariamente al artículo 48 de este mismo Código donde se indica que son incapaces los menores y los mayores de edad previstos en los incisos siguientes: a) Los privados de inteligencia o disminuidos o perturbados en ella, 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. b) Los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito o mediante intérprete, por lenguaje mímico.

La aceptación del cargo queda sujeta a la voluntad del designado y no requiere de alguna excusa para no hacerlo. Ello es importante porque tal aseveración lo libera de sanción o responsabilidad alguna, a la que se encuentran

sujetas las otras clases de tutela como la regulada en el Código Civil para el Distrito Federal.

La temporalidad mínima para el ejercicio del cargo es de un año, y el tutor tiene derecho de solicitar al Juez su relevo pasado ese tiempo, la sustitución indicada se llevará a cabo conforme al orden establecido o al orden de su designación.

En lo que no se oponga, al tutor autodesignado le será aplicable la normatividad de la tutela en general, salvo lo dispuesto expresamente por quien lo nombre, lo cual pareciere como si se tratara de una figura jurídica con vida propia, con disposiciones propias y en lo no contemplado tiene la aplicación supletoria de otra ya instituida, es decir, como si no se tratara de una clase de tutela. Este último párrafo es claro que se refiere a la normatividad aplicable y en ese sentido se interpreta que quien nombre tutor podrá establecer expresamente la normatividad aplicable, lo que no es posible, ya que la aplicación de las leyes no está sujeta a la voluntad de las partes. Lo que sí se puede inferir de esta disposición, es que deja a la voluntad del probable incapaz las facultades, obligaciones y derechos del tutor.

Entre las disposiciones aplicables de la tutela en general llaman nuestra atención el artículo 634 del Código Civil para el Estado de Coahuila, consistente en la liberación de la obligación del tutor autodesignado de dar garantía, enumera en cinco fracciones quienes están exceptuados para otorgarla y, agrega el artículo 636 del mismo ordenamiento jurídico, que sólo estarán obligados a darla cuando sobrevenga una causa que, a juicio del Juez, la haga necesaria; además el artículo 642 del mismo Código citado, establece la responsabilidad subsidiaria con el tutor para el Juez y el Ministerio Público, que no exijan se caucione el manejo de la tutela, o la información y la actualización de las garantías, serán responsables de los daños y perjuicios que sufra el incapaz. Por otro lado, según el artículo 683 del Código Civil aludido, el tutor autodesignado tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapaz, la cual podrá fijarla quien lo nombre y en caso de no hacerlo la señalará el Juez, de haber estas dos, el tutor tendrá el

derecho de escoger. Desaparece la figura del curador, pero encontramos en el artículo 559 que la tutela se desempeñará por el tutor con intervención del Juez de lo Familiar, del Ministerio Público y de la Procuraduría de la Familia.

La redacción del artículo es omisa en señalar si puede establecer disposiciones para la regulación de su persona y de sus bienes en el caso de presentarse la incapacidad, pero el último párrafo del artículo 616 del Código Civil de Coahuila podría dar solución a ello si se interpreta en el sentido de que al investir al tutor de ciertas facultades y obligaciones estas podrían estar encaminadas para la realización de ciertos actos que afectaran la esfera de su persona o patrimonio; y si a ello vinculamos lo dispuesto por el artículo 41 del mismo Código, el cual establece para disponer libremente de su persona y bienes, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, además de la mayoría de edad, que estén en pleno uso de sus facultades psíquicas y mentales; y lo dispuesto por el artículo 42 del Código Civil que concede al emancipado la capacidad de ejercicio para la libre administración de su patrimonio, disposición de sus bienes muebles y para otorgar el documento que contenga las disposiciones previsoras a que hace referencia la Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal, para el Estado de Coahuila, podemos concluir que la persona capaz mayor de edad puede disponer también de su persona y de sus bienes.

3.2.3. Estado de México

El Código Civil del Estado de México en vigor desde el 22 de junio de 2002, se encarga de regular esta tutela bajo el nombre de tutela voluntaria en los artículos siguientes:

“Clases de tutela

Artículo 4.240.- La tutela es testamentaria, legítima, dativa o voluntaria.”

“Nombramiento de tutor voluntario por personas capaces

Artículo 4.269.- Las personas capaces pueden designar tutor y curador, así como sus substitutos, para el caso de que llegare a caer en estado de interdicción.”

“Forma para designar tutor voluntario

Artículo 4.270.- Las designaciones anteriores, deben constar en escritura pública, con los requisitos del testamento público abierto.”

“Instrucciones al tutor voluntario

Artículo 4.271.- Al hacer la designación podrá instruir sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.”

“Requisitos para ser tutor voluntario

Artículo 4.272.- Si al hacerse la designación de tutor o curador voluntarios, éstos no reúnen los requisitos para desempeñar el cargo, será válida la designación si los satisfacen al momento de desempeñarse.”

“Requisitos para el desempeño de tutor voluntario

Artículo 4.273.- A falta o incapacidad de los tutores o curadores designados, se estará a las reglas de la tutela legítima.”

De la exposición de los artículos transcritos extraemos los siguientes elementos de la tutela voluntaria:

Sólo las personas capaces pueden designar a su tutor y curador así como a sus sustitutos; observamos que no hace un pronunciamiento literal sobre la edad requerida, sin embargo, al sujetarse a los requisitos del testamento público abierto, encontramos en las reglas generales que la edad requerida para testar es a los 16 años y, conforme al artículo 6.126 este tipo de testamento se otorga ante Notario. Requiere también que sea en escritura pública.

Pueden ser tutor voluntario y curador quienes cuenten con capacidad y sean mayores de edad.

Respecto del estado de interdicción el artículo 4.230 dice que tienen Incapacidad natural y legal: Los menores de edad; los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia por trastornos mentales, aunque tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no sepan leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inadecuado de estupefacientes, psicotrópicos, o cualquier otra sustancia que altere la conducta y

produzca dependencia; las personas que por cualquier causa física o mental no puedan manifestar su voluntad por algún medio. Los menores emancipados por razón del matrimonio tienen incapacidad legal para ejecutar actos de dominio respecto de sus bienes, para lo cual requiere de autorización judicial y podrán comparecer a juicio a través de su tutor, según lo previsto por el artículo 4.231.

Se podrá instruir sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.

La tutela en este Estado contempla las figuras de tutor y curador, este último solamente se dará cuando el tutor administre bienes; en cambio con el tutor contarán todos los sujetos tutela, según lo contemplado por el artículo 4,330.

3.2.4. Distrito Federal

El Código Civil para el Distrito Federal con fecha 15 de mayo de 2007 incorpora esta clase de tutela a la que denomina cautelar, en los artículos que transcribimos:

“Artículo 461. La tutela es cautelar, testamentaria, legítima, dativa y de los menores en situación de desamparo.”

“Artículo 469 Bis.- Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.”

“Artículo 469 Ter.- Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, siendo revocable este acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad.

En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.”

“Artículo 469 Quáter.- En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá

sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:

I. Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y

II. Establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código.

El Juez de lo Familiar, a petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el Juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.”

“Artículo 469 Quintus.- El tutor cautelar que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz.”

De los artículos transcritos podemos extraer lo siguiente: Tiene derecho a nombrar a su tutor o tutores y a sus sustitutos la persona capaz para hacer testamento, tal acto requiere que tenga dieciséis años cumplidos, ante notario público y en escritura pública.

Este nombramiento es plural porque indica que puede ser un tutor o tutores y a sus sustitutos.

Dice que tal designación es para el cuidado de su persona y en su caso de su patrimonio, como en la tutela general.

Si el tutor se excusa de ejercer el cargo, se fija la sanción de perder todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz.

El emitente del acto podrá dictar expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor y establece como mínimas las relativas a la toma de decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado; así como el derecho a la retribución del tutor en los términos del Código. Estas reglas pueden ser modificadas si las circunstancias o condiciones originalmente consideradas al momento de su designación han variado a tal grado que perjudiquen la persona o

patrimonio del pupilo, esta facultad es concedida al Juez de lo Familiar, a petición del tutor o curador, y de no existir éstos, de sus sustitutos, se tomará en cuenta la opinión del Consejo Local de Tutelas. Al momento de establecer la opcionalidad del acto este se considera como un requisito que no es esencial.

Este Código Civil conserva la figura del curador pero no está regulado el derecho de designarlo.

3.2.5. Estado de Hidalgo

La Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, publicada el 9 de abril de 2007 entró en vigor 60 días después de su publicación, regula lo relativo a nuestro tema, abroga el Código Familiar Reformado para el Estado de Hidalgo.

En esta Ley existen siete clases de tutela, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 253: Testamentaria; legítima; dativa, voluntaria; y se adicionan por reformas de fecha 31 de marzo de 2011, la especial; interina y por ministerio de Ley. Presentamos a continuación los artículos relacionados con la tutela voluntaria:

“Artículo 279.- Toda persona capaz puede designar tutor para el caso de que cayere en estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación.”

“Artículo 280.- El tutor que haya aceptado el cargo deberá permanecer en él todo el tiempo que dure el estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación del pupilo, a no ser que el tutor caiga en un estado de incapacidad, o sea removido, o se excuse con justificación debidamente probada, o por muerte.”

“Artículo 281.- La designación de tutor sólo será válida si se hace ante Notario Público o Juez Familiar. En el primer supuesto debe constar en escritura pública y con las formalidades del testamento público abierto. Y en el segundo supuesto se iniciará en procedimiento no contencioso debiendo el Juez notificar de manera personal al tutor propuesto para la aceptación del cargo y discernimiento del mismo, resolviendo lo conducente.

En igual forma el tutor deberá promover en procedimiento no contencioso cualquier solicitud relativa a la autorización para enajenar o gravar el patrimonio a su encargo.”

“Artículo 282.- Si al hacerse la designación de tutor voluntario, éste no reúne los requisitos para desempeñar el cargo, será válida la designación si los satisface al momento de desempeñarse.”

“Artículo 283.- A falta o incapacidad del tutor designado se estará a las reglas de tutela legítima.”

“Artículo 284.- Al hacerse la designación de tutor voluntario podrá instruirse sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, en su caso el monto de los honorarios del tutor y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones.”

Para poder designar a su tutor requiere que la persona sea capaz; esta normatividad no emite señalamiento en relación a la edad para ejercer este derecho. Dicha designación será válida si se realiza ante Notario en escritura pública y sujeta a las formalidades del testamento público abierto (dieciséis años), o ante el Juez de lo Familiar e indica que se iniciará en procedimiento no contencioso debiendo el Juez notificar de manera personal al tutor propuesto para la aceptación del cargo y discernimiento del mismo, resolviendo lo conducente. Por su parte el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Hidalgo asienta:

“Artículo 888.- Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

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

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

La designación se realiza para el caso de que cayere en estado de incapacidad, interdicción e inhabilitación. El artículo 249 nos dice que tienen incapacidad natural, adquirida o legal: Los menores de edad; aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de

ellas a la vez; y 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 manifiesten su voluntad por algún medio.

El cargo de tutor es de carácter unitario y durará en el ejercicio por todo el tiempo que permanezca la interdicción del pupilo.

Se le concede el derecho de poder emitir instrucciones sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, en su caso el monto de los honorarios del tutor y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones. Con ello se le inviste de facultades amplias para establecer las disposiciones a que deberá de sujetarse el tutor, plasmando de esta forma el principio de la autonomía de la voluntad. Pero, conforme a lo dispuesto en el artículo 281 requiere para enajenar o gravar el patrimonio a su cargo, que el tutor promueva en procedimiento no contencioso la autorización judicial. Por lo que se concluye que las facultades del tutor serán sólo de administración y conservación.

En esta ley no aparece la figura del curador, pero el Juez de oficio bajo pena de incurrir en responsabilidad y el Ministerio Público vigilarán de su ejercicio, y tendrán acceso directo a las funciones del tutor, para cerciorarse de su buen funcionamiento.

Para administrar los bienes del pupilo se requiere que seguir los siguientes lineamientos: el tutor que administre bienes, deberá contar con la aprobación del Juez Familiar e intervención del Ministerio Público y la vigilancia del Consejo de Familia; el tutor tiene la obligación de administrar el patrimonio de los incapacitados y consultar al pupilo para los actos importantes de la administración cuando sea capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años, tengamos presente que la administración de los bienes adquiridos con el trabajo del pupilo, le corresponden a él y no al tutor; igualmente el Juez Familiar, atendiendo el interés superior del menor, tomará en cuenta, en la medida de lo posible, el punto

de vista del menor que tenga más de dieciséis años, un desenvolvimiento de sus facultades mentales y su estado de salud se lo permita, antes de decidir actos importantes del menor, con la intervención del tutor y del Ministerio Público. El tutor para realizar cualquier acto trascendente en la vida y bienes del pupilo, deberá contar con la autorización del Juez Familiar, con vista al Ministerio Público. Se otorgan facultades al Ministerio Público para pedir explicación al tutor de cualquier acto, así como de los documentos usados para su ejercicio, ello en auxilio del Juez Familiar, artículos 302, 304, fracción IV, 308, 311 y 312.

Estos artículos citados nos muestran que la administración del tutor se encuentra excesivamente vigilada y sujeta a la autorización del Juez; llama nuestra atención que la ley plasme el derecho del mayor de dieciséis años de ser oído, consultado y de que se tome en cuenta su punto de vista, lo que percibido desde el otro punto de vista se convierte en una obligación, pero solamente para actos importantes o trascendentes de la administración, del menor, en la vida y bienes del pupilo. Destacamos estos derechos del menor porque tal parecería que el incapaz no tiene derecho más que a la representación, claro está que es reconocido por la ley la titularidad y el ejercicio de sus derechos personalísimos, la administración de los bienes que son producto de su trabajo, la representación y el derecho de audiencia.

3.2.6. Estado de Guanajuato

El Código Civil para el Estado de Guanajuato introdujo el 13 de junio de 2008, la tutela autodesignada en los artículos siguientes:

“(Adicionado, P.O. 13 de junio de 2008)

Artículo 514-A. Cualquier persona capaz, mayor de edad, en previsión de ser judicialmente declarada en estado de interdicción o, en cualquier caso previsto en la ley que devenga incapaz en el futuro, podrá adoptar disposiciones relativas a su propia persona o bienes, mediante la designación de tutor o tutores sustitutos y curador, a través de la vía de jurisdicción voluntaria.”

“(Reformado, P.O. 13 de junio de 2008)

Artículo 515. La tutela es autodesignada, testamentaria, legítima o dativa.

Si fuera de este Título se prevé otra forma de tutela, ésta tendrá el carácter de especial y se registrará bajo las normas que la establece, aplicando en lo no señalado lo que dispone este Título.”

Para realizar la designación del tutor y curador requiere que la persona cuente con capacidad y mayoría de edad, también nos dice que puede realizar disposiciones relativas a su persona y bienes, contempla también una tutela plural.

La designación del tutor y curador será vía jurisdicción voluntaria, por ello, se tiene que acudir al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato que explica:

“Artículo 705.- La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del Juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas.”

“(Reformado, P.O. 13 de junio de 2008)

Artículo 711.- Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella, con excepción de lo dispuesto en cuanto a la tutela autodesignada. Lo dispuesto sobre tutela es aplicable, en lo conducente, a la curatela.

En los casos de tutela autodesignada, ésta será inscrita en el Registro Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2495 fracción XIV del Código Civil para el Estado de Guanajuato.

La declaración de estado de minoridad puede pedirse por el mismo menor, si ha cumplido dieciséis años; por su cónyuge; por sus presuntos herederos legítimos, y por el Ministerio Público.”

3.2.7. Estado de Baja California Sur

El Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, a partir de la reforma de 31 de marzo de 2008, regula en los siguientes artículos la tutela autodesignada:

“Artículo 520.- La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa justificada. Puede ser autodesignada, legítima, testamentaria o dativa.”

“Artículo 520 bis.- Toda persona mayor de edad, capaz, puede designar tanto al tutor tutores que deberán encargarse de su persona y, en su caso, gozará del ejercicio de los poderes que se le otorguen, como el curador en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 519 fracción II. La designación del tutor o curador debe hacerse en escritura pública ante notario, o ante Juez competente, que contenga expresamente todas las reglas a las cuales deberá sujetarse el tutor y es revocable en cualquier momento mediante la misma formalidad.

El tutor autodesignado, ejercitara su función acreditando la existencia de la escritura pública en la que conste su designación y deberá presentar el certificado de dos facultativos, en el que certifiquen, que a esa fecha el otorgante está en estado de incapacidad.”

Esta legislación requiere de la capacidad y la mayoría de edad para designar al tutor o curador mediante escritura pública o ante el Juez competente, y además el documento deberá contener las reglas a las que deberá sujetarse el tutor, igual que en otros códigos regula la tutela plural. Textualmente asigna las funciones del tutor para encargarse de la persona del incapaz y, en su caso, gozará del ejercicio de los poderes que se le otorguen con ello introduce el poder como otra vía para desempeñar el ejercicio de la tutela. Además de acuerdo al artículo 519 fracción II, considera como incapaz al mayor de edad que tenga un intervalo lúcido, lo que se contrapone a la regulación en ese aspecto que contiene el Código Civil para el Distrito Federal.

3.2.8. Estado de San Luis Potosí

En este Estado se regula en el Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí la denominada tutela auto asignada, destacan los elementos siguientes: El mayor de edad tiene la facultad de ejercitar el derecho de designar a su tutor o tutores y a su curador ante Notario Público; la regulación de esta clase de tutela libera al tutor designado de la obligación de aceptar el cargo sin que sea necesaria la existencia de alguna excusa.

“Artículo 302. Existen los siguientes tipos de tutela:

I. Auto asignada;

II. Testamentaria;

III. Legítima;

IV. Pactada, y

V. Dativa.

De la Tutela Autoasignada”

“(Reformado primer párrafo, P.O. 22 de diciembre de 2012)

Artículo 367. Toda persona mayor de edad capaz, puede designar a la o el tutor que deberá encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio; asimismo, puede designar a la persona curadora en previsión de encontrarse en los supuestos del artículo 302, fracciones I, II, III y IV de este Código.

(Reformado, P.O. 22 de diciembre de 2012)

La designación de la persona que ejerza la tutela o la curatela debe hacerse ante Notario Público e inscribirse en escritura pública, y deberá contener expresamente todas las reglas a las que se sujetará la tutela y curatela. Esta designación es revocable en cualquier momento, mediante las mismas formalidades.

La persona designada no está obligada á aceptar el cargo, aunque no tenga excusa para ello; pero si lo acepta deberá permanecer en él un año cuando menos, pasado el cual, podrá solicitar a la autoridad judicial que se le releve del mismo.”

3.2.9. Estado de Zacatecas

El Código Familiar del Estado de Zacatecas por reforma al artículo 419, de fecha 30 de agosto de 2008, en el Periódico Oficial del Estado, incorpora la tutela autodesignada en dicho artículo que transcribimos a continuación:

“(Reformado, P.O. 30 de agosto de 2008)

Artículo 419.- La tutela puede ser autodesignada, testamentaria, legítima o dativa.

Toda persona mayor de edad capaz, puede designar tanto al tutor o tutores que deberán encargarse de su persona, y en su caso, de su patrimonio, como el curador en previsión, de encontrarse en los supuestos del artículo 409, fracción II. La designación del tutor o curador debe hacerse en escritura pública ante Notario que contenga expresamente todas las reglas a las cuales deberá sujetarse el tutor y es revocable en cualquier momento mediante la misma formalidad.”

3.2.10. Estado de Baja California

El Código Civil para el Estado de Baja California, publicado el 31 de enero de 1974, en fecha 30 de abril de 2010 publica en el Periódico Oficial una adición al Código de la tutela denominada autodesignada que a continuación se transcribe:

“Artículo 458.- La tutela es testamentaria, legítima, pública, dativa o autodesignada.”

“Artículo 488 Bis.- El mayor de edad podrá designar su tutor, para el caso de que sea declarado incapaz, nombramiento que excluye del ejercicio de la tutela a las personas que de otra manera pudiese corresponderles la tutela conforme a este código.

La persona designada podrá optar por no aceptar el cargo, pero si lo acepta deberá ejercerlo por un lapso mínimo de un año, transcurrido el cual podrá solicitar al Juez le releve de su cargo.

Si se nombran varios tutores, desempeñaran su cargo en el orden de su designación, relevándose en el cargo, por causa de muerte, excusa, remoción, incapacidad o no aceptación.

A falta de tutor autodesignado, queda el incapaz sujeto a las reglas generales de la tutela. La designación del tutor se hará en escritura pública ante notario y es revocable con esa misma formalidad.

Cualquier persona, con interés legítimo, podrá solicitar al Juez la remoción del cargo del tutor, cuando éste no desempeñe adecuadamente su cargo. El Estado, en los casos de tutela autodesignada, sujetará su actuación a través de sus órganos competentes en los términos previstos en la ley.”

Del citado artículo podemos determinar lo siguiente: Es conferido el derecho para designar tutor autodesignado al mayor de dieciocho años, en escritura pública ante notario.

El nombramiento se prevé para el caso de que sea declarado incapaz, dicha incapacidad esta sujeta a lo indicado por el artículo 447 el cual expone que personas no tienen capacidad para comprender el significado del hecho por causa natural y legal o solamente para gobernarse por sí mismos, ellos son: Las personas menores de dieciocho años de edad; las personas mayores de dieciocho años de edad privados de inteligencia por enfermedad o trastorno mental, o

cualquier causa que la provoque, aun cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes; las personas mayores de dieciocho años de edad que por enfermedad o cualquier causa que lo provoque sean declarados incapaces o no puedan valerse por sí mismas.

La aceptación del cargo es opcional, lo que es contrario a las reglas de la tutela general observadas por los artículos 449 y 450 donde se indica que nadie puede eximirse de la tutela, salvo causa legítima, en razón de que es un cargo de interés público. Al estipular expresamente en la ley la opcionalidad del cargo, libera a quien no lo acepte de la responsabilidad por daños y perjuicios.

El cargo de tutor es unitario, y su ocupación se sujetará al orden de su designación.

La temporalidad mínima en el cargo es de un año, transcurrido dicho plazo podrá solicitar su relevo. El relevo del cargo puede ser por causa de muerte, excusa, remoción, incapacidad o no aceptación. Para solicitar la remoción del tutor se faculta a cualquier persona con interés legítimo en el caso de que no desempeñe adecuadamente su cargo, por su parte, el tutor cuenta con el derecho de ser oído y vencido en juicio previa remoción. El Estado actuará a través de sus órganos competentes.

En relación a que pueda dictar disposiciones para el cuidado de su persona y bienes no tiene una regulación expresa, por lo que entendemos que la designación opera únicamente para designar a su tutor.

3.2.11. Estado de Sonora

El primero de marzo de 2011 se incorpora al Código de Familia para el Estado de Sonora la tutela autoasignada.

Al igual que en la mayoría de los Códigos y leyes que regulan esta nueva clase de tutela, se concede el ejercicio de este derecho al mayor de edad para designar a su tutor y curador, de lo que se desprende el cargo unitario a diferencia

del Distrito Federal que regula el cargo plural; también se hará tal nombramiento ante Notario Público y en presencia de las personas nombradas, quienes deberán aceptar expresamente el cargo, lo que resulta novedoso y trae como consecuencia que deja de ser una declaración unilateral de la voluntad como se encuentra regulada en la mayoría de las legislaciones en nuestro país; la regulación de la tutela autoasignada no se sujeta a las reglas para el testamento.

“(Adicionado, B.O. 1 de marzo de 2011)

Capítulo III

De la tutela autoasignada

“(Reformado, B.O. 1 de marzo de 2011)

Artículo 368.- Toda persona mayor de edad y capaz, puede designar al tutor que deberá encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio, pudiendo en esta última hipótesis, designar al curador, en previsión de que pueda caer en interdicción por enfermedad mental, demencia, adicción a sustancias tóxicas o cualquier otra causa que le impida gobernarse, previa declaración judicial, siempre que no afecte el derecho del cónyuge a ejercer la tutela legítima.

La designación de las personas que ejerzan la tutela o curatela, debe hacerse ante notario público y en presencia de las personas nombradas, quienes deberán aceptar expresamente el cargo, debiendo contener expresamente todas las reglas a las que queda sujeta la tutela y la curatela e inscribirse ante el registro civil. Esta designación puede ser revocada en cualquier momento, mediante notificación notarial al o los designados.

El tutor y, en su caso, el curador así designado, deberán desempeñar sus funciones al menos un año, pasado el cual, podrán solicitar a la autoridad judicial que los libere del cargo, debiendo permanecer en funciones hasta que se nombre un tutor legítimo y rendir cuentas de la administración de los bienes del incapacitado.”

3.2.12. Estado de Nayarit

En el Código Civil para el Estado de Nayarit se regula por reforma de fecha 23 de mayo de 2012 el derecho para designar al propio tutor a través de la tutela denominada autodesignada, el mayor de edad nombra a su tutor autodesignado ante Notario Público, siguiendo las formalidades del testamento público abierto; se

contempla la pluralidad de tutores. Se transcribe el contenido de los artículos que la regulan:

“(Reformado, P.O. 23 de mayo de 2012)

Artículo 453.- La tutela es testamentaria, legítima, dativa o autodesignada.”

“(Adicionado con los artículos que lo integran, P.O. 23 de mayo de 2012)”

“Capítulo VI Bis

De la tutela autodesignada

(Adicionado, P.O. 23 de mayo de 2012)

Artículo 493 bis.- Toda persona mayor de edad que goce de capacidad legal, puede designar al tutor y a los sustitutos que deberán encargarse de su persona y patrimonio, en previsión de ser declarada en estado de incapacidad.”

“(Adicionado, P.O. 23 de mayo de 2012)

Artículo 493 ter.- El nombramiento de tutor autodesignado deberá hacerse ante notario público, debiendo constar en escritura pública, con las mismas formalidades del testamento público abierto. Dicho instrumento deberá contener las especificaciones sobre los cuidados personales y la forma de administrar los bienes del otorgante, asimismo, se podrá otorgar remuneración económica señalando en su caso, el monto de los honorarios y en general se determinarán las reglas a las cuales deberá sujetarse el tutor para el desempeño de su cargo, siendo revocable este instrumento en cualquier momento mediante la misma formalidad requerida para su otorgamiento.

En caso de que el incapaz tenga hijos menores de edad bajo su patria potestad, el tutor nombrado mediante tutela autodesignada será también tutor de éstos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de ese derecho.

En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien sea el sustituto.

A falta de tutor designado o en caso de no constar en el documento público las obligaciones ni la forma de ejercer la tutela, se estará a lo dispuesto por el presente Título.”

“(Adicionado, P.O. 23 de mayo de 2012)

Artículo 493 quáter.- El Juez, a petición del tutor o del curador y considerando la opinión del Consejo Municipal de Tutelas, podrá modificar las instrucciones señaladas en el documento de la designación, siempre que las circunstancias o condiciones

originalmente tomadas en cuenta por el otorgante se alteren de tal forma que amenacen con perjudicar o lesionar su integridad física, mental o su patrimonio.”

“(Adicionado, P.O. 23 de mayo de 2012)

Artículo 493 quintus.- El tutor designado que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz.”

3.2.13. Estado de Durango

Se adiciona al Código Civil del Estado de Durango, en fecha 6 de diciembre de 2012 esta tutela bajo la denominación de autodesignada en los términos siguientes:

“(Adicionado, P.O. 6 de diciembre de 2012)

Artículo 497 Bis.- El mayor de edad capaz tiene derecho a designar tutor o tutores para el caso de que sea declarado incapaz.

La persona designada no está obligada a aceptar el cargo, aunque no tenga excusa para ello, pero si lo acepta deberá permanecer en él un año cuando menos, pasado el cual podrá solicitar al Juez se le releve del mismo.

Si se nombran varios tutores, desempeñará la tutela el primero de los nombrados, a quien substituirán los demás en el orden de su designación, para los casos de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo; excepto que se haya establecido el orden en que los tutores deban sucederse en el desempeño de la tutela.

La designación de tutor debe hacerse ante notario y es revocable en cualquier tiempo mediante la misma formalidad.

La tutela autodesignada se regirá por las disposiciones de este código que rigen la tutela en general; pudiendo el mayor capaz disponer reglas especiales.”

Como puntos relevantes destacan principalmente que este Código Civil acepta una designación plural y sucesiva del cargo pero de ejercicio unitario de tutor; admite la no aceptación del cargo sin necesidad de alguna excusa para ello, lo que trae como consecuencia que no exista alguna sanción para el caso de no aceptación de la designación.

3.2.14. Estado de Chihuahua

Recientemente en el Código Civil del Estado de Chihuahua por reforma de 27 de febrero de 2013 se adiciona la tutela autodesignada bajo los términos que se exponen:

“(Adicionado, P.O. 27 de febrero de 2013)

Artículo 442 Bis.- La persona mayor de edad capaz puede designar al tutor o tutores que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio, en previsión de ser declarada en estado de incapacidad natural o legal.

La designación del tutor o tutores debe hacerse en escritura pública ante notario o ante el Juez Competente, a través de una jurisdicción voluntaria que contenga expresamente el consentimiento de ambas partes y todas las reglas a las cuales deberá sujetarse el tutor, y es revocable en cualquier momento mediante la misma formalidad.”

En el ordenamiento citado, contrario a la regulación del estado de Durango, se acepta el ejercicio plural del cargo de tutor, quienes se encargarán de la persona y del patrimonio, igual que ocurre en el Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo, a diferencia de nuestro Código Civil, además de la designación ante notario, también acepta dicho nombramiento ante Juez competente, vía jurisdicción voluntaria, con el consentimiento de ambas partes, lo que constituye una importante novedad.

3.2.15. Estado de Jalisco

Finalmente, en un apartado especial cabe citar el Estado de Jalisco, que en el artículo 614 del Código Civil para el Estado regula la tutela testamentaria, legítima y dativa, esta última tendrá lugar conforme lo marca el artículo 648 en cuatro supuestos, y enlista como uno de ellos la fracción III, que nos dice:

“(Reformado, P.O. 30 de julio de 2011)

Artículo 648.- La tutela dativa tiene lugar:

III. Cuando en un documento público expreso una persona mayor de edad hubiere ejercido su facultad de designarse tutor, se estará frente al supuesto de tutela voluntaria, y”

“(Adicionado, P.O. 30 de julio de 2011)

Artículo 653-bis.- La persona que cuente con capacidad de ejercicio podrá designar tutor para que cuide de su persona y de sus bienes cuando quede en estado de interdicción. Igualmente tendrá la facultad de nombrar curador.”

“(Adicionado, P.O. 30 de julio de 2011)

Artículo 653-ter.- La designación de tutor podrá otorgarse mediante:

- I. Escritura especial otorgada ante notario, en donde se observarán las mismas solemnidades del testamento público abierto, o
- II. Acta de tutela realizada ante el Oficial del Registro Civil de conformidad con la Ley del Registro Civil, o
- III. Declaración judicial interpuesta mediante jurisdicción voluntaria que reconozca la solicitud de declaración de tutor y curador voluntario.”

“(Adicionado, P.O. 30 de julio de 2011)

Artículo 653-quáter.- Se pueden designar tutores en forma sucesiva.”

“(Adicionado, P.O. 30 de julio de 2011)

Artículo 653-quinquies.- En el documento público se podrán dictar instrucciones sobre tratamientos terapéuticos, los cuales serán determinados por un médico, donación de órganos y ceremonial de funerales.”

“(Adicionado [N. de E. reformado antes artículo 653-bis], P.O. 30 de julio de 2011)

Artículo 653-sexies.- El tutor dativo a que se refiere la fracción III del artículo 648, tendrá la obligación de desempeñar la autotutela en los términos del documento público respectivo y recibirá, en su caso, los emolumentos ahí establecidos, previa declaración judicial que así lo establezca.

En caso de no constar las obligaciones ni la forma de llevar la tutela en el documento público, se estará a lo que establece el presente título.

En el procedimiento de declaración del estado de incapacidad, el Juez deberá nombrar como tutor y curador interino al designado en el documento público.”

En primer lugar se aprecia que se regulan únicamente la tutela testamentaria, legítima y la dativa, sin embargo, de la lectura de los artículos transcritos se aprecia una tutela voluntaria, o autotutela, sin quedar clara su denominación, además de que el artículo 648, fracción III claramente la refiere como una tutela dativa.

Sin embargo, el artículo 653 bis nos dice que la persona que cuente con capacidad de ejercicio podrá designar tutor para que cuide de su persona y de sus bienes cuando quede en estado de interdicción, lo que contiene la esencia de la tutela que se estudia en el presente trabajo.

3.3. Semejanzas y diferencias entre las legislaciones que regulan la nueva tutela en nuestro país

Para exponer con mayor claridad las semejanzas y diferencias respecto a esta clase de tutela, se esquematiza el presente apartado de la siguiente forma:

Semejanzas

- La nueva clase de tutela bajo las diferentes denominaciones atribuidas por cada Estado, se introduce con la finalidad de prever una futura incapacidad.
- Este derecho se concede al mayor de dieciocho años (Morelos, Coahuila, Guanajuato, Baja California Sur; San Luis Potosí, Zacatecas, Baja California, Sonora, Nayarit que goce de capacidad legal, Durango y Chihuahua), excepto en las legislaciones del Estado de México, Distrito Federal e Hidalgo, donde requiere que sea una persona capaz y sujeta su designación a los requisitos del testamento público abierto, el cual solicita que tenga 16 años de edad; en Hidalgo también se sujeta a las reglas del testamento (16 años) o del procedimiento no contencioso (16 años).
- Todas las legislaciones introducen, con este acto jurídico, el nombramiento del tutor.

- La temporalidad mínima para el ejercicio del cargo, en el caso de aceptación es de un año como mínimo.
- Existe la tendencia por el reconocimiento de los derechos humanos del individuo menor de edad, por su protección y regulación.

Diferencias

- Se realiza la designación del tutor ante Notario o Juez de lo Familiar en Morelos, Hidalgo, Baja California Sur y Chihuahua; únicamente ante el Notario público en Coahuila, Estado de México, Distrito Federal, San Luis Potosí, Zacatecas, Baja California, Nayarit y Durango; únicamente ante el Juez de lo Civil en vía de jurisdicción voluntaria en Guanajuato y, finalmente, en Sonora se realiza la designación ante notario y en presencia de las personas nombradas.
- Se añade el nombramiento del curador, con las mismas formalidades y en el mismo acto en el Estado de México y sus substitutos, San Luis Potosí, Guanajuato, Baja California Sur, Zacatecas y Sonora en donde se designará curador para el caso de que exista tutor que se encargue del patrimonio.
- El tutor nombrado deberá ser una persona capaz (Morelos) además, será válida la designación del tutor o curador, si satisface los requisitos al momento de desempeñar el cargo (Estado de México e Hidalgo).
- Aceptan el nombramiento plural del cargo de tutor, pero de ejercicio unitario (Morelos, Coahuila y Durango Nayarit); unitario (Estado de México, Hidalgo, Guanajuato, San Luis Potosí, Baja California y Sonora) o, cargo plural (Distrito Federal, Baja California Sur, Zacatecas y Chihuahua).
- El Estado de Morelos, agrega como supuestos de incapacidad la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol.

En Coahuila, Estado de México, Hidalgo, Baja California Sur, Zacatecas, Nayarit, San Luis Potosí y Durango son incapaces los mayores de edad que padezcan una afección originada 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.

Es considerada como causa de incapacidad, para Coahuila y el Estado de México, la persona sordomuda que no sepa darse a entender por escrito o mediante intérprete, por lenguaje mímico; por su parte, el Estado de México, Guanajuato, Baja California, Sonora y Chihuahua requieren que dicho sordomudo no sepa leer ni escribir;

- En legislaciones como la de Coahuila desaparece la figura del curador, siendo substituida la vigilancia por el Juez de lo Familiar, el Ministerio Público y la Procuraduría de Familia; en Hidalgo también se suprime y es substituida por el Juez y el Ministerio Público, quienes tendrán acceso directo a las funciones del tutor. Se mantiene en Morelos, Estado de México, Distrito Federal, Guanajuato, Baja California Sur, San Luis Potosí, Zacatecas, Baja California, Sonora, Nayarit, Durango y Chihuahua.
- Esta nueva clase de tutela es regulada para aplicarse cuando surja el estado de incapacidad (Coahuila, Distrito Federal, Baja California Sur, Zacatecas, Baja California, Nayarit, San Luis Potosí, Durango y Chihuahua); la interdicción y la inhabilitación (Morelos); interdicción (Estado de México y Sonora); incapacidad, interdicción e inhabilitación (Hidalgo); en Guanajuato la interdicción o incapacidad.
- Respecto a la obligatoriedad de aceptar el cargo de tutor o de curador, en las legislaciones de los Estados de Morelos, San Luis Potosí, Baja California, Coahuila y Durango, el cargo de tutor es voluntario pero si lo acepta es irrenunciable, excepto por causa posterior a la aceptación

debidamente justificada, textualmente regulan la no aceptación del cargo, sin responsabilidad alguna.

- El único Estado que regula la aceptación del cargo en el momento mismo de la designación del tutor o curador es Sonora ya que el nombramiento se realiza en presencia de los designados ante el notario público, debiendo en ese momento aceptar o no el cargo. En el Estado de Baja California Sur el tutor o tutores, así como el curador, gozarán del ejercicio de los poderes que se le otorguen ante el notario o el Juez competente, dicho tutor ejercerá su función acreditando la existencia de la escritura pública que lo designa y presentará el certificado de dos facultativos donde certifiquen que a esa fecha el otorgante se encuentra en estado de incapacidad. En el Estado de Chihuahua la designación del tutor o tutores se realiza en escritura pública ante notario o Juez competente, a través de una jurisdicción voluntaria que contenga expresamente el consentimiento de ambas partes.
- En los siguientes Estados, se regula el derecho a emitir disposiciones para el cuidado de la persona, de los bienes, de las facultades, derechos y obligaciones del tutor: Estado de México, se puede instruir sobre el cuidado de su persona, la forma de administrar sus bienes, y en general todo lo referente a sus derechos y obligaciones; igualmente en Hidalgo, pero añade el monto de los honorarios del tutor; en el Distrito Federal se regulan las facultades y obligaciones de la administración del tutor; en Guanajuato se dictan las disposiciones relativas a su propia persona o bienes; en Baja California Sur, Zacatecas y Chihuahua se establecerán todas las reglas a las cuales deberá sujetarse la administración del tutor; en San Luis Potosí se deberán contener todas las reglas que norman la tutela y curatela, igualmente en Sonora y agrega su inscripción ante el Registro Civil; en Nayarit deberá contener especificaciones sobre los cuidados personales y la forma de administrar los bienes del otorgante, se podrá conceder una remuneración económica y en general se determinarán las reglas a las

cuales deberá sujetarse el tutor, por último, en Durango podrá disponer reglas especiales.

- La legislación aplicable a esta nueva tutela es la de la tutela testamentaria, en los Estados de (Morelos); la tutela legítima, cuando no haya un tutor designado; y la tutela en general (Coahuila, salvo lo dispuesto expresamente por quien lo nombre, Guanajuato y Durango, pudiendo el mayor capaz disponer reglas especiales), así lo regulan literalmente.
- La modificación de las instrucciones señaladas en el instrumento de designación, podrán realizarse por el Juez a petición del tutor o del curador considerando la opinión del Consejo Municipal de Tutelas, siempre que las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta se alteren de tal forma que amenacen con perjudicar o lesionar la integridad física, mental o su patrimonio. (Nayarit, y en términos similares el Distrito Federal).

CAPÍTULO IV. PROPUESTAS DE UNA MEJOR REGULACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

4.1. Exposición de motivos para la creación de la tutela cautelar

Publicado en el Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura. Primer Período ordinario de sesiones del primer año de ejercicio, Año 1 México D. F., a 19 de diciembre de 2006, No. 34.

“DADO EN LA CIUDAD DE MÉXICO, DISTRITO FEDERAL A LOS 19 DÍAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL AÑO DOS MIL SEIS.

Firman por el grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional.

Dip. Jacobo Manfredo Bonilla Cedillo,- Dip. Miguel Hernández Labastida.-Dip. Jorge Triana Tena.- Dip. Agustín Castilla Marroquín.- Dip. Kenia López Rabadán.- Dip. Margarita Martínez Fisher.- Dip. Daniel Ramírez del Valle.- Dip. Ezequiel Rétiz Gutiérrez.- Dip. Jorge Romero Herrera.- Dip. Celina Saavedra Ortega.- Dip. María del Carmen Segura Rangel.- Dip. María de la Paz Quiñonez Cornejo.- Dip. Alfredo Vinalay Mora.- Dip.- José Antonio Zepeda Segura.

Muchas gracias.

EL C. PRESIDENTE.- Gracias a usted, diputado Bonilla. Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 146 del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se instruye la inserción íntegra de la iniciativa en el Diario de los Debates.

Asimismo, con fundamento en lo dispuesto por los artículo 36 fracciones V y VII, 89 de la Ley Orgánica, 28, 29 y 86 del Reglamento para el Gobierno Interior, ambos de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se turna para su análisis y dictamen a las Comisiones Unidas de Presupuesto y Cuenta Pública y de Hacienda.

Esta Presidencia, hace del conocimiento de la Asamblea que los puntos enlistados en los numerales 15, 39, 44 y 51 del orden del día han sido retirados.

Para presentar iniciativa de decreto de reformas y adiciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, a la Ley de Notariado y al Código Financiero, todos del Distrito Federal, para regular la tutela voluntaria, se concede el uso de la tribuna al diputado José Antonio Zepeda Segura, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional. Adelante, diputado Zepeda.

EL C. DIPUTADO JOSÉ ANTONIO ZEPEDA SEGURA.- Con el permiso de la Presidencia.

INICIATIVA DE DECRETO DE REFORMAS Y ADICIONES AL CÓDIGO CIVIL, AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, A LA LEY DEL NOTARIADO Y AL CÓDIGO FINANCIERO, TODOS PARA EL DISTRITO FEDERAL PARA REGULAR LA TUTELA VOLUNTARIA.

Dip. Víctor Hugo Círigo Vázquez

Presidente de la Mesa Directiva

Asamblea Legislativa del Distrito Federal

IV Legislativa

Los suscritos diputados de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, IV Legislatura, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 122, Apartado C, Base Primera, fracción V, inciso h) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 42 fracción XII y 46 fracción I del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal; 10 fracción I, 17 fracción IV de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal; y 85 fracción I del Reglamento para el Gobierno Interior de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, sometemos a consideración del Pleno de esta Asamblea Legislativa la presente Iniciativa de Decreto de Reformas y Adiciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, a la Ley del Notariado y al Código Financiero, todos para el Distrito Federal para regular la Tutela Voluntaria, bajo la siguiente

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el año 2002 se dieron una serie de modificaciones en materia de tutela, lo que constituyó la separación de cargos en la figura del tutor, quedando como tutor de la persona y tutor de los bienes; donde cada uno deberá actuar estrictamente en el ámbito de las facultades que dicte el Juez bajo circunstancias especiales que marca el Código Civil para el Distrito Federal.

La figura de la Tutela Voluntaria debe de establecerse para adaptar la Tutela a los tiempos nuevos, en los que la familia ya no es la única depositaria de la confianza del mayor de edad que prevea su incapacidad.

Debido a diferentes factores externos a los que está expuesto el ser humano en su vida es propenso a sufrir algún accidente que lo pueda privar de sus facultades físicas, mentales; de adquirir alguna enfermedad degenerativa o simplemente por el inevitable

paso del tiempo, puede llegar a perder algunas facultades que le impidan comunicarse, gobernarse o comunicarse (sic).

Nuestra legislación actual contempla que si una persona llegara a incapacitarse por accidente o enfermedad, aún contando con los recursos económicos suficientes para atender dicha eventualidad, es sometida, quiera o no, a un “régimen de protección” que la obliga a vivir asistida por un tutor designado por el Juez o, en el mejor de los casos, entre familiares que predetermina el Código Civil del Distrito Federal, sin tomar en cuenta sus preferencias, intereses y afectos; basta sólo citar como ejemplos los artículos 486 y 487 del referido ordenamiento.

La familia mexicana lleva varias décadas en crisis que ha traído consigo desintegración familiar, diversos factores económicos, políticos y sociales han impactado en la vida de nuestras familias, porque es necesario presentar estas reformas.

Antes, cualquier persona podía contar con los integrantes de su familia para que le ayudaran atender cualquier problema, pero ahora por diversas circunstancias sociales no es posible seguir con esta tradición.

Por lo anterior se propone que a partir de la Tutela Voluntaria cualquier persona pueda ser capaz de prever a la persona o personas que ella designe para hacerse cargo de su persona y de su patrimonio respectivamente, en el momento que se presente una supuesta incapacidad.

La tutela voluntaria va de la mano con la creencia de que cualquier persona merece vivir dignamente; el prever circunstancias futuras es directamente proporcional con el ideal de que la gente pueda prolongar su vida haciéndolo de la mejor manera y sobre todo, decidiendo por si mismo su futuro.

Una de las aspiraciones naturales del hombre social consiste en ver reconocido un espacio para el libre y autónomo ejercicio de su voluntad, en el que pueda desarrollar su iniciativa creadora con eficacia jurídica, por lo que sólo un ordenamiento jurídico que reserve con verdadera suficiencia dicho espacio libre de acción, y no lo ponga repetidamente en entredicho o riesgo, será capaz de engendrar plena seguridad jurídica.

El fundamento de la tutela voluntaria está basado en dos derechos humanos relativos a la libertad y a la seguridad de las personas. En el artículo vigésimo quinto, apartado I de la Declaración Universal de los Derecho Humanos (1948) se reconoce el derecho de las personas a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, por tanto toda persona capaz tiene derecho a dictar disposiciones y a

estipular que para el caso de incapacidad pueda hacer la designación de uno o varios tutores voluntarios.

La tutela voluntaria en la legislación extranjera se encuentra contemplada en Alemania donde se regula en la Ley de Asistencia de 12 de septiembre de 1990 donde se reconoce la designación del propio curador o también llamada disposición de asistencia. En ese país se llama tutor a quien se encarga de los menores de edad y curador se le designa a la persona que tiene a su cargo a las personas mayores de edad incapacitadas.

Esta figura tiene como finalidad proponer a la persona que fungirá como asistente, el tipo de asistencia que desea y los deberes de su cargo. Consiste en la expresión de voluntad formalizada por cualquier medio, la cual se presenta y sustancia jurídicamente, no requiriéndose la capacidad del interesado. Si tal designación causa perjuicio al presunto incapaz, no vinculado al Juez, salvo en lo que se refiere a la voluntad de excluir a la persona determinada para su desempeño como asistente. Donde el Tribunal de Familia puede designar uno o varios asistentes, ya sean físicas o instituciones de asistencia legalmente constituidas y prevén su actuación conjunta o separada. La asistencia sólo puede ser resuelta a solicitud del propio mayor de edad cuando esté motivada su debilidad física.

Por otro lado, en España la Tutela voluntaria se encuentra regulada en la Ley Catalana de 29 de julio de 1996 donde se señala que su objeto responde al aumento de esperanza de vida de la población, lo cual ha dado lugar a un sobre envejecimiento de las personas con un incremento de patologías crónicas que pueden impedir su propio gobierno. Y que estas normas se encuentran fundamentadas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en el respeto de la persona en todas las situaciones futuras que impida que se gobierne por sí mismo.

En ésta Ley se establece que el Juez no estará vinculado con los nombramientos de los tutores si a su juicio han incurrido nuevas circunstancias o condiciones que cuestionen la designación originalmente hecha, con lo que se reafirma el carácter no vinculante de esas autoprovisiones, reconociendo al Juez en su carácter de órgano superior de control y decisión en la constitución de la Tutela.

En el artículo V de la Ley Catalana se señalan las principales características de la tutela voluntaria, como es la manifestación de la voluntad de cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, pueda nombrar en escritura pública a uno o más tutores, procuradores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que

una persona o más sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la Ley.

Donde el nombramiento pueda ser impugnado por las personas llamadas por Ley a ejercer la Tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la Tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tomadas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado; y para el caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior.

El objeto de la presente iniciativa es subsanar en nuestra legislación el vacío legal que existe a efecto de dar seguridad jurídica a una persona capaz para prever al que será el encargado o encargados de hacerse cargo de su persona y de su patrimonio en el momento en que por circunstancias derivadas de enfermedad, accidentes o vejez puedan caer en un supuesto de incapacidad.

Por los tiempos que vivimos la figura de la Tutela voluntaria debe establecerse para adaptarla a estos tiempos nuevos en los que la familia ya no es la única depositaria de la confianza de sus integrantes.

Así, una institución del derecho civil tan importante como es la tutela, no puede quedar limitada, sino que tiene que cubrir otros supuestos que se deben subsidiar con el amparo de un marco jurídico adecuado. Es por eso, que debido a los diferentes factores externos a los que está expuesto el ser humano en su actuar que realiza día con día, es propenso a sufrir algún accidente, que lo prive de sus facultades físicas o mentales.

Es bien cierto que, en los tiempos actuales la extensión de ciertas pandemias, el envejecimiento incesante y creciente de la población, enfermedades de tipo demencia senil o “Alzheimer” provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse, pueda cualquier persona prever la regulación de aspectos variados de su existencia.

Es lamentable que una persona, aún contando con recursos, llegada a una eventual incapacidad por enfermedad, accidente o simplemente la vejez, es sometida a un “régimen de protección” que la obliga a vivir asistida por un tutor designado por el Juez o, en el mejor de los casos, entre familiares que predetermina el Código Civil del Distrito Federal, sin atender en la designación sus preferencias, intereses y afectos; basta sólo citar como ejemplos los artículos 486 y 487 del referido ordenamiento.

Así pues, tenemos que la persona que preveía su propia incapacidad depositaba su confianza en la familia a la que pertenecía, para que tomaran las medidas pertinentes

para su eventual incapacidad. Pero ahora, con la crisis de la familia, esto ya no puede ser así.

Independientemente de las razones por las que no se haya avanzado en este tema, podemos retomar una figura que existe en legislaciones extranjeras, para adecuarla a nuestra legislación, es la llamada "Tutela Voluntaria". De esta manera la persona capaz podrá prever a la persona o personas que se harán cargo de su persona y de su patrimonio para el momento en que incida en el supuesto de incapacidad.

Una de las aspiraciones naturales del hombre social consiste en ver reconocido un espacio para el libre y autónomo ejercicio de su voluntad, en el pueda desarrollar su iniciativa creadora con eficacia jurídica, por lo que sólo un ordenamiento jurídico que reserve con verdadera suficiencia dicho espacio libre de acción, y no lo ponga repetidamente en entredicho o riesgo, será capaz de engendrar plena seguridad jurídica. Luego entonces, el fundamento legal para adicionar a nuestro código la figura de la tutela voluntaria, es la autonomía de la voluntad entendida ésta como:

"el poder de autodeterminación de toda persona, mediante la actualización de supuestos jurídicos, establecidos previamente en el ordenamiento jurídico, que traen como consecuencia la producción de determinados efectos jurídicos contemplados en los supuestos que se actualizan".

La doctrinaria Taiana Llorens de Argentina, establece que la designación de tutor voluntario "representa un negocio jurídico", si tomamos en cuenta la definición del mismo, "como una manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos jurídicos", definición que según Betti no recoge la esencia misma del negocio jurídico, "la cual reside en la autonomía, en la autorregulación de intereses en las relaciones privadas, autorregulación en la que el individuo no debe limitarse a "querer", a desear, sino más bien a disponer, o sea, actuar objetivamente.

Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social.

Las referencias históricas son muy escasas por lo innovador del tema. Sin embargo, en 1927 se documentó el caso de una persona de nacionalidad rusa, quien al cumplir su mayoría de edad nombró para sí tutor en documento privado. La razón de esta

autodesignación se basó en que dicha persona padecía una enfermedad hereditaria degenerativa. Curiosamente dicha autodesignación le fue aprobada por el Tribunal de tutelas.

En los países de Canadá, Estados Unidos de América, Japón, Inglaterra, Francia y Bélgica, son los únicos países que contemplan disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, pero en ninguna de dichas legislaciones se consagra la autodesignación de tutor, o en otras palabras, la tutela voluntaria. Lo que si prevén sus leyes son instituciones como: el testamento vital, mandato de autoprotección y el fideicomiso. Solamente en Alemania, Suiza y España (hasta cierto grado) se adopta una figura análoga a la que es objeto esta iniciativa.

Un antecedente más, es que existe recientemente en la legislación nacional, algunos precursores en materia de tutela voluntaria. Como ejemplo podemos citar que en el Código Civil del Estado de Coahuila, se encuentra regulada la tutela autodesignada en el artículo 616.

Asimismo, en el Estado de México, se publicó en la Gaceta del Gobierno, el día 7 de junio del 2002, las reformas y adiciones con respecto a la Tutela Voluntaria de una forma más detallada en sus artículos 4.269 al 4.273 de su correspondiente legislación civil.

Ante el pleno de éste órgano colegiado en su II Legislatura, con fecha de 4 de diciembre de 2002, fue presentada una iniciativa similar, la cual quedó pendiente de dictaminarse. Asimismo, en su oportunidad dicha iniciativa fue impulsada por el jurista Lic. Carlos Rendón Ugalde y apoyada por el Presidente de Colegio de Notarios y el jurista Lic. Eduardo Sánchez Cordero de García Villegas.

Por los motivos antes expuestos se propone la modificación del artículo 449, del código en comento, para que se incluya a los mayores de 18 años que no hayan sido declarados en estado de interdicción puedan nombrar tutor o tutores en previsión de su incapacidad.

Se propone reformar el artículo 454, con el objeto de agregar la posibilidad de que existan varios tutores, pues al haberse adoptado la posibilidad que la autoridad en el caso de la patria potestad sea ejercida por dos personas, no existe razón para no tener la misma situación en la tutela.

La reforma establecida para el artículo 455 del Código Civil para el D. F., se realiza para adecuar las reglas de prelación para el desempeño de la tutela. Así las reglas contenidas en los artículos 477 y 478 del mencionado ordenamiento, que se encuentran en el capítulo II denominado "De la Tutela Testamentaria", se llevan al artículo 455 localizado

en el capítulo I denominado “Disposiciones Generales”, ya que técnicamente es lo correcto, pues las diversas reglas de tutela, incluyendo la voluntaria, participan de estas reglas y no sólo la tutela testamentaria, pues es ilógico que dichas reglas estén consagradas en el capítulo II ya mencionado.

La adición propuesta en el artículo 455 bis, no hace más que prescribir complementando necesariamente al artículo 455, el orden de prelación en el desempeño de la tutela, ya que si bien el cargo es unitario, cabe la posibilidad de que dos tutores puedan ejercer el cargo conjuntamente, lo cual de paso, complementa la reforma publicada el 17 de enero de 2002 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, la cual en este último caso, permite la separación del cargo en tutor de la persona y tutor de los bienes.

De esta manera queda reafirmada como regla general, la tutela unitaria, pero se consagra la tutela ejercida pluralmente, adecuando de esta manera la institución suplida (patria potestad) con la institución supletoria (tutela), pues desde 1917 hay una incongruencia entre las dos instituciones.

La modificación propuesta al artículo 461, donde se dispone la inclusión de la figura de tutela voluntaria, cuya utilidad estriba en que se puede constituir en previsión de la propia incapacidad. Es excluyente de la tutela legítima.

Asimismo, se propone la adición del capítulo I Bis, artículo 469 bis, en donde se incluye el supuesto de la tutela voluntaria, definiéndola Rodrigo Sánchez Fernández como:

“...el acto jurídico unilateral revocable, por medio del cual una persona capaz, nombra tutor y su correspondiente sustituto, o excluye de manera expresa a determinada persona del ejercicio de la tutela que pudiere corresponderle, en previsión de algún accidente, enfermedad o vejez, que traiga como consecuencia la incapacidad”

También se propone el artículo 469 ter, donde se establece la seguridad jurídica que exige este tipo de nombramiento, donde puede darla un notario, por ello se exige que la declaración unilateral conste en escritura pública. De igual forma debe realizarse su revocación, dando por ende el soporte de garantía y fehaciencia que la revocación requiere.

Se establece un sistema de prelación a falta del primer tutor designado, con lo que se garantiza el cumplimiento de la voluntad de la persona capaz.

Por tal motivo es considerable añadir el artículo 469 quáter, estipulando el supuesto de la posibilidad de que la persona capaz dicte las reglas que se han de seguir por el tutor cuando se halle en incapacidad, comprenden no sólo las reglas concernientes a su persona, sino también las concernientes a su patrimonio.

En el último párrafo se consigna lo que doctrinalmente se conoce como “la traducción de la cláusula rebus sic stantibus al Derecho de Familia”, reafirmando el carácter no vinculante de las disposiciones de la persona capaz, para con el Juez de lo familiar, en el caso de que hubieren variado considerablemente las circunstancias en que se basó la decisión de la persona capaz para la autodesignación de su tutor.

Para concluir el Capítulo I Bis, se añade el artículo 469 quintus, donde se establece la posibilidad de que el tutor voluntario que se excuse de aceptar el cargo pierda el derecho de recibir algún bien que haya dejado el donante, en este caso, el pupilo incapaz.

Se propone reformar el artículo 484, con el objeto de que se añada el supuesto de existir una pluralidad de tutores, en el caso de que el Juez tenga que elegir entre varias personas.

Se propone añadir el artículo 485 bis, y reformar el artículo 495, una de las consecuencias que conducirá la designación del tutor voluntario será la de pasar a segundo plano las figuras de la tutela legítima o la dativa, las cuales podrían configurarse si el tutor designado y su sustituto no pudieren ejercer la tutela. La excepción sería que la persona que ahora se halla en incapacidad, hubiere expresado su voluntad de excluir del ejercicio de la tutela a quien según la ley correspondía la tutela legítima.

Asimismo, se propone la reforma del artículo 530, donde se establece en el caso de existir dos tutores, ya sea uno de bienes o uno de persona, donde la garantía que otorgan ambos tutores, sea de acuerdo a un sistema de proporcionalidad, y bajo el principio de solidaridad con respecto. Lo anterior sin llegar a suprimir el supuesto de la responsabilidad del Juez.

La modificación propuesta al artículo 565, es para los supuestos en el que puedan existir casos de que, por el delicado estado de salud en el que llegará encontrarse el pupilo, sea necesario el desahogo de gastos médicos urgentes. Con el objeto de omitir la dilación de una autorización del Juez para realizar esos gastos, ya que en primer plano se pone la salud y el vigor vital, aunque después, el tutor tenga que comprobar que en realidad se hicieron los gastos, para salvaguardar la seguridad médica del pupilo.

Se propone reformar el artículo 568, con el objeto de actualizar la cifra económica con respecto al avalúo de los bienes inmuebles, muebles preciosos etc..., ya que la cifra anterior no se había actualizado desde hace 10 años.

Asimismo, se propone la adición del artículo 585 bis. En la cual se propone cubrir la dualidad de tutores, con respecto a las retribuciones que marca la ley.

Con respecto al artículo 589, se propone reformarlo, debido a que en el caso de existir dos tutores, no tendrán derecho a remuneración, y restituirán lo que por hubiesen recibido, si los tutores fuesen separados del cargo, y si sólo uno fuese separado, el otro recibirá la totalidad de la retribución.

Se propone la modificación al artículo 904 del Código Procedimental, para que dentro del procedimiento, el juzgador tenga la obligación recabar el informe del Archivo General de Notarías, acerca de si dicha Institución tiene registrado el aviso correspondiente del notario ante quien se hubiere hecho la designación de tutor voluntario, de la persona cuya interdicción se pide y, en su caso, los datos de la escritura del otorgamiento de las designaciones de tutor voluntario y curador, en su caso. Si el informe arrojará que la persona de cuya interdicción se trata no se hubiere designado tutor voluntario se atenderá a lo dispuesto en el código.

Con el objeto de darle una adecuada articulación a las adiciones y reformas en materia civil, la presente iniciativa pretende hacer una serie de modificaciones a los diversos ordenamientos, que se tratan esta nueva figura, por tal motivo se pretende adicionar el artículo 124 bis y reformar el artículo 238 de la Ley del Notariado, ya que, estas modificaciones consagrarían un sistema de publicidad para el caso de la delación de la tutela voluntaria, ya que se considera de vital importancia que los nombramientos y revocaciones sean conocidos.

También se pretende reformar el artículo 219 del Código Financiero, con el objeto de establecer el supuesto normativo para el cobro de derechos por los informes que se rindan en virtud de las designaciones de tutor voluntario.

Asimismo, se pretende reformar el artículo 236, para establecer el cobro de derechos por virtud del aviso a que tiene el notario obligación de dar, en base al artículo adicionado 124 bis de la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

Por lo anteriormente expuesto, sometemos a consideración de esta Honorable Asamblea la siguiente:¹¹⁸

¹¹⁸ Asamblea Legislativa del Distrito Federal. *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, México, año 1,19 de diciembre de 2006, número 34, primer período ordinario de sesiones del primer año de ejercicio, páginas 23-27.

4.2. Análisis a la regulación en el Código Civil para el Distrito Federal de la tutela cautelar

En el presente apartado se realiza un análisis de la regulación actual de la tutela cautelar, de los elementos que la conforman, se expone como punto central, el derecho reconocido para quien pueda designar a su tutor cautelar regulado en el artículo 469 Bis del Código Civil mencionado, donde sujeta este derecho a quien pueda realizar un testamento. Regulación que consideramos inadecuada y en consecuencia, se propone la modificación del artículo citado por las razones que más adelante se exponen.

Así se tiene, que el Código Civil para el Distrito Federal en el Título Noveno. De la Tutela, Capítulo I BIS. De la tutela cautelar, dedica cuatro artículos para su regulación, de donde extraemos los siguientes elementos para su análisis:

Denominación.

En primer lugar nos encontramos en desacuerdo con la denominación de “cautelar” porque el término no define la esencia de nuestra tutela y además se utiliza en otras instituciones jurídicas, por ejemplo, como la denominada medida cautelar, que emana del derecho penal. Por ello, nos apegamos a la denominación de tutela autodesignada y a efecto de evitar repeticiones se indica que el presente punto ha sido tratado de manera más amplia en el capítulo II del presente trabajo.

Sujeto que goza del derecho de nombrar a su Tutor Cautelar.

Tiene derecho a nombrar a su tutor cautelar de acuerdo al artículo siguiente:

“Artículo 469 Bis.- Toda persona capaz para otorgar testamento puede nombrar al tutor o tutores, y a sus sustitutos, que deberán encargarse de su persona y, en su caso, de su patrimonio en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.”

Para determinar quien tiene el derecho a realizar el nombramiento de su tutor cautelar, se tiene que acudir a las reglas del testamento, las cuales están inmersas dentro del Código Civil para el Distrito Federal, Título Segundo, Capítulo II. De la capacidad para testar, artículo 1305 que dice: Pueden testar todos aquéllos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho; con lo que aún no queda preciso quien puede testar, y es indispensable transcribir el contenido de artículo 1306 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 1,306.- Están incapacitados para testar:

I.- Los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya sean hombres o mujeres;

II.- Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio.”

Pero aún no se tiene claro quién puede testar, así que para obtener esto, con fundamento en el artículo 1306 citado, interpretado en sentido contrario, se afirma: que tienen capacidad para testar, los menores que tienen cumplidos dieciséis años de edad y que disfruten de su cabal juicio y no de manera habitual o accidental.

De esta manera, se obtiene finalmente, que están facultados para designar a su tutor cautelar: quien tenga capacidad para testar, con dieciséis años de edad cumplidos y, que disfrute de su cabal juicio, no de manera habitual o accidental. Respecto de éste último, debe tenerse presente lo regulado en el artículo 1307 del Código Civil citado donde califica como válido el testamento hecho por un demente en intervalo de lucidez.

De ésta afirmación se obtienen dos elementos: La edad y la capacidad, se expone cada uno en diversos apartados a efecto de lograr un mejor planteamiento:

- Edad.

La edad es la requerida para hacer testamento, la cual de acuerdo a lo expuesto y con fundamento en el artículo 469 Bis, que regula la tutela cautelar, corresponde a quien tenga dieciséis años cumplidos de edad.

- Capacidad.

Definida por Galindo Garfias como: "...la capacidad alude a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismo (capacidad de goce y de ejercicio)..."¹¹⁹

El ministro Juan Silva Meza establece: "La capacidad jurídica comprende dos diversos aspectos, uno, al que se le conoce como capacidad de goce, que constituye la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones; y otro, denominado capacidad de ejercicio, que se traduce en la posibilidad del sujeto de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo."¹²⁰

Es aceptado por la doctrina de forma unánime que la capacidad es un atributo de la persona y por ello inherente a ella. Sin embargo, los conceptos transcritos exteriorizan la existencia de personas que carecen de capacidad de ejercicio, como es el caso de los menores de edad y de los declarados interdictos.

A éstos sujetos, de acuerdo al artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, se les considera incapaces y, al no poder hacer valer sus derechos y obligaciones por sí mismos, el derecho les dota de representación, así establecida por el artículo 23 del mismo cuerpo legal.

"Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad;

II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. "

"Artículo 23. La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces

¹¹⁹ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, páginas 397-398.

¹²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La tutela*, México, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, serie Temas Selectos de Derecho Familiar, número 6, página 129.

pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

La manera de adquirir la representación es por medio de la ley, la llamada representación legal, o por la voluntad del interesado, nombrada representación voluntaria; a ésta última pertenece la tutela cautelar.

En razón de los artículos transcritos se tiene que la representación opera para los mayores de edad declarados interdictos y para los menores de edad.

La minoría de edad, es considerada por los artículos 23 y 24 de dicho ordenamiento jurídico como incapacidad y como causa de restricción a la capacidad de ejercicio, tales afirmaciones surgen en razón de la edad y no porque padezcan de enfermedad alguna, además sólo un mayor de edad puede disponer libremente de su persona y de sus bienes, por lo tanto, un menor necesita de la representación.

“Artículo 24. El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley. “

Tratándose de menores de edad son considerados incapaces por el sólo hecho de tener menos de dieciocho años de acuerdo al artículo 450 del Código señalado, en este caso el incapaz por minoría de edad podría prever una incapacidad de las que contempla la fracción II del mismo artículo, pero en estricto sentido si ya es incapaz en razón de su edad la previsión queda sin efecto alguno porque no puede preverse algo de lo que ya padece.

Respecto a la incapacidad de los mayores de edad, apuntemos la regla general de nuestro sistema jurídico que sostiene: la mayoría de edad comienza a los dieciocho años y a partir de esa mayoría dispone libremente de su persona y bienes, artículos 646 y 647. Por ello la incapacidad en los mayores de edad debe dejarse en claro, empezaremos por atender la enumeración de las causas que la provocan y son: la enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o

manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. De todas las mencionadas debemos prestar atención en que el resultado, sin importar cual sea la causa, será que no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla.

En la tutela cautelar la capacidad es la requerida para otorgar testamento y no es entendida como la capacidad de ejercicio en el sentido estricto que conocemos.

Es importante destacar que el artículo 1307 del Código citado califica como válido el testamento hecho por un demente en intervalo de lucidez, siempre que se cumpla con las reglas establecidas en los artículos 1308 al 1312 del Código Civil mencionado, las cuales requieren que el tutor y en su defecto la familia presenten por escrito una solicitud ante al Juez que corresponda, quien nombrará dos médicos, de preferencia especialistas en la materia, para que examinen en su presencia, al enfermo y dictaminen acerca de su estado mental. El Juez podrá hacerle cuantas preguntas estime convenientes, a fin de cerciorarse de su capacidad para testar. Este reconocimiento se hará constar en acta formal, de ser favorable el resultado se realiza el testamento público abierto, firmando el acta el Notario, los testigos, el Juez y los médicos que intervinieron para el reconocimiento, poniéndose al pie del testamento, razón expresa de que durante todo el acto conservó el paciente perfecta lucidez de juicio, y sin este requisito y su constancia, será nulo el testamento.

Finalmente, el artículo 1312 a la letra dice: “Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento.”

Se agregó el presente apartado en el que el demente puede realizar un testamento en un intervalo de lucidez, porque aplicaría de igual forma en la designación del tutor cautelar hecho por un demente en un intervalo de lucidez. Lo que consideramos adecuado, pues no puede privarse del ejercicio de ese derecho a ninguna persona. Con fundamento en los artículos 1º y 14 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos que dicen:

“Artículo 1°.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

“Artículo 14.- ...

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.”

Por su parte, el Código Civil para el Distrito Federal dice:

“Artículo 2°.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. A ninguna persona por razón de edad, sexo, embarazo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, identidad de género, expresión de rol de género, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica,

carácter físico, discapacidad o estado de salud, se le podrán negar un servicio o prestación a la que tenga derecho, ni restringir el ejercicio de sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.”

Esta última disposición contiene la igualdad del derecho para todas las personas sin discriminación alguna, incluye que a ninguna persona se le podrá restringir sus derechos cualquiera que sea la naturaleza de éstos.

Inadecuada sujeción del derecho para designar tutor cautelar a las reglas del testamento.

El presente apartado se dedica al testamento, en razón de la sujeción del nombramiento del tutor cautelar a esta institución jurídica.

De ajustarnos al testamento, la tutela cautelar tendría como características del acto, las de ser un acto personalísimo, revocable y libre; con las que sí estamos de acuerdo, pero recordemos que los efectos del testamento son para después de la muerte del testador, en cambio en la tutela cautelar las disposiciones que se emiten surtirán efectos en vida del incapaz y tendrán afectación directa sobre el mismo incapaz en su persona y patrimonio, lo que cambia la importancia y trascendencia del acto jurídico. En la tutela cautelar la persona incapaz continua en la vida jurídica a través de su representante.

Se propone desvincular la tutela cautelar del testamento porque de continuar con la regulación actual, genera un poco de confusión, al grado de que autores como Felipe De la Mata Pizaña la considera dentro de las características de la tutela: “La persona que hace la designación debe tener una capacidad de goce y de ejercicio igual a la que se requiere para hacer testamento;”¹²¹ Lo que no es adecuado, ya que esa capacidad de goce y de ejercicio aludidas por el autor no son exclusivas del testamento, además de que se trata de instituciones jurídicas distintas. Pero además no hay que olvidar que el menor que tiene dieciséis años cumplidos puede hacer testamento.

¹²¹ De la Mata Pizaña, Felipe, op. cit., nota 6, página 308.

Otra razón para no sujetar la tutela cautelar al testamento es porque, como se demostrará son instituciones jurídicas distintas, tan es así que la doctrina, para justificar el derecho del menor para hacer su testamento encontró argumentos de naturaleza diferente a los de la tutela cautelar, los que se plasman a continuación:

La crítica más sólida que ha enfrentado el derecho del menor que cuenta con dieciséis años cumplidos para hacer testamento consiste en: "...se ha objetado que el derecho de testamentación activa, atribuye al menor la posibilidad de otorgar un acto de disposición de bienes cuando no tiene siquiera facultades de administración."¹²²

Esta crítica ha sido superada, y los defensores de este derecho afirman: "...el derecho de testamentación activa de que goza el menor de edad, obedece básicamente no a sus cualidades intelectuales o volitivas, sino a la naturaleza del negocio jurídico testamentario, como acto jurídico *mortis causa*; es decir, predominantemente al facultamiento obedece a un dato objetivo."¹²³

Manresa y Navarro, José María, citado por Galindo Garfias agrega: "La testamentación activa, no se encuentra en efecto en el mismo caso que la disposición de bienes *inter vivos*, porque en ella no se trata de crear relaciones jurídicas recíprocas entre el heredero y el causante sino de actos voluntarios que responden más a los sentimientos del corazón y a los dictados de la conciencia, que a los consejos de reflexión y, por lo tanto, no teniendo que quedar obligado el testador, por el ordenamiento de su última voluntad, no es necesario para ello que tenga la capacidad y la edad para obligarse por voluntad y contrato."¹²⁴

En el mismo sentido se pronuncia el maestro Gutiérrez y González: "...que si la ley permite que el menor de 18 años y desde los 16 pueda testar, y disponer de sus bienes, es porque esa disposición no le acarrea ningún detrimento o

¹²² Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, 3ª edición, México, Porrúa, 1997, página 613.

¹²³ *Ibidem*, página 613.

¹²⁴ *Ídem*.

afectación a su patrimonio, pues tal disposición sólo podrá surtir efectos después de que el testador haya fallecido.”¹²⁵

Tomando en cuenta éstos argumentos se afirma que el derecho del menor de edad para nombrar a su tutor cautelar no debe de ser el mismo derecho que tiene el menor de edad para hacer testamento porque de acuerdo a los argumentos de los doctrinarios transcritos el menor que cuente con dieciséis años cumplidos puede testar porque este acto jurídico no va a generar consecuencias de ningún tipo en su patrimonio, debido a la naturaleza misma del testamento, que surtirá sus efectos una vez ocurrido el deceso del testador. Lo que no sucede en la tutela cautelar, porque una vez ocurrido el supuesto de la incapacidad y que esta haya sido declarada en sentencia, los efectos recaerán directamente en la persona y patrimonio del incapaz, es decir, “inter vivos”.

En la tutela cautelar el incapaz continúa siendo el titular de sus bienes y derechos, a los que nunca tendrá acceso el tutor, a menos que sea designado heredero por su pupilo, además, en esta tutela se crean relaciones jurídicas entre el tutor y el pupilo; el pupilo queda obligado por el ordenamiento de su última voluntad y, se atiende a la reflexión y al discernimiento.

Donde si tienen un punto de encuentro ambas instituciones, es en los argumentos con los que fundamentan el derecho del menor para ejercer los derechos que la legislación les concede, ya que encuentran el fundamento de los actos jurídicos realizados por el incapaz menor de edad, teniendo en cuenta la categoría a la que pertenece el acto dentro de la disciplina legal y de ahí desprender la naturaleza misma de tales actos, es decir a la naturaleza del negocio jurídico como dato objetivo.

Por lo expuesto, se aprecia que la regulación actual del derecho para designar al propio tutor cautelar no es clara, ni precisa, ni adecuada ya que está sujeta a una institución jurídica de naturaleza diferente, con un objeto y efectos jurídicos distintos, lo que no encuentra justificación alguna ni siquiera en la

¹²⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., nota 49, página 159.

exposición de motivos.

Requisitos para realizar el nombramiento de tutor cautelar.

Se encuentran regulados en el artículo 469 Ter que señala: se realizará en escritura pública ante Notario Público, para dar fe de la capacidad del otorgante, así como de la certeza y seguridad jurídica del acto; sin embargo, antes de la reforma de 23 de julio de 2012 el texto del artículo 469 Ter tenía como requisito que el notario agregara un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en el que se hiciera constar que el otorgante se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse, requisito que era excesivo ya que se trataba de una doble calificación de la capacidad para poder celebrar el acto, lo cual era innecesario, costoso y carecía de fundamento jurídico alguno. Para lograr una mayor precisión se transcribe el artículo comentado:

“(Reformado primer párrafo, G.O. 23 de julio de 2012)

Artículo 469 Ter.- Los nombramientos mencionados en el artículo anterior, sólo podrán otorgarse ante notario público y se harán constar en escritura pública, siendo revocable este acto en cualquier tiempo y momento con la misma formalidad.”

En caso de muerte, incapacidad, excusa, remoción, no aceptación o relevo del cargo del tutor designado, desempeñará la tutela quien o quienes sean sustitutos.”

Pluralidad de tutores.

La tutela cautelar introduce la regulación de la pluralidad de tutores o un sólo tutor, como ha sido tradicionalmente regulada la tutela, así lo señala claramente, además agrega “y” a sus sustitutos, de donde obtenemos las siguientes apreciaciones: en el caso de que designe a sus tutores no se establece un límite en cuanto a su número, lo que se deja a la libre voluntad del emitente del acto, y podría darse una amplia gama de combinaciones en el cargo de tutor, quienes se encargarán de la persona y en su caso del patrimonio del pupilo.

En el mismo sentido se interpreta el nombramiento de los sustitutos, además la conjunción “y” hace necesario e incluso obligatorio tal nombramiento, lo que no

es adecuado porque de no designar sustitutos y en el supuesto de que por cualquier causa el tutor cautelar designado no pueda o no acepte desempeñar el cargo, serán llamadas las personas nombradas en la tutela testamentaria, o a quien corresponda la tutela legítima como lo contempla el artículo 485 Bis del presente Código. En este acto se manifiesta ampliamente la autonomía de la voluntad.

El artículo 469 Bis en estudio instituye la división del ejercicio en el cargo de tutor al decir que el tutor o tutores deberán encargarse de su persona y en su caso de su patrimonio, lo que vinculado con la designación de dos o más tutores concebimos que uno se hará cargo del cuidado de la persona y el otro tutor designado del cuidado de los bienes en el caso de haberlos; quienes contarán con las facultades atribuidas para la naturaleza del cargo y que están previstas en el Código y ordenamientos aplicables correspondientes, por supuesto que al haber un sólo tutor designado éste ejercerá un cargo unitario.

La prevención.

La introducción de esta figura jurídica al Código local que nos ocupa obedece a la preocupación por prevenir y regular quien será el tutor en caso de incapacidad, por lo que estamos obligados a transcribir los supuestos que describen quien es considerado como incapaz, conforme al artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal:

“Artículo 450. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;
- II. Los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por si mismos o por algún medio que la supla. “

Esta prevención, tratándose de las personas privadas de su inteligencia contemplados en el artículo 1307 del mismo ordenamiento civil invocado, quedaría sin efecto alguno.

Facultades u obligaciones del tutor.

La regulación de las facultades u obligaciones mínimas del tutor se encuentran contenidas en el artículo siguiente:

“Artículo 469 Quáter.- En la escritura pública donde se haga constar la designación, se podrán contener expresamente las facultades u obligaciones a las que deberá sujetarse la administración del tutor, dentro de las cuales serán mínimo las siguientes:

I. Que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y

II. Establecer que el tutor tendrá derecho a una retribución en los términos de este código.

El Juez de lo Familiar, a petición del tutor o del curador, y en caso de no existir éstos, los sustitutos nombrados por el Juez tomando en cuenta la opinión del Consejo de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.”

El ejercicio de este derecho es opcional, porque en la escritura pública se puede designar a su tutor o tutores cautelares y a sus sustitutos, pero no es necesario que dicte disposición alguna para regular la administración del tutor, la falta de ellas no afecta en nada la existencia o validez del acto. Por lo que podemos afirmar que la regulación de la tutela cautelar es para designar al tutor cautelar, lo que predomina sobre el derecho a establecer disposiciones que regulen y rijan la vida del incapaz, pero en el caso de que opte por realizarlas se sujetará a las consideradas como mínimas en este artículo y que son concernientes a la toma de decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, y el derecho del tutor a una retribución en los términos de este código, que podrá fijarla el futuro incapaz y, de no hacerlo se estará a lo estipulado por el artículo 586 que fija del cinco al diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes y tendrá derecho a un aumento de hasta un veinte por ciento de los productos líquidos, en el caso que los bienes del incapacitado tuvieren un aumento en sus productos, y que esto se deba exclusivamente a la industria y

diligencia del tutor, tal calificación la realizará el Juez con audiencia del curador.

Establecer de manera textual el derecho del tutor cautelar a la remuneración, hace obligatorio el pago por el ejercicio del cargo. Ante ello es necesario recordar la realidad y planteamos la hipótesis del tutor de la persona que no cuenta con bienes, en estos casos no operaría tal retribución.

Consideraciones.

Finalmente, de acuerdo a la regulación de la tutela cautelar apreciamos conforme a nuestro ordenamiento legal y doctrinal como características del acto jurídico las siguientes: es un acto jurídico unilateral, porque se trata de una manifestación unilateral de la voluntad, además, es un acto que esta sujeto a que se presente la incapacidad, por ello nos damos cuenta que se adecua a la clasificación de las obligaciones que son de realización incierta; una vez que se realiza tal acontecimiento consistente en la incapacidad y su correspondiente declaratoria judicial el tutor cautelar designado deberá aceptar y protestar el cargo; y en el caso de que el tutor cautelar se excuse de ejercer el cargo, el artículo 469 Quintus establece que perderá el derecho a lo que le hubiere dejado por testamento el incapaz.

Situación que se considera inadecuada por los razonamientos que se expresarán más adelante.

En estos artículos que regulan la tutela cautelar no mencionan con precisión si además de esta sanción será responsable por daños y perjuicios, ni tampoco hace un señalamiento literal acerca de la normatividad aplicable en los supuestos no contemplados por esta tutela, como sí lo hacen algunas legislaciones estatales; ante tal omisión recordemos que la tutela cautelar es una clase de la tutela general, además si agregamos que han sido modificados algunos artículos y fracciones de la tutela general para introducir esta figura dentro del título noveno denominado: “De la tutela” podemos concluir que las normas de este título son supletorias en todo aquello que no este regulado para la clase de tutela que analizamos.

4.3. Propuesta de una mejor regulación de la tutela cautelar

PRIMERA.- El término adecuado para denominar a esta clase de tutela es el de Tutela Autodesignada porque contiene el elemento esencial consistente en la designación del propio tutor.

SEGUNDA.- Se propone que la redacción del artículo 469 Bis del Código Civil para el Distrito Federal quede en los términos siguientes:

Artículo 469 Bis.- Toda persona que tenga dieciséis años cumplidos y que posea el pleno goce de sus facultades mentales tiene el derecho a nombrar a su tutor o tutores y si lo desea su sustituto o sustitutos, para que se encarguen de su persona y de su patrimonio, en el caso de que sea declarado incapaz en los términos del artículo 450 fracción II. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código.

TERCERA.- Se propone que la hipótesis normativa prevista en el artículo 469 Quáter quede de la siguiente manera:

Artículo 469 Quáter.- Las disposiciones que emita el futuro incapaz atenderán los siguientes aspectos:

I. Todo lo relacionado con la salud del sujeto a tutela, como son los tratamientos y cuidados médicos, los trasplantes, donación de órganos y en general cualquier acto referente al cuidado de la salud del tutelado.

II. Los lineamientos generales o específicos sobre los cuidados a los que se sujetará el pupilo;

III. Lo relacionado con la educación y/o trabajo del pupilo, que en su caso proceda;

IV. El lugar de residencia del incapaz;

V. La administración, conservación y disposición del patrimonio del incapaz, tomando en consideración las facultades con las que cuenten;

VI. El alcance de las facultades, obligaciones y derechos del tutor

autodesignado.

El Juez de lo Familiar a petición del tutor, y en caso de no existir éste; por pedimento del tutor sustituto nombrado o de persona que tenga vínculo de parentesco o estrecha relación con el incapaz, tomando en cuenta la opinión del Consejo Local de Tutelas, podrá modificar las reglas establecidas si las circunstancias o condiciones originalmente tomadas en cuenta por la persona capaz en su designación, han variado al grado que perjudiquen la persona o patrimonio del tutelado.

CUARTA.- En consecuencia, se considera necesario también hacer una modificación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para que se reconozca y proteja el derecho a disponer de su propia persona, lo que engloba su cuerpo y órganos y, los derechos llamados de la personalidad (intimidad personal y familiar, honor, a la propia imagen, a su dignidad) y que afectan al orden público y privado.

QUINTA.- Se propone que se modifique la hipótesis normativa prevista en el artículo 469 Quintus para quedar de la siguiente manera:

Artículo 469 Quintus.- El tutor que renuncie o sea removido de la tutela perderá todo derecho a lo que le hubiese dejado por testamento el incapaz, ya que se considera que la excusa no debe ser causa para perder este derecho.

4.4. Justificación de la propuesta

El derecho del menor de edad que cuente con dieciséis años cumplidos y pleno uso de sus facultades mentales, para designar a su tutor cautelar (autodesignado) es la propuesta central del presente trabajo, por ello en este apartado se plasman las ideas que los juristas han emitido en relación a los derechos concedidos para los menores de edad, así como el tratamiento y regulación que en la legislación se ha codificado para ellos.

En primer lugar debemos recordar los conceptos básicos siguientes:

Capacidad.- Definida por el maestro Gutiérrez y González como: "...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."¹²⁶

De este concepto se derivan los siguientes aspectos de la capacidad, el Ministro Juan N. Silva Meza se pronuncia:

“Capacidad de goce. Constituye un atributo esencial e imprescindible de la personalidad, que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte. En virtud de ella, la persona puede ser titular de derechos y de obligaciones.

Capacidad de ejercicio. Consiste en la aptitud de la persona para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma; esto es, de participar directa y personalmente en la vida jurídica.”¹²⁷

En torno a la capacidad Galindo Garfias, emite las apreciaciones siguientes: "...la capacidad alude a la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismo (capacidad de goce y de ejercicio). Por lo tanto, la capacidad de la persona (propriadamente, la capacidad o incapacidad personal)... se relaciona con la idoneidad de la persona para valerse por sí misma considerando su madurez intelectual, para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones”¹²⁸

Agrega, la capacidad de ejercicio requiere: “a) que la persona tenga el discernimiento necesario, para comprender las consecuencias de sus actos, y b) que no haya sido declarada en estado de interdicción.”¹²⁹

El mismo autor sigue diciendo: "...la capacidad y la incapacidad aluden a la posibilidad o imposibilidad para ejercer por sí misma en razón de su edad, los

¹²⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, op. cit., nota 65, página 166.

¹²⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, op. cit. nota 117, páginas 1-2.

¹²⁸ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, páginas 397-398.

¹²⁹ Ibídem, página 414.

derechos y cumplir las obligaciones que legalmente les corresponden, (en los menores) o por su salud mental o deficientes aptitudes volitivas o sensoriales (en los mayores de edad incapacitados) unos y otros no pueden gobernarse por sí mismos.”¹³⁰

La incapacidad de ejercicio es definida por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como se expone:

“Época: Séptima Época.

Registro: 241397

Instancia: TERCERA SALA

Tipo Tesis: Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Localización: Volumen 80, Cuarta Parte

Materia (s): Civil

Tesis: Página: 23

[TA]; 7a. Época; 3a. Sala; S.J.F.; Volumen 80, Cuarta Parte; Pág. 23

INCAPACIDAD DE EJERCICIO, EMPLAZAMIENTO A PERSONAS QUE ADOLESCEN DE.

La incapacidad de ejercicio consiste en la falta de aptitud de la persona para ejercitar por si misma los derechos y obligaciones de los que es titular, distinguiendo el artículo 450 del Código Civil dos clases de dicha incapacidad, que son, la natural, propia de los menores de edad, y la legal, propia de los mayores que se encuentren en alguno de los supuestos que señalan las fracciones II a IV del precepto...

TERCERA SALA

Amparo directo 615/75. Concepción Peña de Aguirre. 21 de agosto de 1975. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa. Secretario: Jaime M. Marroquín Zaleta.

Nota: En el Informe de 1975, la tesis aparece bajo el rubro "INCAPACIDAD DE EJERCICIO, EMPLAZAMIENTO A PERSONAS QUE ADOLESCEN DE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

Genealogía

¹³⁰ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, página 398.

Una vez que hemos recordado los conceptos básicos de nuestro tema podemos establecer los argumentos que justifican nuestra propuesta, consistente en el derecho de los menores de edad que cuenten con dieciséis años cumplidos para designar a su tutor autodesignado como se propone. Para ello sirven de apoyo los siguientes estudios en torno a la capacidad del menor de edad:

Galindo Garfias nos dice: “En los menores de edad, la causa de su incapacidad se debe a que por la etapa de desarrollo en que se hallan no han alcanzado todavía la madurez psíquica.”¹³²

Sigue manifestando el autor: “La incapacidad de los menores de edad, presenta grados: el menor permanece en estado de incapacidad en tanto no haya sido emancipado. La emancipación, hace salir parcialmente al menor de edad, del estado de incapacidad.”¹³³

Es decir, la incapacidad del menor se encuentra sujeta a la madurez psíquica, siendo éste un elemento subjetivo; dicha incapacidad admite graduación y acepta a la emancipación como única causa para sustraerlo de esa incapacidad, pero de forma parcial porque hay que recordar que el emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero necesita de la autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar.

En otro sentido, Ennecerus, Nipperdey se pronuncia de esta forma: “El pensamiento, la voluntad, la conciencia del deber y la responsabilidad de los

¹³¹ Semanario Judicial de la Federación, séptima época, volumen 80, cuarta parte, página 23, registro IUS 241397.

http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c78ffff3f7f&Apendice=1101010101010&Expresion=incapacidad%20de%20ejercicio.%20emplazamiento%20a%20personas&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=241397&Hit=1&IDs=241397. Consulta realizada el 02 de febrero del 2013 a las 21:00 hrs .

¹³² Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, página 408.

¹³³ *Ibidem*, página 409.

propios actos, son en el hombre, el resultado de un desarrollo gradual. En consecuencia, el derecho, sólo lo declara capaz de producir por su voluntad efectos jurídicos (capacidad de obrar) y en particular de formar voluntariamente las relaciones jurídicas mediante negocios jurídicos o de responder de los actos ilícitos (responsabilidad, capacidad de imputación), cuando ha alcanzado un cierto grado de madurez. Pero la capacidad de obrar especialmente en lo que se refiere a negocios jurídicos, no puede depender directamente del grado de madurez del individuo... sino que en interés de la seguridad del tráfico, tiene que condicionarse a hechos susceptibles de reconocerse exteriormente. Por ello el Código Civil..., distingue ciertos grados de edad, de los cuales depende la capacidad de obrar...”¹³⁴

El autor, admite cierto grado de madurez del individuo para que el derecho le otorgue la capacidad de obrar, particularmente en la formación voluntaria de relaciones jurídicas a través del negocio jurídico, o la capacidad de imputación, pero la capacidad de obrar especialmente en los negocios jurídicos, no puede depender del grado de madurez, sino que tiene que condicionarse a hechos que sean susceptibles de reconocerse exteriormente. Para lo cual, en el Código Civil se distinguen ciertos grados de edad, y de ellos depende la capacidad de obrar.

Se resume lo anterior en la fórmula:

Grado de madurez + hecho susceptible de reconocimiento exterior (distinción en el Código Civil de ciertos grados de edad) = capacidad de obrar

Siguiendo ésta fórmula, tal parecería que el menor de edad cuenta con la capacidad de ejercicio, pero no es así, porque en nuestro derecho la capacidad de ejercicio es la aptitud de la persona para hacer valer por sí misma sus derechos y obligaciones, lo que resulta imposible, ya que requieren de un representante legal.

Sin embargo, nuestra legislación vigente, concede al menor de edad el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones, los cuales puede y corresponde

¹³⁴ Ennecerus, Nipperdey, *Derecho Civil, Parte General*, traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, 1947, volumen I, página 364.

ejercitarlos por sí mismo, sin necesidad de un representante, mismos que son reconocidos por la doctrina, según Chávez Asencio como grados de minoría, de los cuales comenta: “son importantes los distintos grados durante la minoría de edad para las relaciones familiares. Las personas físicas van sufriendo modificaciones a través de la edad que se reflejan en el ámbito jurídico...y agrega en el párrafo siguiente: ...El menor, al alcanzar determinada edad obtiene la capacidad de realizar ciertos actos...”¹³⁵

Tales derechos y obligaciones se enlistan a continuación:

En materia civil, el Código Civil para el Distrito Federal regula lo siguiente:

- El derecho de contraer matrimonio lo concede el artículo 148, a la edad de dieciséis años para ambos contrayentes, con el consentimiento del padre o madre o tutor o Juez de lo Familiar; y agrega que si la contrayente acredita encontrarse en estado de gravidez y cuenta con catorce años, podrá dispensarse la edad requerida a petición del padre o la madre.
- El artículo 361 del mismo ordenamiento legal regula que un menor puede reconocer a su hijo, si cuenta con la edad exigida para contraer matrimonio; el siguiente artículo señala que, si son menores de edad deberán contar con el consentimiento de quien ejerce sobre ellos la patria potestad o la tutela.
- El menor de edad que tenga más de doce años debe dar su consentimiento para ser adoptado. Artículo 398, fracción IV del Código Civil para el Distrito Federal.
- Tiene el derecho de administrar los bienes que adquiera por su trabajo, conforme lo regula el artículo 537 fracción IV en relación con el artículo 428 del mismo ordenamiento legal.

¹³⁵ Chávez Asencio, Manuel F., op. cit., nota 12, página 168.

- El menor de edad que tuviera catorce años cumplidos podrá solicitar al Juez que tome las medidas necesarias para impedir que sus bienes se derrochen o disminuyan por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad. De acuerdo al artículo 441 del Código Civil para el Distrito Federal.
- Quien ejerza la patria potestad, si cuenta con dieciséis años cumplidos, puede nombrar en su testamento al tutor de su hijo (s). Artículo 470 del Código Civil para el Distrito Federal.
- Si cuenta con dieciséis años cumplidos, puede designar a su propio tutor dativo, con la confirmación del Juez de lo Familiar si no tiene justa causa para reprobala. (Artículo 496). Igualmente a partir de esta edad, puede elegir a su tutor legítimo, si hubiere varios parientes del mismo grado, conforme al artículo 484 del Código Civil para el Distrito Federal.
- El menor de edad, en lo relativo a su educación, conforme al artículo 540, puede elegir una carrera, oficio o la actividad que elija, su habilitación o rehabilitación, si cuenta con alguna discapacidad. Además si el tutor no cumple con esta obligación, el menor puede ponerlo en conocimiento del Juez, para que dicte las medidas necesarias para su cumplimiento.
- Si ha cumplido dieciséis años de edad y tiene capacidad de discernimiento, puede intervenir en la formación de inventario de su patrimonio, junto con el tutor y el curador; y a ser consultado para los actos importantes de la administración, conforme al artículo 537, fracciones III y IV del Código Civil para el Distrito Federal.
- El menor que tenga dieciséis años cumplidos, podrá designar a su curador para asuntos judiciales, igualmente el emancipado por razón del matrimonio, con aprobación judicial, artículo 624 del Código Civil para el Distrito Federal.

- Chávez Asencio emite la siguiente interpretación del artículo 639 del Código Civil para el Distrito Federal: “El menor tiene capacidad para asumir obligaciones en materias propias de su profesión o arte en las que sea perito, consecuentemente, no puede alegar la nulidad de los actos jurídicos por él celebrados”¹³⁶
- El artículo 1306 del Código indicado, interpretado en sentido inverso dice que tiene capacidad para testar el menor de edad que tiene dieciséis años cumplidos y disfruta de su cabal juicio.
- En la materia procesal, conforme el artículo 902 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, si tiene dieciséis años cumplidos puede pedir su propia declaración del estado de minoridad.

De la exposición de éstos derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, encontramos algunos con efectos iguales a los de la presente propuesta, éstos son: según el artículo 470, el menor que cuente con dieciséis años cumplidos y que ejerza la patria potestad, puede nombrar en su testamento tutor de su hijo (s); quien tenga dieciséis años cumplidos, puede designar a su propio tutor dativo, con la confirmación del Juez de lo Familiar si no tiene justa causa para reprobársela (Artículo 496); igualmente a partir de esta edad, puede elegir a su tutor legítimo, si hubiere varios parientes del mismo grado (artículo 484), incluso al menor de edad que cuente con más doce años cumplidos, se le requiere su consentimiento para ser adoptado, artículo 398, fracción IV, todos ellos del Código Civil para el Distrito Federal. El artículo 417 del mismo ordenamiento regula que en caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores independientemente de su edad.

¹³⁶ Ibidem, página 171.

En materia laboral:

- El artículo 23 de la Ley Federal del Trabajo en vigor nos dice que los mayores de dieciséis años pueden prestar libremente sus servicios, con las limitaciones establecidas en la Ley; y va más allá, porque agrega que los mayores de catorce y menores de dieciséis necesitan la autorización de sus padres o tutores, a falta de ellos del sindicato, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de Autoridad Política.

En consecuencia, agrega el siguiente párrafo:

“Los menores trabajadores pueden percibir el pago de sus salarios y ejercitar las acciones que les correspondan.”

Esta Ley Federal, en el Título Quinto Bis, dedica un apartado denominado “Trabajo de los Menores”, en los artículos 173 al 180, establece la jornada laboral, la prohibición del trabajo de los menores en ciertas áreas o lugares determinados, señalando una diferencia en el tratamiento que le dan a los menores de dieciséis años, de los menores de dieciocho años.

En materia penal

- Conforme al artículo 1º de la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal, los menores de edad que tengan comprendidos entre doce y menos de dieciocho años de edad, pueden ser sujetos del derecho penal, al poder atribuirles la realización de un conducta tipificada como delito, incluso el artículo 35 de la misma Ley impone la detención preventiva a quien tenga entre catorce y menos de dieciocho años de edad y se le atribuya la realización de una conducta tipificada como delito grave. En este mismo supuesto una vez concluido el proceso el Juez Especializado en Justicia para Adolescentes, puede imponer una medida de privación de la libertad que va de seis meses hasta los cinco años de internamiento, lo anterior con fundamento en los artículos 86 y 87 de la misma Ley.

En la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- El artículo 6º de la Ley de Amparo, concede el derecho al menor de edad, para pedir amparo sin la intervención de su legítimo representante cuando éste se halle ausente o impedido, en tal caso le nombrará un representante especial para que intervenga en el juicio. Agrega además, que el menor que tenga catorce años cumplidos, podrá designar a su representante en el escrito de demanda.

Podemos concluir que para el menor de edad existe una graduación aceptada así por la doctrina y por la legislación.

A través de la graduación de la capacidad es que en la legislación internacional como en Canadá o incluso en Alemania donde no se requiere la capacidad del interesado para nombrar al asistente, encuentran una solución legal al problema de la incapacidad, pues la tendencia actual de los países citados en el presente trabajo se pronuncian en dotar de mayor autonomía al incapaz.

De todos los puntos expuestos observamos que nuestra legislación sustantiva y procesal faculta al menor de edad para la realización de ciertos actos jurídicos por sí mismo. Estos actos se traducen en que el menor de edad puede ejercitar derechos, contraer obligaciones, dar su consentimiento, que se le respeten ciertos derechos, como el ser oído, que sea tomada en cuenta su opinión, que sea consultado para actos de administración, y para realizar el testamento cuenta con facultades de disposición, cuyas decisiones o manifestaciones no le afectarán. Pero exceptuando ésta última nos damos cuenta que todas las enlistadas tendrán afectación directa en el menor de edad, en su persona y patrimonio.

Otro punto de vista en relación a la capacidad del menor para realizar actos jurídicos, gira en torno a los siguientes razonamientos: Galindo Garfias, cita la interrogante emitida por Giacomo Arena: “si la normativa sobre capacidad puede referirse a toda actividad (de la persona) abstractamente concebida o se limita a

determinada categoría de actos. Para ello debe aclararse la relación existente entre capacidad legal y capacidad natural, de la primera nos dice que surge cuando el ordenamiento exige la capacidad del sujeto para la realización de un acto; a la capacidad natural la normatividad le asigna un papel negativo y supletorio, es decir, lo que normalmente importa, no es la capacidad sino la incapacidad natural y sólo en cuanto al sujeto legalmente capaz, sea de hecho incapaz de entender y de querer; ...el presupuesto metodológico que debe tenerse presente, respecto a la capacidad de ejercicio como requisito de validez.”¹³⁷ Argumenta Ignacio Galindo Garfias: “debe buscarse en la disciplina legal de la particular categoría a que pertenece el acto de que se trata y desprenderse de la naturaleza misma de tales actos. En esta manera, parece quedar fundado por qué la incapacidad legal del menor, no impide que éste pueda válidamente realizar los actos para los cuales la ley lo autoriza.”¹³⁸

Galindo Garfias explica las actuaciones del menor en el mundo jurídico, que siendo incapaz tiene autorizado realizar ciertos actos jurídicos, teniendo en cuenta la categoría a la que pertenece el acto y su naturaleza misma. Argumento que es de la misma naturaleza a la sustentada por los defensores del derecho de la testamentificación activa, que sostienen que tal derecho obedece a la naturaleza del negocio jurídico testamentario, como acto jurídico mortis causa, que es un dato objetivo, y no de naturaleza subjetiva como es la apreciación de la madurez mental o psíquica del individuo.

En relación a la capacidad para testar, el Doctor Rafael De Pina la define: “como la posibilidad legal de hacer testamento reconocida legalmente”¹³⁹

Además, este autor destaca en su obra citada, según CASTAN, las principales particularidades de la teoría de la capacidad para testar en relación con la de otros actos jurídicos, entre las cuales es trascendente la siguiente:

¹³⁷ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 119, páginas 630-631.

¹³⁸ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 119, página 630.

¹³⁹ De Pina, Rafael. *Elementos de derecho civil mexicano. Bienes – sucesiones*, 19ª edición, México, Porrúa, 2008, volumen II, página 315.

“1ª No hay (en la de testar) distinción entre la capacidad de goce y la de ejercicio, puesto que en el testamento la aptitud para testar va unida al ejercicio del derecho, sin que nadie pueda suplir la capacidad ni hacer testamento en nombre de otro.”¹⁴⁰

Dicha teoría, resulta aplicable en el derecho del menor de edad que tenga 16 años, para nombrar a su tutor, en donde está aptitud se justificaría unida al ejercicio del derecho, en consecuencia, no sería admisible la representación para suplir la capacidad pues se está ante un acto personalísimo.

En síntesis de lo expuesto, se retoman cinco ideas: La primera sostenida por Ennecerus Nipperdey, nos dice, que la capacidad de obrar especialmente en lo que se refiere a negocios jurídicos, no puede depender directamente del grado de madurez del individuo... sino que..., tiene que condicionarse a hechos susceptibles de reconocerse exteriormente. Por ello el Código Civil ..., distingue ciertos grados de edad, de los cuales depende la capacidad de obrar; la segunda sostenida por el maestro Galindo Garfias, quien sujeta la incapacidad de los menores de edad a su madurez psíquica, admite la graduación de su incapacidad y acepta a la emancipación como único supuesto para sustraerlo de esa incapacidad parcialmente; la tercera emitida por Chávez Asencio quien afirma que la legislación vigente concede al menor el ejercicio de ciertos derechos y obligaciones que puede ejercitarlos por sí mismo, mismos que reconoce la doctrina como grados de minoría, agrega también que el menor al alcanzar determinada edad obtiene la capacidad de realizar ciertos actos.

La cuarta idea, corresponde a la interrogante de Giacomo Arena, relativa a si la aplicación de la normativa sobre capacidad se refiere a toda la actividad de la persona o se limita a cierta categoría de actos, concluye que debe buscarse en la disciplina legal de la particular categoría a que pertenece el acto de que se trata y desprenderse de la naturaleza misma de tales actos. De esta manera, para Galindo Garfias, parece quedar fundada la incapacidad legal del menor para válidamente realizar los actos para los cuales la ley lo autoriza. Bajo el argumento que toma en cuenta la categoría y naturaleza misma del acto.

¹⁴⁰ Ibidem, página 314.

Finalmente, la definición del Doctor Rafael de Pina, en torno a la capacidad para testar, como la posibilidad de hacer testamento reconocida legalmente, resulta aplicable de forma semejante al derecho del menor con dieciséis años cumplidos para nombrar a su tutor cautelar.

En los autores citados, observamos que son unánimes al pronunciarse en el sentido que el derecho reconoce y regula el ejercicio de ciertos derechos, para que pueda realizarlos por sí mismos, a los menores de edad. En consecuencia, el menor de edad actúa acorde a la norma jurídica.

Por ello, concluimos que el derecho concede al menor el ejercicio de ciertos derechos, para que sean realizados por sí mismo y a través de su reconocimiento en el Código Civil para el Distrito Federal, encuentra su justificación.

Otro aspecto que se debe exponer en relación a la capacidad del menor de edad es el siguiente:

Para el ejercicio de todos estos derechos y obligaciones enlistadas, se entiende implícito que el adolescente cuenta con la capacidad de discernimiento, del cabal juicio como requisito exigido por la ley para emitir el testamento, del sentido de responsabilidad que implica desarrollar una actividad laboral y para afrontar un proceso penal, que en las conductas tipificadas como delitos graves puede ser privativo de la libertad.

En la enumeración expuesta se aprecia que las responsabilidades que nacen para los menores de edad que cuentan con dieciséis años cumplidos o menos, resultan numerosas y diversas ya que se ven afectadas las esferas jurídicas, económicas y sociales de los menores, por ello es de importancia su regulación adecuada.

Esto es así, pues respecto a la capacidad para testar y el derecho del menor a contraer matrimonio y como consecuencia quedar emancipado, Galindo Garfias manifiesta: “Cuando el menor ha llegado a la pubertad o el interdicto tiene intervalos lúcidos, adquiere la aptitud para hacer testamento que el menor antes

de esa edad...o el enfermo mental no tienen...adquieren aptitud que por la habilitación que les otorga el derecho, bajo el aspecto de una capacidad de decirlo así precaria, si es que se puede llamar así.

En estos casos no se modifica la situación de incapacidad del menor o del interdicto. Tratándose del matrimonio se realiza el supuesto jurídico (edad núbil) para que pueda celebrar válidamente ese acto.

En cuanto a la validez del testamento (excepto testamento ológrafo) otorgado por el menor que ha cumplido dieciséis años (siempre que se encuentre en el uso cabal de sus facultades mentales o volitivas) la ley le permite hacerlo en cuanto goza de lucidez intelectual y de libertad volitiva.”¹⁴¹

Cabe destacar, que por reforma de fecha 23 de julio del 2012 fueron derogados los artículos que regulaban el testamento público ológrafo, entre otros.

Usando este mismo argumento, podemos afirmar que el menor de edad que cuente con dieciséis años cumplidos y pleno uso de sus facultades mentales tiene el derecho de nombrar a su tutor o tutores y a sus substitutos porque el Código Civil para el Distrito Federal le permite hacerlo.

Por otro lado, se debe exponer brevemente la emancipación, definida por Rafael De Pina como: “El acto jurídico que libera al menor de la patria potestad o de la tutela y que le otorga la administración de sus bienes y el gobierno de su persona.”¹⁴²

Para Fernández Clérigo, citado por Galindo Garfias, respecto de la emancipación considera: “...*b*) debe hacerse notar que la emancipación es un estado intermedio entre la incapacidad que sufre el menor no emancipado y la capacidad plena de que goza la persona que por haber alcanzado la mayoría de edad, adquiere legalmente la capacidad de ejercicio, fundada en la suficiente madurez de juicio y aptitud de discernimiento, que por razón natural sólo se

¹⁴¹ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 119, página 612.

¹⁴² De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, op. cit., nota 62, página. 262.

adquiere con el desarrollo intelectual de la persona que ha cumplido cierta edad (dieciocho años) y que siendo la emancipación una consecuencia del matrimonio, la aptitud fisiológica para las funciones de reproducción, que se adquiere al llegar a la pubertad (14 años en la mujer y 16 en el varón) ni razonablemente, ni jurídicamente, autorizan para atribuir a las personas púberes, por haber contraído matrimonio el suficiente desarrollo intelectual que no han alcanzado...e) que al haber quedado en nuestro sistema legislativo actual, reconocida como única causa de emancipación la que deriva del matrimonio (emancipación tácita), parece incongruente hoy en día, que el criterio para restringir la capacidad de ejercicio del menor de edad emancipado, sea la naturaleza mueble o inmueble de los bienes que enajene y no el valor económico de las cosas de que dispone, ya sean éstas bienes raíces o bienes muebles.”¹⁴³

El tratamiento de la emancipación en el Distrito Federal ha tenido cambios, la Ley Sobre Relaciones Familiares (artículos 476 y 477) estableció que la emancipación sólo surtirá efectos respecto a la *persona del menor*, y los bienes quedarían en manos de quienes ejercían la patria potestad o del tutor en su caso, hasta que el menor llegara a la mayoría de edad. El Código Civil de 1928, para el Distrito Federal, establecía originalmente en sus preceptos la emancipación tácita y la emancipación expresa; esta última en sus dos variantes: por declaración de los que ejercen la patria potestad o del tutor y a solicitud del propio menor de edad si ha cumplido dieciocho años y si prueba ante el Juez competente su buena conducta y su aptitud para administrar sus bienes. Por reforma de 31 de diciembre de 1969 se derogan los preceptos que establecían la emancipación expresa en sus dos formas.

El sistema vigente en el Código Civil para el Distrito Federal, regula la emancipación como consecuencia del matrimonio del menor.

Agrega Galindo Garfias: “La capacidad plena, que adquiere el menor de edad respecto de su persona, lleva consigo la libre disposición de los llamados

¹⁴³ Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., nota 13, página 422.

derechos de la personalidad, que los autores modernos consideran que se ejercen sobre la parte fisicosomática, y que en la vida social moderna han adquirido particular relevancia; como acontece con los derechos de la propia imagen y los de disposición del cuerpo, de los órganos de la persona en vida de ella, de los derechos sobre el cadáver y de las partes separadas del mismo, teniendo en cuenta el desarrollo de la cirugía moderna en materia de implantación de órganos.”¹⁴⁴

El sistema que adopta el Código Civil para el Distrito Federal, es el de capacidad semiplena, la cual de acuerdo al sistema del Código Civil francés, se llama semiplena, “porque la capacidad que la emancipación atribuye al menor, no es completa, sino restringida.”¹⁴⁵

Dieciséis años porque el ejercicio de un derecho lleva implícito el uso de la capacidad de ejercicio, la cual de acuerdo a la mayoría de los autores son congruentes en señalar que son dos: la edad y la capacidad de discernimiento.

De acuerdo a lo expuesto por Galindo Garfias y Fernández Clérigo, al grado de madurez o la facultad de discernimiento no puede fijarse la capacidad de ejercicio, sino que deben de establecerse parámetros objetivos que nos garanticen una seguridad jurídica.

La edad, como se ha dicho, queda al arbitrio de la legislatura en turno, a las necesidades políticas, a los cambios de la propia sociedad, sin embargo, ha de tenerse en cuenta el derecho emitido por otras legislaciones, estatales, federales, tratados internacionales, e incluso legislaciones extranjeras, para poder establecer un parámetro que nos guíe en la afectación que se haga a las instituciones jurídicas de nuestro país.

El discernimiento o la madurez mental son requeridos para la emisión de cualquier acto jurídico, para la imputación de cualquier responsabilidad, es decir, son el presupuesto con el que ha de contar la persona en el mundo del derecho, y

¹⁴⁴ Ibidem, página 421.

¹⁴⁵ Ibídem, página 422.

en el caso de no contar con ellos, se pone en marcha toda la maquinaria jurídica para su protección, pues estamos ante personas que deben ser protegidas y velar por sus derechos.

Finalmente, resulta de importancia resaltar el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a Niñas, Niños y Adolescentes, emitido por la Suprema Corte de Justicia, en torno a las consideraciones para las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos y agrega:

“Lo anterior supone en reconocer a las niñas, niños y adolescentes su personalidad jurídica. Si bien éste es un aspecto indiscutible, parece no haber acuerdo en considerarlos como personas con capacidad jurídica, es decir, con la capacidad para gozar y ejercer los derechos que les son propios debido al estado de desarrollo en que se encuentran.”¹⁴⁶

Agrega: “...la edad no puede ser el argumento que se utilice para justificar la limitación o negación de los derechos humanos de la infancia. En tanto las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos, deberá asumirse su capacidad jurídica.

Lo anterior supone ir en contrasentido de varias leyes...Al respecto debe considerarse que la reforma constitucional en derechos humanos coloca por encima de las leyes locales los tratados internacionales, lo que significa que las primeras deberán ser congruentes con los segundos. De esta forma lo que contravenga lo reconocido en los tratados deberá ser modificado en aras de ser congruentes con aquellos.”¹⁴⁷

De lo expuesto, concluimos que el menor de edad al alcanzar cierta edad obtiene la capacidad para realizar ciertos actos que están autorizados en la ley, para ello requiere que el individuo goce de salud psíquica y madurez intelectual,

¹⁴⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, 2ª edición, México, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, página 5.

¹⁴⁷ Ibidem, página 6.

es decir que cuente con el autogobierno para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones.

Para tener esta madurez intelectual es necesario contar con la salud mental o psíquica como primer requisito, ya que la madurez intelectual se puede alcanzar desde muy temprana edad o después de la mayoría de edad, pues bien, todos contamos con ella en mayor o menor grado. Afirmación que se ve reforzada por Galindo Garfías al enlistar como requisitos para la capacidad de ejercicio: el discernimiento necesario, para comprender las consecuencias de sus actos y que no haya sido declarado en estado de interdicción.

De acuerdo a los párrafos anteriores, se puede afirmar que la edad y la salud mental van de la mano para que el menor o mayor de edad puedan ejercer por sí mismos derechos y obligaciones.

La edad y salud mental traerán como resultado el autogobierno del individuo, que aumentará con el paso de los años y con las experiencias que adquiera, e irá decreciendo al alcanzar una edad avanzada que cada día se ve mermada por motivos de salud principalmente o en el mejor de los casos por el simple proceso degenerativo del organismo humano.

Al ser la madurez y el autogobierno situaciones cambiantes y graduables al aumentar la edad del individuo, la capacidad de ejercicio no puede dejarse al arbitrio de una sola (madurez y edad), sino que por seguridad jurídica debe establecerse en la ley. Circunstancia que también ha sido variable como lo demuestran los antecedentes de nuestra legislación, ya que la mayoría de edad se estableció por decreto de 31 de diciembre de 1969 que declara que la mayoría de edad se alcanza en el Distrito Federal a la edad de dieciocho años cumplidos, cambio que obedeció dicen los autores a situaciones políticas y económicas más que jurídicas o sociales. Pues bien, el ritmo de vida, el tipo de población, el nivel de educación y preparación académica son factores que influyen en el desarrollo psíquico e intelectual de la persona. Por todo ello es necesario fijar un parámetro para que la población cuente con la seguridad jurídica.

La propuesta consistente en el derecho a dictar disposiciones para el cuidado de la persona y, en su caso, de sus bienes, se considera en el presente trabajo como un derecho opcional porque así está regulado, con lo que se reafirma que el objeto principal de la tutela cautelar es la designación del tutor. Dictar estas disposiciones, es algo que solamente una persona capaz podría realizar de forma coherente y en pleno uso de sus facultades. En el caso de los menores de edad se ajustarán a la regulación de las leyes correspondientes, ya que no han sufrido modificación alguna, y tratándose de incapaces debe tratarse con mucho cuidado el ejercicio o no de este derecho pues consideramos que implica que el incapaz debe manejar elementos de conocimiento que quizá nunca tuvo y que en el intervalo de lucidez no sería suficiente para su comprensión. La regulación actual lo contempla de manera opcional, así que quien no dicte disposiciones se sujetará a las reglas del Código Civil.

La propuesta de modificación al artículo 469 Quáter obedece a que con éstas disposiciones se cubrirán los aspectos fundamentales de la vida de la persona en caso de llegar a ser incapaz, los cuales consisten en la salud del incapaz y todo lo relacionado con ella, como los tratamientos médicos, la donación de órganos, entre otros, el tipo de cuidados que desea recibir teniendo en cuenta las necesidades y el nivel de vida que llevaba; en la medida de lo posible, la educación reconocido como un derecho constitucional, el trabajo que pudiera realizar en determinado momento, el lugar de residencia es un elemento importante, porque puede indicar en sus disposiciones cual será, el destino de su patrimonio y puede ordenar también acerca de las facultades, derechos y obligaciones del tutor.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En la actualidad el objeto de la tutela consiste en la protección, guarda y representación del incapaz mayor de edad o del menor no sujeto a la patria potestad o que estando bajo ésta exista oposición de intereses respecto de quien ejerce sobre él la patria potestad; para la realización de actos que afectarán al pupilo en la esfera de su persona y bienes, en el caso de contar con ellos, dando preferencia al cuidado de la persona.

SEGUNDA.- La tutela regulada en nuestro Código Civil para el Distrito Federal pertenece al sistema de la tutela de carácter mixto porque presenta características de la tutela como institución familiar y de la tutela como cargo de carácter público, ya que en nuestro sistema jurídico la vigilancia y autorización corre a cargo tanto de órganos administrativos como judiciales, pero también a cargo del curador, cuya función es ejercer la vigilancia sobre el tutor, y aquél junto con el tutor no forman parte de los órganos del Estado.

TERCERA.- El cargo de tutor se encomienda en la mayoría de los casos a una persona vinculada por parentesco con el incapaz, en la tutela cautelar dicho cargo puede recaer en la persona que designe el individuo en caso de llegar a ser incapaz, sea familiar o persona ajena al parentesco.

CUARTA.- Las características generales de la tutela son: cargo de interés público, irrenunciable, temporal, excusable, personalísima, cargo unitario o plural.

QUINTA.- El término adecuado para denominar a la tutela cautelar es de autodesignada, porque contiene el fin primordial de esta tutela.

SEXTA.- La tutela cautelar es una institución jurídica a través de la cual quien tenga dieciséis años cumplidos y pleno uso de sus facultades mentales, designa a su tutor o tutores, y si lo desea a sus sustitutos, para que se encarguen del cuidado de su persona y de su patrimonio en el caso de llegar a ser incapaz; podrá dictar disposiciones de carácter general y/o específico que afectarán su ámbito personal y patrimonial, las cuales deberán sujetarse a las reglas de la

materia que corresponda. Tal designación surtirá sus efectos en el caso que llegare a ser declarado incapaz.

SÉPTIMA.- La regulación adecuada de la tutela cautelar es de suma importancia al predominar en ella el reconocimiento de los derechos de las personas por el sólo hecho de serlo, como son el derecho de ser oído, a que se tome en cuenta su opinión, el derecho a la salud, libertad, dignidad, seguridad, el derecho a ser informado, a decidir sobre su propia persona y bienes, a establecer los lineamientos bajo los cuales desea vivir en el caso de ser incapaz, por ello alcanza la protección de todo el sistema jurídico nacional e internacional. Derechos que son incuestionables y han de encontrar mayor protección tratándose de incapaces.

OCTAVA.- La tutela cautelar busca dar solución a los problemas que surgen por la incapacidad de una persona, los cuales van desde la afectación directa en la persona y patrimonio, del cual se generan problemas de tipo económico; a través de su adecuada regulación el Estado cumple con su obligación de salvaguardar los derechos del incapaz, de esta forma con la regulación de la tutela cautelar se da respuesta a las necesidades de la sociedad.

NOVENA.- Actualmente en el Código Civil para el Distrito Federal el derecho a designar al tutor o tutores cautelar (es) está sujeto a la persona con capacidad para testar, lo que resulta inadecuado, ya que la tutela cautelar es un acto "inter vivos", que tiene repercusión en la persona y patrimonio de quien emite el acto jurídico; en sentido contrario, las reglas del testamento pertenecen a la naturaleza de un acto "mortis causa" y en consecuencia, no tendrán ningún efecto en su persona y patrimonio.

DÉCIMA.- La capacidad del menor es resuelta en las legislaciones extranjeras en razón de que regulan la graduación de la misma, reconocen en el menor capacidad o que tenga capacidad de obrar suficiente como sucede en Alemania donde el incapaz puede seguir actuando por sí sólo mientras posea capacidad de administración; en Canadá el incapaz conserva cierta autonomía tratándose de la tutela. Existen legislaciones como Alemania, España y Canadá donde se regula el

derecho del afectado a pedir su propia incapacidad. Dicha graduación de la capacidad sería conveniente introducirla en nuestra legislación federal y local.

DÉCIMA PRIMERA.- En razón de lo anterior, se propone que en el Código Civil para el Distrito Federal, la regulación de la tutela cautelar contemplada en el artículo 469 Bis quede de la siguiente forma:

Toda persona que tenga dieciséis años cumplidos y que tenga la capacidad de goce y la capacidad legal puede nombrar a su tutor o tutores autodesignado (s) y, si lo desea a su sustituto o sustitutos, para que se encargue (n) de su persona y de su patrimonio, para el caso de que sea declarado incapaz. Dichos nombramientos excluyen a las personas que pudiere corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a la tutela testamentaria o legítima.

DÉCIMA SEGUNDA.- El contenido de las disposiciones que realice la persona en caso de llegar a ser incapaz, podrán pronunciarse en los rubros de la salud, educación y/o trabajo que en su caso proceda, la residencia del incapaz, el patrimonio y el alcance de las facultades, obligaciones y derechos del tutor. Al ser éste un derecho opcional se llega a la conclusión que el derecho fundamental de la tutela autodesignada consiste en nombrar al propio tutor.

DÉCIMA TERCERA.- La tutela cautelar es un acto jurídico unilateral de realización incierta, sujeto a que se presente la incapacidad y a la aceptación del cargo.

DÉCIMA CUARTA.- Se propone que se modifique la hipótesis normativa prevista en el artículo 469 Quintus para quedar de la siguiente manera:

Artículo 469 Quintus.- El tutor que renuncie o sea removido de la tutela perderá todo derecho a lo que le hubiese dejado por testamento el incapaz, ya que se considera que la excusa no debe ser causa para perder este derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

1. ACOSTA ROMERO, Miguel, *Compendio de derecho administrativo, parte general*, 3ª edición, México, Porrúa, 2001.
2. BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *Derecho sucesorio*, sin número de edición, México, Oxford, Colección Textos Jurídicos Universitarios.
3. BAQUEIRO ROJAS, Edgar, *Derecho de familia*, 2ª. edición, México, Oxford, 2009.
4. BONNECASSE, J., *Introducción el estudio del derecho*, sin número de edición, traducción de José M. Cajica Jr., México, editorial José M. Cajica Jr., 1944, volumen I.
5. CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Incapacidad. disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, 3ª edición, México, Porrúa, 2010.
6. CASTRO Y BRAVO, Federico de, *El negocio jurídico*, sin número de edición, Madrid, Civitas, 1997.
7. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La Familia en el derecho. Relaciones jurídica. paterno filiales*, 5ª edición actualizada, México, Porrúa, 2004.
8. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *La Familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 2ª edición, México, Porrúa, 1990.
9. CHÁVEZ CASTILLO, Raúl, *Derecho de familia y sucesorio, curso derecho civil IV*, sin número de edición, México, Porrúa, 2009.
10. CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, 2ª. edición, Navarra, Thomson Aranzadi, S. A., 2004.

11. DE IBARROLA, Antonio, *Cosas y sucesiones*, 16ª edición, México, Porrúa, 2008.
12. DE LA MATA PIZAÑA, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho familiar y sus reformas más recientes en la legislación del Distrito Federal*, 4ª edición, México, Porrúa, 2008.
13. DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano, Introducción- Personas-Familia*, 4ª edición, México, Porrúa, 2006, volumen I.
14. DE PINA, Rafael, *Elementos de derecho civil mexicano. Bienes-sucesiones*, 19ª edición, México, Porrúa, 2008, volumen II.
15. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Familia*, 2ª edición, México, Porrúa, 2011.
16. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil. Parte general. Personas cosas. negocio jurídico e invalidez*, 12ª edición, México, Porrúa, 2010.
17. Ennecerus, NIPPERDEY, *Derecho civil, Parte general*, traducción de Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona, 1947, volumen I.
18. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil, primer curso. Parte general. Personas. Familia*, 13ª edición, México, Porrúa, 1994.
19. GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Estudios de derecho civil*, 3ª edición, México, Porrúa, 1997.
20. GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, 2ª edición, México, Porrúa – UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, serie doctrina jurídica, número 575.
21. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, 2ª edición, México, Porrúa, 2011.

22. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho sucesorio. Inter vivos y mortis causa*, 6ª edición, México, Porrúa, 2006.
23. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2ª edición, México, Porrúa, 2001, tomo III.
24. MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, 3ª edición, México, Porrúa, 1987.
25. RENDÓN UGALDE, Carlos Efrén, *La tutela*, sin número de edición, México, Porrúa, 2001.
26. TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y Llorens, Luis Rogelio, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, sin número de edición, Buenos Aires, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1996.
27. TAPIA RAMÍREZ, Javier, *Derecho de obligaciones*, 2ª edición, México, Porrúa, 2012.
28. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La tutela*, México, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012, serie Temas Selectos de Derecho Familiar, número 6.
29. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 61ª edición, México, Porrúa, 2009.

Legislación

Legislación nacional

30. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/> Consultada el 8 de octubre de 2013 a las 12:55 hrs.
31. Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

<http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/> Consultada el 8 de octubre de 2013 a las 13:26 hrs.

32. Código Civil Federal, <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/> Consultado el 08 de octubre de 2013 a las 19:29 hrs.
33. Código Civil del Estado de México, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 3 de septiembre del 2013 a las 10:59 hrs.
34. Código Civil para el Distrito Federal. <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/> Consultado del 23 de septiembre de 2013 a las 10:16 hrs.
35. Código Civil para el Estado de Baja California, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado del 2 de septiembre de 2013 a las 03:22 hrs.
36. Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 3 de septiembre de 2013 a las 10:49 hrs.
37. Código Civil para el Estado de Guanajuato, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el día 2 de septiembre de 2013 a las 19:27 hrs.
38. Código Civil para el Estado de Nayarit, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 3 de septiembre de 2013 a las 01:39 hrs.
39. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 2 de septiembre de 2013 a las 02:25 hrs.
40. Código de Familia para el Estado de Sonora, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 04 de septiembre de 2013 a las 10:53 hrs.

41. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/> Consultado el 23 de septiembre de 2013 a las 22:14 hrs.
42. Código Familiar del Estado de Zacatecas, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el día 4 de septiembre de 2013 a las 02:50 hrs.
43. Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 04 de septiembre de 2013 a las 23:00 hrs.
44. Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 4 de septiembre de 2013 a las 01:47 hrs.
45. Ley del Notariado del Distrito Federal, <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/> Consultada el día 3 de septiembre de 2012 a las 13:05 hrs.
46. Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/> Consultada el 24 de septiembre de 2013 a las 19:02 hrs.
47. Ley para la Familia del Estado de Hidalgo, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 4 de septiembre de 2013 a las 10:01 hrs.
48. Código Civil del Estado de Durango, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 5 de octubre de 2013 a las 22:30 hrs.
49. Código Civil del Estado de Chihuahua, <http://www2.scjn.gob.mx/red/legislaciónestatal/> Consultado el 5 de octubre de 2013 a las 23:40 hrs.

Legislación extranjera

50. Código Civil Alemán, <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html> Consultado el 23 de septiembre de 2013 a las 18:44 hrs.
51. Código Civil de Quebec, <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/code-civil> Consultado el 23 de septiembre de 2013 a las 14:21 hrs.
52. Código Civil Español, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.l1t10.html#a215 Consultado el 24 de septiembre de 2013 a las 23:55 hrs.
53. Código Civil Suizo, <http://www.admin.ch/opc/it/classified-compilation/19070042/index.html> Consultado el 13 de octubre de 2013.
54. Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de Valencia, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html Consultada el 01 de octubre de 2013 a las 22:50 hrs.
55. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html Consultada el 01 de octubre de 2013 a las 03:15 hrs.
56. Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html Consultada el 01 de octubre de 2013 a las 23:00 hrs.

57. Ley 5/2003, del 9 de octubre, de Declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía. http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html Consultada el 01 de octubre de 2013 a las 14:00 hrs.
58. Ley 7/2002, del 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad del País Vasco, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html Consultada el 1 de octubre de 2013 a las 15:15 hrs.
59. Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, de Castilla y León, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html Consultada el 01 de octubre de 2013 a las 14:15 hrs.
60. Ley de procedimiento en materia familiar y en materia de jurisdicción voluntaria, <http://www.juztiz.nrw.de> Consultado el 23 de septiembre de 2013 a las 21:52 hrs.

Otras fuentes

Tesis

61. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Rodrigo, *Designación de tutor en previsión de la incapacidad*, Tesis profesional para obtener el título de Licenciado en Derecho, Universidad La Salle, México, 1999.

Publicaciones Gubernamentales

62. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, *Diario de los Debates de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal*, México, año 1, 19 de diciembre de 2006, número 34, primer período ordinario de sesiones del primer año de ejercicio.
63. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y*

adolescentes, 2ª edición, México, editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2012.

Diccionarios

64. Cabanellas, Guillermo, *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 20ª edición, Buenos Aires, Heliasta S.R.L., 1981, tomo III.
65. Casso y Romero, Ignacio, *Diccionario de derecho privado*, sin número de edición, España, Labor, 1950, tomo II.
66. De Pina, Rafael y De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, 34ª edición, México, Porrúa, 2005.
67. Hernández Espíndola, Olga, *Diccionario jurídico mexicano*, I-O, edición histórica, México, Porrúa, S.A. - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
68. *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2ª edición, México, Porrúa - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, tomo VI.
69. Moliner, María, *Diccionario de uso del español*, edición abreviada, Madrid, Gredos, 2000.

Revistas

70. Hertel, Christian, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad: El derecho alemán”, *Escriva, revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, México, año 1, número 2, 1998.
71. Rovira Sueiro, María E, “La autotutela”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña*, editado por Galicia Innovación y Universidad de Coruña, 2004, No. 8.