

308909
40

Universidad Panamericana
Facultad de Derecho
Con estudios incorporados a la UNAM

Disposiciones para la propia incapacidad

Tesis

Que para obtener el título de Licenciada en Derecho

Presenta

María Cristina Zavala Jayo

Asesor de tesis: Lic. Carlos de Pablo Serna

279509



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 mi papá por su ejemplo, apoyo, educación,
y por compartir conmigo su vocación por el Derecho.

A mi mamá por su paciencia, tiempo, dedicación,
y por ser para mí una verdadera amiga.

A Pepe por su cariño, protección, ternura y por
haber pasado conmigo los momentos más difíciles.

Al Pbro. Francisco Porras por sus oraciones, amor,
preocupaciones y por ser para mí como un abuelo.

A Luly por los momentos vividos, los mejores
recuerdos, las desveladas y por ser
para mi una hermana

A Maricarmen, Bárbara y Karen por su amistad,
sus consejos, por escucharme y por que a
pesar de todo seguimos juntas.

Al Licenciado Carlos De Pablo por las
oportunidades, la confianza, los consejos y
por ser un ejemplo profesional a seguir.

Al Licenciado Javier I. Pérez Almaráz
por el apoyo, comprensión y enseñanzas.

INDICE

Introducción

CAPITULO I DE LAS PERSONAS

1. Autonomía de la voluntad	1
1.1 Concepto	1
1.2 Antecedentes	7
1.3 Nuestra legislación	9
2. Persona	10
2.1 Concepto	11
2.2 Antecedentes	18
2.3 Nuestra legislación	21
3. Personalidad jurídica	22
3.1 Concepto	22
3.2 Antecedentes	23
3.3 Nuestra legislación	25
3.4 Derechos personalidad	25
3.4.1 Concepto	25
3.4.2 Clasificación de los derechos de la personalidad	27

CAPITULO II DE LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD

1. Capacidad	30
1.1 Concepto	30

1.2	Antecedentes	31
1.2.1	Código civil de 1870	32
1.2.2	Código civil de 1884	35
1.2.3	Ley de Relaciones familiares de 1917	36
1.3	Nuestra legislación	36
1.4	Tipos de capacidad	37
1.4.1	Capacidad de goce	37
1.4.2	Capacidad de ejercicio	38
1.5	Grados de capacidad	39
1.5.1	Concebido	39
1.5.2	Menor de edad	41
1.5.3	Emancipado	45
1.5.4	Mayor de edad	47
1.5.5	Mayor de edad privado de sus facultades mentales	48
1.6	Distinción entre capacidad y personalidad	49
1.7	Distinción entre capacidad y estado de las personas	50
1.8	Distinción entre capacidad y habilitación	52
1.9	Distinción entre capacidad y legitimación	53
2.	Incapacidad	55
2.1	Concepto	55
2.2	Nuestra legislación	56
2.3	Tipos de incapacidad	57
2.3.1	Incapacidad de goce	57
2.3.2	Incapacidad de ejercicio	58
2.4	Causas de incapacidad	59
2.5	Incapacidad natural y legal	60
2.6	Incapacidad total y parcial	63
2.7	Efectos jurídicos de la incapacidad	65
2.8	Declaración de incapacidad	66
2.8.1	Procedimiento de interdicción	68

CAPITULO III DE LA REPRESENTACIÓN

1. Concepto	72
2. Antecedentes	75
3. Elementos	77
4. Origen	78
5. Teorías	79
5.1 Teoría negativa de Duguit	79
5.2 Teoría de la ficción	80
5.3 Teoría del nuncio	80
5.4 Teoría de la sustitución real de la personalidad	81
5.5 Teoría de Levy- Ullman	81
6. Efectos	82
7. Clasificación	84
7.1 En razón de los efectos	84
7.1.1 Directa	84
7.1.2 Indirecta	84
7.2 En razón del origen	85
7.2.1 Necesaria	85
7.2.2 Legal	85
7.2.3 Voluntaria	85
8 Representación legal	86
8.1 Patria potestad	89
8.1.1 Concepto	89
8.1.2 Antecedentes	92
8.1.3 Finalidades	93
8.1.4 Personas sujetas a la patria potestad	94
8.1.5 Suspensión del derecho de ejercicio de la patria potestad	95
8.1.6 Pérdida del ejercicio de la patria potestad	96
8.1.7 Extinción de la patria potestad	98
9 Representación voluntaria	98
9.1 Poder	100
9.1.1 Concepto	100
9.1.2 Clasificación	102

9.1.3	Terminación	106
9.2	Mandato	106
9.2.1	Concepto	106
9.2.2	Clasificación	107
9.2.3	Distinción entre poder y mandato	108
9.2.4	Modalidades de la representación	109
	a)Mandato con representación	109
	b)Mandato sin representación	109
	c)Representación sin mandato	110
9.2.5	Requisitos de existencia	112
9.2.6	Requisitos de validez	112
9.2.7	Obligaciones del mandatario	114
9.2.8	Obligaciones del mandante	116
9.2.9	Pluralidad de mandantes y mandatarios	117
9.2.10	Sustitución	118
9.2.11	Terminación	118
	a) Revocación	118
	b) Renuncia	119
	c) Muerte	120
	d) Interdicción	121
	e) Vencimiento del plazo o realización de la condición.	121

CAPITULO IV

DE LA TUTELA

1.	Concepto	122
2.	Objeto	124
3.	Características	126
4.	Sujetos	127
5.	Antecedentes	129
6.	Nuestra Legislación	130
7.	Naturaleza	133
8.	Clases de tutela	135
	8.1 Tutela testamentaria	135
	8.2 Tutela legítima	138
	8.3 Tutela dativa	140

9. Discernimiento del cargo de tutor	142
10. Desempeño de la tutela	144
10.1 Garantías para el ejercicio del cargo de tutor	150
10.2 Retribución al tutor	154
10.3 Rendición de cuentas	154
10.4 Entrega de los bienes	158
11. Inhabilidades	159
12. Excusas	161
13. Prohibiciones	162
14. Extinción de la tutela	165
15. Organos de vigilancia de la tutela	165
15.1 Curador	165
15.2 Consejos locales de tutelas	168
15.3 Jueces de lo familiar	170
15.4 Ministerio Público	172

CAPITULO V DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD

1. Planteamiento del problema	174
2. Nuestra legislación	176
3. Diversas soluciones	181
3.1 Fideicomiso	181
3.2 Testamento	183
3.3 Renta vitalicia	184
4. Disposiciones para la propia incapacidad	184
4.1 Poder prorrogado	186
4.1.1 Reformas al Código Civil	188
4.1.2 Reformas a la Ley del Notariado	189
4.2 Autotutela	189
4.2.1 Reformas al Código Civil	191
4.2.2 Reformas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal	192
4.2.3 Reformas a la Ley del Notariado	194

INTRODUCCIÓN

Existen instituciones jurídicas que no tienen razón de ser hoy día, toda vez que los hechos sobre los que se basan o a los que regulan han cambiado y por lo tanto no tienen aplicación alguna; por el contrario, existen situaciones que es necesario regular, ya que su realización trae aparejadas consecuencias en el mundo del derecho. Es por eso que corresponde a los juristas, legisladores y tribunales, revisar constantemente el derecho positivo y las instituciones jurídicas, así como la realidad cambiante, a fin de que la normatividad se adapte a esta última y de esta forma se cubran las necesidades concretas de la sociedad.

Desde una perspectiva histórica, podemos afirmar que el mundo nunca había vivido en mejores condiciones de salud que hoy, debido principalmente a los avances científicos que han logrado con gran éxito preservar la vida, pero no han solucionado el problema de la incapacidad de las personas

Actualmente ha aumentando sensiblemente el promedio de vida y se han conjugado dos factores principales para el incremento poblacional: la alta natalidad y la mortandad decreciente. Este aumento en la población y el alto porcentaje de vida provocan nuevos problemas y exigen soluciones jurídicas acordes.

Por otra parte, se han extendido por el mundo ciertas enfermedades o epidemias, que aunadas a los avances antes mencionados, han creado la necesidad de normar la incapacidad de las personas con mucha más precisión que en otros tiempos, en los cuales las personas o vivían o morían pero en muy pocas ocasiones se incapacitaban y se mantenían en ese estado por un tiempo prolongado.

Asimismo, hoy en día se puede saber con mayor facilidad y poco margen de error, si las personas que padecen ciertas enfermedades van a quedar incapacitadas y si tienen posibilidad de recuperarse.

Por esto la incapacidad, como tema central en este trabajo, tiene en la actualidad gran importancia al plantear una grave realidad social que ha ido en aumento, y cuyas consecuencias inciden cada día más en el derecho.

Cuando por consecuencia de una afección psíquica, biológica, traumatológica o patológica, queda incapaz una persona que tenía capacidad, se ven trastornados diversos aspectos de su vida, entre ellos los personales, familiares y los patrimoniales.

Todos estos aspectos se perjudican gravemente aún cuando el incapaz cuenta con un representante, primeramente por que cesarán las funciones de éste, toda vez que el mandato, según el Código Civil para el Distrito Federal, entre otras razones, termina por la interdicción o incapacidad sobrevenida al mandante (art. 2595 fracc. V C.C.), quedando por tanto suspendidas las gestiones de los negocios que el representante realizaba, en tanto no se resuelvan los juicios de interdicción y de nombramiento de tutor. Todo esto implica una gran pérdida de tiempo, y la desventaja de que por ley, se nombrará como tutor a la persona y en el orden señalado en la propia ley (art. 486 C.C.), pudiendo recaer tal designación de tutor en alguien que el incapaz no hubiese querido que administrara sus bienes, bien por que no le tiene la confianza suficiente o bien por que simplemente no cree que tomará la decisiones correctas en relación con su patrimonio.

De lo anterior surge la necesidad de que los individuos estando en estado de lucidez, nombren a una persona que administre sus bienes previendo su propia incapacidad.

Esta designación sería una disposición de carácter unilateral que tiene por objeto la regulación de los intereses del propio afectado y que se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, entendida en su sentido genérico como la facultad de las personas de autodeterminarse, ejercitar derechos y facultades, así como de conformar relaciones jurídicas. Esta facultad en el derecho civil privado cuyo contenido es meramente patrimonial es amplio, a diferencia del ámbito de derecho civil familiar, en donde se restringe por los bienes jurídicos que se tutelan. Asimismo existen ciertos negocios en donde se encuentran incluidos tanto la esfera civil familiar como la civil patrimonial, y en donde el ámbito de la autonomía de la voluntad se amplía, como es el caso de las capitulaciones matrimoniales.

Actualmente las declaraciones de voluntad relativas a la propia incapacidad no están reconocidas por el orden jurídico expresamente. Por ello, resulta necesario que se analicen cada una de ellas de una manera específica, de modo que se tomen en cuenta los diversos factores que a cada una rodean y de esta forma se clarifique la procedibilidad o no y su consiguiente regulación por nuestra ley.

La aplicación de este tipo de disposiciones puede ser en diversos aspectos: disposiciones sobre los cuidados médicos y tratamientos para la última enfermedad, disposiciones sobre la propia incapacidad enfocados a la persona y a la administración de los bienes, disposición del cadáver, donación de órganos, nombramiento de tutor por el que ejerce la patria potestad o por el tutor de un mayor de edad incapaz y disposiciones de tipo funerario.

En este trabajo se pretenden analizar únicamente las disposiciones sobre la propia incapacidad enfocadas a los bienes del futuro incapaz, no tratándose las demás hipótesis.

Únicamente nos gustaría señalar en esta introducción, que las disposiciones para la propia incapacidad en relación con la persona, no han sido previstas por

nuestro orden jurídico de manera concreta, a pesar de que en nuestro propio Código Civil y en algunas legislaciones se regulan situaciones que le son análogas.

Así, la Ley General de Salud en su artículo 100, regula la investigación en seres humanos, que debe darse previa obtención del consentimiento de aquel respecto del cual se pretende hacer un experimento, y a falta de éste, el consentimiento de su representante legal; evidenciándose así que, en aquellos casos en los que se requiere la autorización de un sujeto que se encuentra incapaz para disponer de su persona, en este caso concreto, para realizar con él un experimento, puede su representante (determinando esta disposición que es necesario el consentimiento de un representante, sin importar el que sea específicamente un tutor, como se señala en el Código Civil) autorizar la disposición de la persona del incapaz.

Asimismo, el artículo 103 de la citada ley establece que en el tratamiento de una persona enferma, el médico podrá utilizar nuevos recursos terapéuticos o de diagnósticos, cuando exista la posibilidad fundada de salvar la vida, restablecer la salud o disminuir el sufrimiento del paciente siempre que se cuente con el consentimiento del mismo, en su defecto el de su representante legal, o el del familiar mas cercano en vínculo; evidenciándose aún más, la posibilidad de que un sujeto que no tiene reconocida potestad sobre la persona de otro individuo, pueda decidir los tratamientos médicos que deben proporcionársele en caso de que éste no pudiera decidirlo por estar incapacitado para ello.

Sin entrar a la discusión de si deben permitirse o no este tipo de disposiciones, que pueden afectar incluso la vida de una persona, creemos que la disposición hecha por un sujeto que se encuentra capaz, sobre la designación de un representante que administre sus bienes, no solo no debiera tener ningún impedimento jurídico, ni de orden público, ni social, sino que por el contrario,

facilitaría el tráfico jurídico en cuanto al patrimonio del incapaz, y obedeciendo al citado principio de la autonomía de la voluntad se respetaría la designación hecha a una persona de la entera confianza del que en un momento dado devengará incapaz.

Para sustentar la hipótesis que aquí se plantea, en cinco capítulos pretendemos dar un panorama general de las instituciones jurídicas y de los conceptos que dan pauta para afirmar que las personas plenamente capaces pueden disponer de sus bienes previendo el momento en que llegasen a ser incapaces.

En el primer capítulo analizamos la autonomía de la voluntad como principio que fundamenta este tipo de disposiciones.

Posteriormente estudiamos lo relativo a la persona, toda vez que a partir de su existencia surgen los demás conceptos jurídicos, ya que la persona es el origen del derecho y de su existencia depende el nacimiento de las instituciones jurídicas que van a normar las relaciones entre los sujetos.

Una vez que existen las personas y surge el derecho, es necesario que se reconozca esa existencia por el orden jurídico a través de la llamada personalidad jurídica, considerada como aquel conjunto de derechos naturales, innatos, originarios y esenciales que existen con la persona y cuyo fundamento es la naturaleza humana, toda vez que derivan de ella.

Para hacer las consideraciones relacionadas con el tema que aquí se trata, es necesario señalar que la doctrina mexicana reconoce la existencia de los derechos de la personalidad, como el conjunto de prerrogativas que corresponden a las personas por el simple hecho de serlo, sin que para su existencia y ejercicio se requiera del reconocimiento del Estado o de la sociedad.

Los derechos de la personalidad se han clasificado como absolutos, de aplicación erga omnes, intransmisibles, imprescriptibles, irrenunciables y de carácter no patrimonial, aunque su ejercicio conlleve consecuencias de esa índole, ya que por ejemplo, su violación puede acarrear la obligación de resarcir al ofendido los daños y perjuicios ocasionados.

Una vez reconocida la personalidad de los individuos y por lo tanto reconocido su carácter de personas, el derecho reconoce la capacidad como un atributo de esas personas, cuyo ejercicio solo queda limitado por los impedimentos naturales de las personas y por lo impuesto por la ley, que establece en forma general la incapacidad de las personas cuando no pueden gobernarse u obligarse a sí mismos.

El tema de la capacidad e incapacidad de las personas se trata, junto con sus características, dentro del capítulo II de este trabajo.

Por otra parte, en el capítulo III analizamos el tema de la representación, como institución supletoria de la voluntad de los incapaces, ya que a pesar de que éstos no pueden actuar por sí mismos en el mundo jurídico, pueden hacerlo a través de otra persona que sea capaz.

La representación puede ser voluntaria o legal, según intervenga o no la voluntad del sujeto representado en la conformación de la relación con el representante, la determinación de sus facultades y en general en el ejercicio de su encargo.

En el caso que aquí se trata, por una parte se analiza la representación voluntaria en tanto que se busca que se prorroguen los mandatos llegado el caso de que se incapacitara el mandante y sólo en lo que expresamente él señale. Por otro lado, se hace referencia a la representación legal al tratar el tema de la tutela, sus

características y consecuencias, así como al proponerse que el nombramiento de tutor sea hecho por el sujeto de cuya incapacidad se trata.

Generalmente al hablar del ejercicio de facultades durante la incapacidad o para los incapaces, se trata el tema de la tutela, institución cuyo objeto es, como lo estudiaremos en el capítulo IV, la guarda de la persona y de los bienes de los incapacitados.

La ley señala que el nombramiento de los tutores debe hacerse tomando en consideración el orden señalado por el Código Civil y por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el caso del tutor interino, impidiendo con esto que la persona capaz designe a aquel sujeto que desea lo represente en caso de que llegase a ser incapaz, e ignorando con esto la voluntad de aquel que verá afectado directamente su patrimonio.

El propio Código Civil reconoce la posibilidad de que intervenga la voluntad del afectado o de terceras personas en la designación de tutores para los casos de incapacidad, facultándose por ejemplo, a aquellos que ejercen la patria potestad, para que en su testamento le designen tutor a los menores o pupilos que tienen bajo su cuidado, en la llamada "tutela testamentaria" (art. 470 C.C.); por otra parte, el propio Código Civil en el artículo 475 establece que el padre o la madre que ejercen la tutela sobre un hijo sujeto a interdicción, pueden nombrarle un tutor testamentario, y también en el artículo 496 del C.C. se autoriza al menor para que decida sobre la designación de su tutor, cuando se acerca a la mayoría de edad.

Se señala que no puede representarse a quien ya no existe y que por lo tanto los negocios que dan origen a la representación deben cesar con la muerte, sin embargo no existe razón alguna para que se extinga la representación en caso de que el representado quede incapaz, por el contrario, la figura que suple la voluntad de los incapaces es precisamente la representación. De ahí que no exista impedimento

alguno para que tenga validez la disposición que prorrogue un mandato o bien la designación de un tutor hecha por una persona capaz y en ejercicio de su autonomía de la voluntad, para el caso de la propia incapacidad.

Asimismo, si una persona prorroga un poder para el caso de que llegase a incapacitarse, o hace la designación de otro como su tutor, es porque está convencido de lo benéfico que es para él dicha representación y porque confía plenamente en la persona a quien designó y con quien tiene comprometido su patrimonio, lo que no sucede siempre con las personas señaladas en la ley como posibles representantes del incapaz. Por tanto, deben prevalecer este tipo de disposiciones sobre las hechas en la legislación

CAPITULO I

DE LAS PERSONAS

Para proporcionar con toda precisión un concepto de capacidad jurídica de las personas físicas, en este capítulo, en primer lugar, atenderemos a los conceptos de autonomía de la voluntad, persona y personalidad, mismos que tienen relación muy estrecha con el concepto de capacidad. Es necesario explicarlos brevemente, toda vez que dichas instituciones nos dan pauta para analizar el caso que aquí se trata. La autonomía de la voluntad es el fundamento para señalar que una persona puede designar como tutor al sujeto que ella desee y que puede prorrogar los poderes por él otorgados. Estudiaremos el concepto de persona pues de su existencia depende el origen del derecho que, a través de la llamada personalidad, la reconoce como tal con ciertos derechos, obligaciones y atributos tales como la capacidad.

1. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

1.1 Concepto

La voluntad es uno de los elementos esenciales en la formación de relaciones jurídicas. En los contratos, la manifestación de la voluntad encaminada a producir consecuencias de derecho, esto es, a crear, modificar, transmitir o extinguir las relaciones jurídicas se denomina consentimiento.

Los sujetos son libres de expresar su consentimiento y así formar relaciones jurídicas, de regularlas y de decidir respecto de todo aquello que la ley

no les prohíbe o les ordena. El ejercicio de esta libertad para obligarse por sí mismos se conoce como autonomía privada.

Por lo tanto, la autonomía privada, en sentido genérico, tiene su origen en la libertad del ser humano de autodeterminarse y de actuar en el mundo jurídico con independencia de los demás.

“...cada cual debe ser libre de modificar a su antojo su propia situación jurídica. Es el principio fundamental de la autonomía de la voluntad... El individuo es libre para no comprometerse y regular las condiciones de su compromiso; pero, una vez comprometido, está obligado a respetar su decisión: es el efecto obligatorio del contrato. Por eso, aunque el contrato obligue a las partes a cumplir sus compromisos, no podría obligar a terceros, que han permanecido extraños al contrato...”¹

La autonomía privada es el principio “en cuya virtud los individuos tienen potestad para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre arbitrio”²

La autonomía privada se ha entendido, en sentido genérico, como aquella libertad que permite ejercitar facultades y derechos, y en sentido estricto, también llamada autonomía de la voluntad, como aquella libertad mediante la cual se conforman diversas relaciones jurídicas. Podemos decir que de la autonomía privada se desprenden dos aspectos:

- El poder de la voluntad de usar, gozar, disponer y ejercitar los derechos subjetivos y facultades (autonomía privada en sentido genérico), y

¹ MAZEAUD, Henry, “Lecciones de Derecho” Traducción de Alcalá Zamora, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, Tomo I, p. 403.

- El poder de la voluntad de crear, transmitir, modificar y extinguir las relaciones jurídicas (autonomía privada en sentido estricto o autonomía de la voluntad).

En el ámbito contractual existen dos principios en los cuales se expresa el reconocimiento de la autonomía privada por el orden jurídico: la libertad contractual y la libertad de contratar. La libertad de contratar consiste en la libertad de celebrar u otorgar o no un contrato. La libertad contractual, de acuerdo con Messineo,³ puede tener dos sentidos: como el impedimento que tienen las partes de imponer unilateralmente a la otra el contenido de un contrato, o como la autodeterminación que tienen las partes en cuanto al contenido de cada una de las cláusulas con el debido respeto de las normas legales imperativas.

De Castro define la autonomía de la voluntad, como “aquél poder complejo reconocido a las personas para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que les pertenece como sujetos de derechos, o 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”⁴

Por su parte Betti la define como “la actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ellas.”⁵

² DE SANTO, Víctor, “Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, p.10.

³ MESSINEO, Francesco, “Doctrina General del Contrato”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952, p.15.

⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Tratado práctico y crítico de Derecho Civil”, Tomo X, “El Negocio Jurídico”, Editorial Civitas, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, p.12

⁵ BETTI, Emilio, “Teoría General del Negocio Jurídico” Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p 43.

La autonomía de la voluntad tiene como ámbito de realización el derecho privado, ya que éste permite a los individuos crear derechos y obligaciones jurídicas, reconociendo el poder de autogobierno de sus propios fines e intereses.

En oposición al principio de la autonomía de la voluntad en el derecho privado, en el derecho público existe el de legalidad que se enuncia diciendo que el Estado, sus órganos y las autoridades, sólo pueden hacer lo que la ley les permite, es decir, la acción de las personas y organismos de derecho público sólo es posible dentro de la órbita de atribuciones o actividades expresamente autorizadas o previstas por la ley, restringiéndose, por tanto, el principio de la autonomía de la voluntad en este ámbito.

En general, podemos decir que dentro de los ámbitos en que se ejercita la autonomía de la voluntad ésta no es irrestricta. La libertad contractual no puede ejercitarse “libremente” en ciertas materias en las que el bien jurídico que se tutela es de gran importancia y en aquellas en las que existe desigualdad entre los sujetos que participan de esas relaciones jurídicas. Es decir, hay ciertos campos en los que la autonomía de la voluntad no actúa de forma soberana, ya que se ve limitada por ciertos principios como son el interés público,⁶ el orden público⁷ (ya los romanos establecían el axioma “privatorum conventio jure publico non derogat”), las buenas costumbres,⁸ y los derechos de terceros.⁹

⁶ ART. 8 Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal (C.C.) “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o el interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”

⁷ Art. 1830 C.C. “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”

Art. 1831 C.C. “El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”

⁸ Art 1910 C C “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

“El dogma de la autonomía de la voluntad, la irrestricta libertad de crear la norma contractual, se ve cada vez más neutralizada por las normas básicas que aseguran la convivencia social - o normas de orden público - que impiden la lesión de los intereses de la sociedad o la contradicción de sus fines por los actos del individuo. Estas limitaciones que la ley impone a la voluntad particular en aras del beneficio colectivo, son cada día más numerosas, por la necesidad de preservar el bien general ante el desarrollo de los intereses privados del individuo y al revelarse con plena evidencia la inexactitud de los postulados del individualismo liberal, cuya aplicación, lejos de conseguir el equilibrio y el beneficio de la comunidad, produjo graves desajustes y notable desproporción en las relaciones humanas, por la razón fundamental de que los hombres no son iguales, ni económica, ni socialmente, ni en inteligencia y voluntad”.¹⁰

Atendiendo a lo anterior, se requiere el apoyo del Estado para limitar los excesos en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por ello, en el derecho moderno se advierte una creciente intervención de aquél en el ejercicio de la libertad contractual que restringe su alcance.

“Los requisitos impuestos por el legislador para la validez de los actos jurídicos se presentan como otras nuevas atenuaciones al principio de la autonomía de la voluntad. Algunos de estos requisitos tienen por finalidad la defensa social contra empresas que perturbarían el orden público o moral. Otros, de forma, raramente impuesta, y de fondo, elegidos siempre, no se dirigen más que a proteger la misma voluntad contra un arrebato pasajero, contra la inexperiencia o contra las maniobras que la pueden engañar. Sin convertirlas en

⁹ Art. 6 C C. “La voluntad de los particulares, no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla ni modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”

¹⁰ BEJARANO SANCHEZ. Manuel, “Obligaciones Civiles”. 5ª. Oxford University Press, México 1997, p.53

una condición de la validez del acto, la ley impone a veces formalidades de publicidad a fin de que los terceros estén informados”.¹¹

Los límites al principio de autonomía de la voluntad, se han fortalecido con el surgimiento del dirigismo contractual, que regula las relaciones jurídicas tomando en cuenta el bienestar social superior al individual y al orden público. Como opina De Castro, la injerencia del Estado y de su burocracia en todos los aspectos de las relaciones privadas, es signo de los tiempos, cuyo crecimiento parece constante e inevitable.

Finalmente, creemos importante señalar que es una *conditio sine qua non*, reconocer, por cualquier orden jurídico dado, la autonomía de la voluntad y la autonomía privada, ya que el derecho tiene su fundamento y justificación en la persona, quien mediante los actos que desarrolla para lograr su perfeccionamiento lleva implícito su poder o facultad de libre albedrío, distinguiéndose así de otros seres.

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad entendida con los límites establecidos por el orden jurídico, es una condición indispensable para el logro de la finalidad del orden jurídico: el bien común.

Con fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad, las personas, que definiremos más adelante, pueden designar libremente y siempre y cuando sean capaces, a la o las personas que habrán de representarlas, en caso de que llegasen a ser incapaces.

¹¹ MAZEAUD. Henry, op. cit., p. 404

1.2 Antecedentes

Se afirma que la autonomía de la voluntad es un dogma que constituye el fundamento filosófico en el que se apoya el sistema jurídico liberal. Sus antecedentes se encuentran durante el antiguo régimen, donde los acuerdos se fundamentan en la palabra dada con solemnidad.

Sin embargo, la institución de la autonomía de la voluntad cobra auge hasta la ilustración, donde se manifiesta como una reacción al absolutismo. El Estado y su normatividad deben limitarse a servir a la voluntad individual, toda vez que la ley sólo tiene derecho a prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad y en su caso puede completarla o suplirla. Esto se expresó con el axioma *voluntas facit legem*, que se consagró primero en las constituciones, posteriormente en las disposiciones sobre propiedad y finalmente en diversos códigos.

Nestor de Buen¹² afirma que la doctrina de la autonomía de la voluntad, con un rico contenido, alcanza su máxima expresión con Rousseau. Sin embargo, se sostiene que Domat es quien, en primer término, la formula de tal forma que sirve de fundamento para la redacción del artículo 1134 del Código de Napoleón que establece: “los convenios legalmente formados tienen fuerza de ley para aquellos que los han hecho. No pueden ser revocados sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben llevarse a egecución (sic) de buena fe.”¹³

¹² DE BUEN LOZANO Nestor, “La decadencia del contrato”. Textos Universitarios, S.A. México 1965, p 218

¹³ Código de Napoleón, con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807, edición facsimilar del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, 1997, p. 207.

Las manifestaciones del individualismo liberal que se postularon por los filósofos del siglo XVIII afirmaron que el hombre nace libre y sólo pierde esa libertad por las restricciones que él voluntariamente se impone, ya sea cuando manifiesta su voluntad de obligarse a celebrar un contrato, ya cuando la ley, a cuyo imperio se sujetó libremente, lo somete una vez que celebra un contrato. (Teoría del Contrato Social)

“Bajo la influencia de tales ideas, se consagra el principio de la libertad contractual, de la libertad de las convenciones, denominado por los comentaristas franceses como la “autonomía de la voluntad” que afirma el culto al individuo y a su voluntad, reconociéndole el poder de crear a su arbitrio los contratos y las obligaciones que libremente decida, principio que hasta la fecha subsiste pero cada vez más limitado, pues la libertad de acción del individuo debe quedar restringida por el respeto a los intereses comunes, por el carácter prioritario de los intereses de la sociedad. De ahí procede la proliferación creciente de leyes imperativas y prohibitivas, que reglamentan o impiden la concertación de actos o contratos perjudiciales a la comunidad, o prorrogan, a veces contra la voluntad de alguna de las partes, la duración de ciertos contratos, o imponen su necesaria celebración.”¹⁴

Por su parte, el pandectismo a través de los conceptos de derecho subjetivo y negocio jurídico confirma el principio de la autonomía de la voluntad, y lo concibe como un instrumento eficaz para el desarrollo del comercio, por ello se atiende a lo declarado y no a lo querido volviéndose al principio romano que establecía: *leges vigilantibus scriptae sunt*

Hoy en día, podemos afirmar que la intervención constante, inevitable y cada vez más creciente del Estado en el ámbito privado, caracteriza el mundo

¹⁴ BEJARANO SANCHEZ, Manuel, op. cit , p 53

moderno como dependiente de los servicios públicos y de la administración, que debe proporcionar a las masas lo necesario para su existencia y subsistencia, llegándose con esto a la más detallada reglamentación de la economía y de las relaciones jurídicas. Sin embargo, podemos afirmar que a pesar de la intervención del Estado en la normatividad, el principio de autonomía de la voluntad sigue considerándose la manifestación más clara de la libertad de los individuos.

1.3 Nuestra Legislación

Nuestro Código Civil vigente, *inspirado en el código francés* y desde 1870, consagra el principio de autonomía de la voluntad con un papel primordial y decisivo en la creación y determinación del contenido de las obligaciones en los contratos. Así señala que los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos y no podrán revocarse ni alterarse sino por mutuo consentimiento de los contratantes, salvo las excepciones consignadas en la propia ley.

Por su parte, el Código de 1884 facultaba a los contratantes para poner las cláusulas que creyeran convenientes, haciendo la salvedad en cuanto a las cláusulas esenciales y naturales que se tenían por puestas, aunque no se expresaran en el acuerdo.

El Código Civil de 1928 en diversas disposiciones consagra el principio de la autonomía de la voluntad, así, por ejemplo, en sus artículos 1796 y 2014 señala que por mero efecto del consentimiento y del contrato, sin necesidad de tradición, puede transmitirse la propiedad, es decir, los sujetos son libres de obligarse o de no obligarse, pero una vez obligados, deben constreñirse a lo pactado. Por otra parte, el artículo 1832 señala que, en los contratos civiles, las partes se obligan en la manera y en los términos que quisieron hacerlo, sin que se requiera forma determinada, salvo en aquellos casos en que la ley así le exija, es decir, el acuerdo de voluntades es la suprema ley de los contratos con las

restricciones antes mencionadas. El artículo 1839 establece que los contratantes, para regular sus acuerdos, pueden estipular libremente las cláusulas que crean convenientes. Por último, el artículo 1858 señala que aquellos contratos que no están específicamente regulados, se regirán por las reglas generales de los contratos, por lo estipulado por las partes y por las disposiciones del contrato con el que tengan mayor analogía, resaltando nuevamente el pacto de las partes.

Por otra parte, el Código Civil de 1928 busca proteger a la clase desvalida o ignorante, modificando el principio que establece que “la voluntad es la suprema ley de los contratos”. Con ello se hace evidente la influencia del dirigismo contractual y de la tendencia socialista de nuestro Código Civil, en cuya exposición de motivos establece: “La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el Estado intervenga para regular las relaciones jurídico-económicas, relegando a segundo término al no hace mucho triunfante principio de que la “voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos”. La celebre fórmula de la escuela liberal, *laissez-faire, laissez passer*, es completamente inadecuada para resolver los importantísimos y complejos problemas que a diario se presentan en la vida contemporánea.”¹⁵

2. PERSONA

¹⁵ “Leves y códigos de México. Código Civil para el Distrito Federal” Colección Porrúa, Editorial Porrúa México 1995, p 8 y 9

2.1 Concepto

La palabra persona tiene su origen en el vocablo latín *personare*, con el cual se denominaba a las máscaras con que cubrían su cara los actores romanos en el teatro para representar a diferentes personajes.

La máscara servía para dar amplitud a su voz. De aquí se derivó el sentido figurado con el que se expresó el papel que un individuo podía representar en la sociedad: *paterfamilias*, *servi* o *filusfamilias*, y a los cuales, los romanos dotaron de un contenido jurídico específico y concreto, es decir, de una serie de derechos y obligaciones propios.

El concepto persona va mas allá que el de hombre, éste último se refiere, más bien, al ser humano como individuo determinado, perteneciente a la humanidad; el de persona, alude a la dignidad del ser humano y por ende hace referencia a conceptos como la voluntad, la libertad y la autonomía.

Boecio define a la persona como “una sustancia individual de naturaleza racional”¹⁶; fundamenta la dignidad de la persona en la razón y la libertad y las considera sus características esenciales.

A partir de este concepto, Tomás de Aquino descubre toda una nueva dimensión y riqueza de la persona a través del sistemático estudio del ser en todos sus aspectos. En forma clara, establece el grado de participación que guarda la persona en el orden metafísico del ser. Así define a la persona como “un ser compuesto de materia y forma, puesto que todo lo que tiene alma está compuesto de materia y forma, toda vez que el alma es la forma del cuerpo.”¹⁷ La persona

¹⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Derecho civil*, Editorial Porrúa, México, 1995, p 298.

¹⁷ DE AQUINO, Tomás, “*Suma Teológica*”, Club de Lectores, Madrid, 1990, Tomo I, Cuestión III, Artículo II.

constituye una unidad indivisible y como tal, actúa y se manifiesta durante toda su existencia. Es una sustancia porque subsiste por sí misma, no necesita nada para subsistir; es individual porque está separada de todo lo que la rodea y su naturaleza es racional porque tiene la capacidad de discurrir y reflexionar.

La naturaleza humana es discursiva porque la persona por su libertad¹⁸ elige y se decide a obrar en uno u otro sentido. Este obrar humano es el que tienen relación directa con el derecho. Como consecuencia de la naturaleza intrínseca del hombre como ser dotado de inteligencia, de libertad y de responsabilidades, el derecho reconoce a la persona humana como una realidad que viene impuesta al ordenamiento jurídico.

La persona “no es una construcción del derecho, es una realidad biológica y social; es un valor metajurídico, en el sentido de que es el fundamento de múltiples reglas de derecho, al punto que el derecho no puede negar su existencia, sin negarse a sí mismo...”¹⁹

Por lo tanto, podemos decir que la persona es el ente al que el orden jurídico confiere ciertos atributos para que participe en el mundo del derecho y se le imputen las consecuencias establecidas por la norma que se traducen en derechos subjetivos y deberes jurídicos.

El reconocimiento que hace el derecho de la autodeterminación de la persona es una exigencia que lleva consigo la condición misma de ser persona. Los intereses de los individuos han existido en la sociedad con independencia de la tutela jurídica.

¹⁸ Millán Puelles señala que “ la libertad, que capacita al hombre para actuar por deber y no solamente por instinto, es también lo que le hace ser persona y no un simple animal. . . Todo hombre es persona por tener una cierta libertad, incluso en las circunstancias más propicias, sea limitada. no nos quita la categoría de personas ” MILLAN PUELLES, Antonio, “ Persona humana y justicia social”, Editorial Minos, México, 1990, p. 11 y 12

El derecho reconoce a la persona humana y su naturaleza intrínseca dotada de inteligencia, libertad, autonomía y responsabilidades, como una realidad sin la cual él mismo no existiría, es decir, como el centro mismo del orden jurídico.

El maestro Javier Hervada señala que “la ciencia jurídica se inserta en el sistema racional de relaciones interpersonales; por esto el sujeto de derecho es el hombre. En lenguaje jurídico éste término designa el sujeto de derecho, el protagonista del orden social y jurídico, es el concepto que ha recibido distintas modalidades dentro de un sustrato común. Así la persona es para unos el sujeto capaz de derechos y obligaciones; para otros es el sujeto titular de derechos y deberes y en opinión de este autor es el sujeto de derecho en contraposición al objeto de derecho”.²⁰

Por su parte, don Alberto Pacheco confirma lo anterior. Señala que el derecho y la persona nacen juntos pero el derecho debe estar para servir a la persona. “No obstante que el hombre y la persona nacen juntos, conceptualmente la persona humana es anterior al derecho en tanto que el derecho nace para servirle, para ordenar la convivencia en vistas al fin de la persona humana, que por ser trascendente, es superior a todo orden jurídico.”²¹

La persona es el centro imprescindible alrededor del cual se desenvuelve el derecho y nacen otros conceptos jurídicos fundamentales como lo son la capacidad, el derecho subjetivo, el derecho objetivo, la obligación, la relación jurídica y el deber jurídico. Sin el concepto de persona éstos no tendrían lugar ni se actualizarían los supuestos jurídicos que dan origen a las consecuencias de

¹⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op cit., p 301

²⁰ HERVADA, Javier, “Introducción crítica al derecho natural”, EUNSA, México 1985, p. 116.

²¹ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, “La persona en el Derecho Civil Mexicano” Editorial Panorama, México, 1992, p 24

derecho. La persona es la actora principal del orden jurídico y por tanto, es naturalmente sujeto de derecho.

Ahora bien, el concepto persona se aplica tanto a las personas físicas como a las personas morales que son una creación del derecho. Sin ser una realidad existente, el derecho reconoce a la persona moral, es decir, la norma crea éste concepto y le atribuye ciertas cualidades, más no la reconoce como algo existente.²² Por lo tanto, el concepto persona hace alusión tanto a los seres humanos como a las personas morales: a los primeros los reconoce como seres y a los segundos como entes.

Por personas físicas entendemos a los individuos o seres humanos dotados de libertad y capaces de realizar conductas encaminadas a la consecución de ciertos fines.

Existen ciertos fines que el hombre no puede realizar de forma aislada, por ello, combina sus esfuerzos y recursos con otros individuos para poder alcanzarlos. El derecho reconoce esta situación y ofrece los medios idóneos para unificar y coordinar esos esfuerzos atribuyéndoles la calidad de sujetos a las relaciones colectivas organizadas que persiguen un fin común; de esta forma adquieren unidad y cohesión. Las personas morales son los grupos o establecimientos destinados a desempeñar un papel social, para lo cual, son provistas de ciertos atributos compatibles con su estructura y sus fines.

²² De Castro y Bravo señala que "La persona y su concepto no son creación del Derecho, existen fuera de él y con su propio significado es aludida o utilizada por la norma. La función del Derecho positivo respecto a la persona, puede centrarse en los dos momentos lógicos. la designación y la conversión jurídica. La designación supone, como siempre, una salida del ámbito de la abstracción jurídica y el marcar una realidad que ya tiene una existencia -física o social- propia y no dependiente del Derecho.. La conversión jurídica requiere definir -juridicamente- la realidad social y transformarla en realidad jurídica. La conversión de la realidad social en jurídica es el dar un nuevo valor a esa realidad, no un sustituir la realidad social por la jurídica, se produce un cambio jurídico, social y hasta económico, pero la realidad a la que revaloriza y transforma el Derecho, es la que caracteriza e individualiza la

En el presente trabajo únicamente nos abocaremos al concepto de persona física, ya que las personas morales no sufren incapacidades de goce ni de ejercicio. En todo caso, existen ciertos actos que no pueden realizar pero que se refieren mas bien a la falta de legitimación, a una inhabilidad o simplemente a que, el acto en cuestión, no está previsto dentro del objeto social de sus estatutos.

En términos generales, la persona física comienza con el nacimiento y termina con la muerte, sin embargo, el derecho concede ciertos derechos específicos al no nacido,²³ por ejemplo, puede recibir herencias, legados y donaciones. Por lo tanto, la legislación civil confiere derechos al no nacido y no los otorga al no concebido (Art. 1314 C.C.).

Para el Derecho Civil se reputa como nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas y es presentado vivo al Registro Civil (Art. 337 C.C.), es decir, la existencia de la persona humana solamente indica que la personalidad para efectos civiles se consolida válidamente cuando se han cumplido los requisitos señalados.

El dato biológico que se toma en cuenta para saber cuándo termina la persona física es la muerte, concepto ampliamente discutido no solo por el derecho sino también por la medicina, ya que los avances médicos han dado pauta para concebir de forma más clara cuando un sujeto ha muerto en un sentido biológico.

referencia contenida en la norma, la que explica y justifica la peculiaridad de cada situación jurídica de cada norma y de su interpretación...” DE CASTRO Y BRAVO, op cit., p 27

²³ Anteriormente, por el estado incipiente de la genética y la embriogénea, se llegó a admitir la teoría de que la vida humana iniciaba prácticamente con el nacimiento, de modo que antes de ocurrir dicho suceso no había, en el mejor de los casos, sino una mera expectativa de ser humano. El problema de establecer el momento en que comienza la vida humana, se ha tratado desde diferentes puntos de vista, lo cierto es que hoy en día a nadie se le ocurre afirmar que su inicio coincide con el momento del parto. Sin embargo, los pueblos antiguos al no contar con los elementos suficientes, no vacilaron en considerar al no nacido como *mulieris portio vel viscerum*.

Existen tres grados genéricamente diversos de la vida, que se manifiestan en tres tipos de operaciones específicas en los organismos: la vegetativa, la sensitiva y la intelectual o racional. De estos tres grados diversos de vida participa el ser humano desde el momento mismo en que es concebido aún cuando se desarrollan en diversas etapas.

Por lo que respecta a la vida vegetativa, el ser humano realiza las operaciones vitales específicamente diversas de cada organismo, correspondientes a su naturaleza substancial y material.

En cuanto a la vida animal, el hombre tiene una naturaleza sensitiva, como los demás animales; ésta es cognoscitiva pero no intelectual.

En tanto a la vida racional, el ser humano realiza operaciones cognoscitivas generales o especiales de tipo intelectual; también lleva a cabo operaciones apetitivas expresadas en el apetito espiritual o volitivo.

Podemos afirmar que, a la luz de estas características, una persona será considerada muerta cuando hubiese perdido las tres operaciones arriba mencionada.

Ahora bien, los criterios médicos han establecido, a lo largo de los años, diversos criterios para considerar a un sujeto biológicamente muerto. En un principio, por el hecho de que la persona no respirara y su corazón no latiera, era declarada clínicamente muerta. En la actualidad, la Ley General de Salud establece criterios para determinar cuando un sujeto debe declararse muerto.²⁴

²⁴ El artículo 317 de la Ley General de Salud Establece que “para la certificación de la pérdida de la vida, deberá comprobarse previamente la existencia de los siguientes signos de muerte:

- I. La ausencia completa y permanente de conciencia;
- II. La ausencia permanente de respiración espontánea.

Sin embargo, la terminación de la persona puede no coincidir con la muerte biológica, ya que el derecho hace valer ciertas presunciones para declarar legalmente muerta a una persona. En la antigüedad, por ejemplo, mediante la figura de la “muerte civil” se privaba a los individuos de sus derechos hasta el punto de considerar que habían perdido la personalidad²⁵. Sin embargo, aún esa muerte no era absoluta toda vez que esos individuos continuaban siendo sujetos de obligaciones para el caso en que cometiesen un delito. Actualmente, mediante la figura de la declaración de muerte como causa de la ausencia, se puede considerar muerta a una persona para efectos legales, aunque se desconozca a ciencia cierta si esa persona efectivamente lo está.

-
- III. La falta de percepción y respuesta a los estímulos externos,
 - IV. La ausencia de los reflejos de los pares craneales y de los reflejos medulares;
 - V La atonía de todos los músculos;
 - VI El término de la regulación fisiológica de la temperatura corporal;
 - VII. El paro cardíaco irreversible, y
 - VIII Las demás que establezca el reglamento correspondiente”.

²⁵ El artículo 25 del Código Civil Napoleónico establecía la llamada muerte civil señala que: “por la muerte civil el condenado pierde la propiedad de todos los bienes que posee, se abre su sucesión en provecho de sus herederos, a los cuales son transmitidos sus bienes de la misma manera que si hubiera muerto naturalmente, sin hacer testamento. No puede ni recibir alguna sucesión, ni transmitir a este título los bienes que adquiriera con posterioridad. No puede disponer de sus bienes, en todo o en parte, por donación o por testamento, ni recibir a este título sino por causa de alimentos. No puede ser nombrado tutor ni concurrir a las operaciones relativas a la tutela. No puede ser testigo en un acto solemne o auténtico, ni admitirse su testimonio ante las autoridades judiciales. No puede comparecer en juicio, como actor o demandado, sino por medio de un curador especial, nombrado por el tribunal ante el cual se ejercite la acción. Es incapaz de contraer matrimonio que produzca algún efecto civil. El matrimonio que con anterioridad hubiera celebrado se disuelve en cuanto a sus efectos civiles. Su esposa y sus herederos pueden ejercitar, respectivamente, los mismos derechos y las acciones que se originarían con su muerte natural” Por lo tanto, como consecuencia de la muerte civil, desaparecía la personalidad de los sujetos aunque el individuo continuara viviendo BONNECASE, Juliene, “Tratado elemental de Derecho Civil”, Oxford University Press, México, 1999, p.103

Por último, podemos señalar que el efecto principal de la muerte es la desaparición de los derechos personalísimos no patrimoniales, que pertenecen al individuo y la traslación de los derechos patrimoniales a los herederos.

2.2 Antecedentes

A través de la historia son muchos los autores que han definido a la persona.

El mayor desarrollo del pensamiento antiguo sobre el concepto persona se produjo entre los siglos IV y VI de la era cristiana. En esta época los autores que tratan de la persona insisten en que ésta, es una substancia completa y perfecta, acabada, siendo su cualidad principal la subsistencia, o sea, que es una substancia que existe en sí misma y por sí misma y que tiene existencia propia y separada de cualquier otro ente. Es independiente respecto de todo sujeto, además de que se resaltan la racionalidad y la individualidad como característicos del ser humano.

Manuel Cervantes²⁶ señala que en la Roma antigua, la persona no denotó en el hombre sino el papel jurídico que el mismo desempeñaba, designándose entonces no al sujeto sino a una atribución del mismo.

En el derecho positivo el concepto de persona, no sólo designaba el estado jurídico de la persona, sino la persona con estado jurídico, esto es, no sólo el atributo, sino la entidad.

Una vez señalada la importancia de la persona humana fue necesario determinar que requisitos debía reunir para considerarse una realidad existente y así, los romanos señalaban que dichos requisitos estaban bien definidos: debían nacer vivos y ser libres.

Las doctrinas del derecho natural, por su parte, identifican a la persona y al hombre toda vez que al tener éste derechos por el solo hecho de ser hombre, su capacidad jurídica deriva de su naturaleza y no de las leyes positivas. Estas deben limitarse únicamente a reconocer su carácter de persona y sus capacidades.

Por lo tanto, para el derecho natural, la noción jurídica de persona no procede de una construcción jurídica sino de su reconocimiento como realidad existente.

Durante la Edad Media, el problema de la naturaleza de la persona fue objeto de múltiples discusiones de carácter fundamentalmente teológico, resaltando, por lo tanto, la dignidad de la persona y la racionalidad como nota esencial en el individuo. Por ser consiente de sí misma, la persona se autopertenece, puede disponer de sí y tiene el dominio de sus propias acciones. Así se hace evidente la libertad como una cualidad del individuo.²⁷

En la legislación bajo medieval castellana no existieron los conceptos de persona ni de capacidad. En las Siete Partidas se imponía la libertad como requisito esencial para el goce de la capacidad, de éste modo, que quien carecía de ella, carecía también de capacidad.

En la Edad Moderna y Contemporánea el concepto de persona vuelve a sufrir alteraciones. Los autores parten de la idea de la libertad del hombre, por lo tanto, la palabra persona hace referencia al ente libre, capaz de voluntad y dotado de conciencia.

²⁶ CERVANTES, Manuel, "Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica". Editorial Cultura, México 1932, p 345.

²⁷ PACHECO ESCOBEDO, Alberto, op cit , p. 24

La escuela Histórica del Derecho, señala que la idea de persona se confunde con la idea de hombre, ya que al ser todo derecho la sanción de la libertad moral inherente al ser racional, el único individuo que puede ser sujeto de derechos y obligaciones es el ser humano. Los demás sujetos son meras ficciones jurídicas sin contenido histórico²⁸.

Para Descartes la persona es un ser pensante, que se da cuenta de que existe y que por lo tanto tiene conciencia de sí mismo y de su existencia: "Pienso, luego existo".

Para Kant lo más importante de la persona es la dignidad que se basa necesariamente en la autonomía, es decir, en la posibilidad que tienen los hombres de darse normas a sí mismos y de conservar su libertad. La persona es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación, ya que, para él, lo más importante no es el hombre en sí mismo, sino su conducta y los efectos de ésta en el mundo externo. Como consecuencia de esta postura surge el positivismo jurídico.

El pensamiento inglés profundamente positivista y, en forma especial, la filosofía de Hume, niegan la substancia señalando que la persona es el centro de imputación de una serie de fenómenos que se distinguirían de todos los otros fenómenos que se producen en la naturaleza material.²⁹

El sociologismo jurídico considera a la persona como un hecho sociológico que el derecho debe reconocer, llegando a excesos tales como la negación de los derechos subjetivos.

²⁸ VILLORO TORANZO, Miguel, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1998, p. 400 y ss

²⁹ Loc. Cit.

Por su parte el marxismo-leninismo sostiene que la persona humana no tiene ningún derecho previo a la legislación estatal. Todos sus derechos le son dados por el ordenamiento jurídico vigente, que es producto del sistema económico. Por esta razón, comenta el maestro Villoro Toranzo, los juristas comunistas no hablan de persona jurídica sino de “personalidad jurídica”³⁰.

2.3 Nuestra Legislación

Nuestra Constitución no establece propiamente normas sobre las personas, su estado y condición jurídica, sino que se limita a reconocer su derecho a la vida y a reconocerle ciertas garantías que le corresponden como individuo. Sin embargo, considero que el reconocimiento de la persona y su personalidad jurídica deben consagrarse en la propia Constitución, la cual debería velar por las personas de modo que pudieran defenderse los derechos que de ellos derivan eficazmente, como lo hace la Constitución italiana que expresamente señala: “Art. 2. - La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya como individuo, ya en las formaciones sociales, en donde se desarrolla su personalidad, y demanda el cumplimiento de los deberes ineludibles de solidaridad, política económica y social”³¹.

En la legislación civil de 1870, en la de 1884 y en el Código Civil de 1928 no se define a la persona ni la personalidad, simplemente se habla de la capacidad jurídica, de su inicio y de su fin. En los dos primeros ordenamientos esto se hace en el Título Preliminar. En el Código de 1928 se establece un título especial para las personas físicas y otro para las personas morales.

³⁰ Idem, p 404.

³¹ “Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones”. Tomo III, Editorial Porrúa, México 1978, p 7 y ss

Tampoco existe en éste código civil una definición del concepto persona física, ni siquiera implícitamente, esto quizá se hubiera logrado si en vez de “individuo” se hubiera usado el término “persona” para efectos jurídicos, aunque no sean sinónimos. Tampoco define a las personas morales; se limita a enumerar aquellos entes que reconoce como tales.

3. PERSONALIDAD JURIDICA

3.1 Concepto

El hombre como ser racional es parte de la sociedad, por eso requiere que su vida se regule a través de normas jurídicas que le señalen sus derechos y obligaciones frente a los demás. Así es como el derecho reconoce a una personalidad jurídica, es decir, reconoce que los sujetos tienen una cualidad que les permite proyectar sus actos en el mundo jurídico. Para que esta personalidad funcione eficazmente, necesita de ciertos atributos entre los que se encuentra la capacidad jurídica, concepto que analizaremos más adelante.

Para garantizar y proteger los fines de la persona que considera valiosos, el derecho crea el concepto de personalidad, que, como hemos señalado, es susceptible de aplicarse tanto a la persona humana como al conjunto de hombres organizados para la realización de ciertos fines comunes.

Actualmente, se considera a la persona como un ser o ente de derechos y obligaciones o bien, como el conjunto de hombres organizados a quienes la ley otorga personalidad jurídica. La personalidad es la proyección en las normas jurídicas de la persona ya sea individual o moral.

La personalidad también comienza con el nacimiento, como decían los romanos *pars viscerum matris*. Sin embargo, también se les reconoce

personalidad a los sujetos como los concebidos no nacidos, y de lo cual opinaba Justiniano *Qui in utero sunt intelliguntur in rerum natura esse*.

3.2 Antecedentes

En el derecho romano primitivo no encontramos un concepto de persona propiamente dicho, pero sí en cambio una idea muy clara de lo que eran los sujetos de derecho; el “status” jurídico de cada hombre estaba perfectamente definido en aquella época. Los hombres podían ser sujetos de derecho (caput) o no tener ningún derecho (esclavos). A su vez, el sujeto de derecho podía serlo de forma completa (libertad, ciudadanía y familia) o disminuida (capita deminutus máxima, media y mínima).

Bajo esta concepción podemos observar como, para los romanos, el concepto de sujeto de derecho tenía como presupuesto al hombre; sin embargo, no todo hombre era sujeto de derecho, toda vez que un sector de ellos, los esclavos, eran equiparados a las cosas para efectos jurídicos.

En el derecho romano antiguo se negaba la personalidad a algunos seres humanos como a los esclavos. En épocas más remotas, se llegó a personificar a las cosas, a las plantas y a ciertos animales, es decir, se atribuía personalidad a objetos o seres que no la tenían.

A pesar de que también se consideraba que la personalidad se perdía con la muerte, el derecho romano admitió que la persona muerta sobrevivía ficticiamente hasta que los herederos hubiesen aceptado la herencia, con esto se evitaba la existencia de las herencias yacentes y se eliminaban los problemas de propiedad.

Desde tiempos antiguos se ha concedido personalidad y derechos específicos al no nacido. En el derecho romano no existe ningún texto del cual se

deduzca que el término persona se atribuía directamente a otras realidades, aunque existían algunas universalidades que actuaban en forma análoga a las personas morales.

Es hasta la Edad Media cuando comienza a utilizarse el término persona con relación a las *universitas* y posteriormente se crea el concepto de persona ficticia que será el origen del concepto de persona moral.

En relación a los derechos de la personalidad, es decir, aquellos que le son necesarios al hombre para lograr sus fines y que le pertenecen por su condición de persona, podemos decir que tienen su origen en las diversas Declaraciones de Derechos del Hombre y del Ciudadano hechas en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, ampliadas durante la Revolución Francesa y que a partir del siglo XIX forman comúnmente el título previo de casi todas las constituciones.

Como señala el maestro Alberto Pacheco³², los derechos de la personalidad fueron objeto de estudio desde siglos pasados, así Baltazar Gómez de Amézcuca los desarrolla en su libro denominado "Tactus de potestae in se ipsum", señalando que el hombre tiene potestad sobre sí mismo por el hecho de ser persona. Asimismo Samuel Stryk en el siglo XVII y Walfio en el siglo XVIII, este último en su libro "Ius natura ex methodo scientifico tractum", tratan el tema de la personalidad.

Durante los siglos XVII y XVIII se comienza a hablar con gran frecuencia de los derechos naturales. Así la teoría de los derechos innatos señala que al hombre le corresponden ciertos derechos que le son consustanciales a su naturaleza y que le pertenecen por el simple hecho de ser persona, esta teoría sirve de base a las ideas enciclopedistas y a los pensadores liberales.

Durante el siglo XIX se desarrolla una corriente de pensamiento denominada positivismo jurídico que señala que el hombre tiene derechos siempre y cuando le sean otorgados por la norma y no le son reconocidos por la ley sino simplemente concedidos por ella.

3.3 Nuestra Legislación

En nuestro Código Civil de los artículos 22 y 23 se desprende que la personalidad o reconocimiento que hace el derecho de las personas es desde el momento en que el individuo es concebido.

Dentro de la exposición de motivos se señala que el Código Civil reconoce como personas jurídicas a los sindicatos, a las asociaciones profesionales y a los demás a que se refiere el artículo 123 de la Constitución, así como a las sociedades cooperativas y mutualistas.

Por su parte, el artículo 25 del Código Civil enumera los entes a los que reconoce personalidad jurídica y los artículos subsecuentes establecen algunos lineamientos generales sobre su regulación.

3.4 Derechos de la personalidad.

3.4.1 Concepto

La persona requiere de ciertos derechos para lograr sus fines, para poder actuar en el mundo jurídico y que le pertenecen por el simple hecho de ser persona. El maestro Alberto Pacheco³³ divide los derechos de la persona en: derechos del hombre y derechos de la personalidad; entendiendo por los primeros

³² PACHECO, ESCOBEDO, Alberto, op cit., p 54.

³³ PACHECO Alberto, op cit., p 56

los derechos políticos que el individuo tiene frente al Estado, que por lo tanto deben de ser respetados por éste, y cuyo origen son las Declaraciones de Derechos del Hombre y del Ciudadano hechas en la Constitución de los Estados Unidos. Por derechos de la personalidad entiende aquellos que corresponden a determinadas cualidades o atributos físicos o morales de la persona humana. Son derechos que derivan de la propia persona humana y que defienden los atributos de la personalidad frente a *sí misma* y *frente a los demás*.

Bonnetcase entiende por derecho de la personalidad “el conjunto de reglas e instituciones que se aplican a la persona consideradas en *sí misma*, es decir, en su existencia, individuación y poder de acción. En otras palabras, esta parte del derecho civil considera a la persona en *sí misma* y la organiza socialmente; establece en que condiciones el ser humano, o sus agrupaciones es sujeto de derecho y en que medida lo es”.³⁴

Los derechos de la personalidad son aquellos derechos naturales, innatos, originarios y esenciales que existen con la persona y cuyo fundamento es la naturaleza humana ya que de ella derivan. Son naturales por que no nacen de la ley positiva sino que ésta únicamente reconoce su existencia y tiene la obligación de protegerlos; innatos, por que los tiene toda persona desde su nacimiento y hasta su muerte; originarios, por que no le son atribuidos de una forma secundaria sino que desde el origen del hombre han existido; y esenciales, por que son parte de la esencia misma del hombre. Los derechos de la personalidad, además, son inalienables e imprescriptibles ya que son personalísimos y no pueden ejercitarse mas que por su titular que es cada persona.

³⁴ BONNETCASE, Julien, op cit., p.100

Se dice que los derechos de la personalidad son derechos subjetivos³⁵ por el hecho de que se ejercitan por un sujeto, al que le pertenecen como una facultad o prerrogativa de exigir lo que le pertenece por derecho. Sin embargo, son irrenunciables por que la persona no puede existir sin esos derechos que le son propios por el simple hecho de ser persona, y que derivan de su naturaleza. Por lo tanto, no son patrimoniales aunque su ejercicio produzca efectos de este tipo.

Consideramos que los derechos de la personalidad no son derechos subjetivos toda vez que no se confieren por la norma sino que, como hemos establecido, son naturales al hombre.

3.4.2 Clasificación de los derechos de la personalidad

De Castro y Bravo³⁶ clasifica los derechos de la personalidad de la siguiente forma:

- I. *Bienes esenciales de la persona*: Dentro de esta clasificación se encuentran: el derecho a la vida, a la integridad corporal y la libertad.

³⁵ La existencia de los derechos subjetivos implica la facultad de hacer o dejar de hacer de acuerdo con las normas. El maestro Antonio de Ibarrola los define como "La facultad jurídica, derivada de una norma de derecho objetivo, por virtud de la cual un sujeto está autorizado para interferir lícitamente en la esfera de derecho de otro sujeto o para impedir que un tercero interfiera en su esfera de derecho o en su conducta". Son poderes que el ordenamiento jurídico (derecho objetivo) confiere a la voluntad del sujeto para proteger intereses materiales o morales mediante la posibilidad de la coacción. DE IBARROLA, Antonio, "Derecho de familia", Porrúa, México, 1990, p.447 El autor Luis Recasens Siches, define los derechos subjetivos como la "atribución de facultades a un sujeto, para exigir de otro u otros una determinada conducta" y señala que existen diversas modalidades. como el derecho material de los deberes jurídicos de otros sujetos, como simple pretensión y como poder jurídico. RECASENS SICHES, Luis, "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México 1997, p 140.

³⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Bienes de la Personalidad", Editorial Civitas, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1974, p. 7.

- II. *Bienes sociales o individuales*: Clasificando dentro de este inciso al honor y la fama, la intimidad personal, la imagen y la condición de autor.
- III. *Bienes corporales y psíquicos*: Entre los cuales enumera la salud física y psíquica, los sentimientos y la estima social.

Únicamente haremos una pequeña reflexión en torno a los bienes esenciales de las personas, ya que son los que se relacionan directamente con el tema aquí analizado. Podemos señalar que el derecho a la vida es el primero y más importante de los derechos de la personalidad, ya que sin él sería inútil hablar de los demás derechos. Se analiza en dos vertientes: el derecho y la obligación correlativa que tienen los sujetos de respetar la vida de los demás, y el deber de cuidar la propia vida.

El derecho a la integridad corporal tanto propia como ajena implica el hecho de que la persona puede disponer libremente de su cuerpo mientras que no atente contra él, por el contrario, se señala que no puede disponerse del cuerpo ajeno. Cabría el cuestionarnos si puede disponerse del cuerpo ajeno cuando la persona estando consiente y siendo capaz autoriza a otro sujeto, para el caso de que llegue a quedar incapaz, a disponer las medidas médicas que deben tomarse sobre su cuerpo, y en caso de poderse, que alcance tendría esa autorización; cuestión ampliamente relacionada con el tema que en este trabajo se estudia pero que se enfoca a la persona del incapaz siendo que nuestro estudio se dirigirá únicamente a los bienes de éste.

El derecho a la libertad, nos interesa ampliamente para el desarrollo de este trabajo toda vez que con fundamento en él, los sujetos pueden señalar a la persona que quieren que administre sus bienes en caso de que él quedase incapaz y la forma de hacerlo.

El derecho a la libertad permite al individuo actuar en el mundo jurídico y relacionarse con otros sujetos ejerciendo al máximo su autonomía, a la cual se encuentra íntimamente ligada. La libertad no debe ser coartada por el Estado cuando es ejercida en un marco del bien común y en bien de la sociedad y de sí mismo.

Por lo tanto, la libertad en el mundo jurídico tiene muchas manifestaciones, existe por ejemplo, la libertad de expresión, de asociarse, de negociar, de comunicar, de contratar, de contraer matrimonio, de adquirir bienes, y en el supuesto que tratamos en este trabajo, por que no la libertad de señalar a una persona que administre los bienes del sujeto que estando capaz lo designa para el evento de que llegase a quedar incapaz.

CAPÍTULO II

DE LA CAPACIDAD E INCAPACIDAD

En este capítulo haremos un análisis de la capacidad como atributo de la personalidad para, posteriormente, analizar el supuesto del que parte la hipótesis que desarrollaremos en este trabajo como detonante de las disposiciones que un sujeto capaz hace sobre sus bienes: la incapacidad.

1. CAPACIDAD

1.1 Concepto

La capacidad es definida por el maestro Galindo Garfias como “la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir con sus obligaciones por sí mismo.”³⁷

La capacidad jurídica que le concede a las personas la aptitud de ser sujetos de derechos y obligaciones frente a los demás hombres se denomina capacidad de goce.

A pesar de que esta aptitud es suficiente para que los actos jurídicos tengan relevancia o trascendencia en el mundo del derecho, se necesita otra clase de capacidad llamada capacidad de obrar o de ejercicio, por virtud de la cual, el sujeto puede ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo, sin

³⁷ GALINDO GARFIAS, op cit, p. 388

necesidad de actuar a través de representantes legales, como es el caso de aquellos sujetos que solamente tienen capacidad de goce.

Por lo tanto, la capacidad tiene dos aspectos: la capacidad natural o de goce y la capacidad de obrar o de ejercicio.

1.2 Antecedentes³⁸

³⁸ En Roma la capacidad jurídica, estaba íntimamente relacionada con diferentes instituciones como lo eran la organización familiar, las diferentes potestades impuestas sobre las personas libres y los esclavos, con la tutela y la curatela, la primera atendiendo al estado de minoridad del sujeto o a su sexo y la segunda atendiendo a su estado mental. Los libres a diferencia de los esclavos, eran considerados por el derecho romano como personas, aunque gozaban de libertad, no todos tenían plena capacidad jurídica

Sólo los *sui iuris* eran sujetos plenos de derecho privado puesto que no estaban sometidos a ninguna potestad, a pesar de que, podían tener ciertas limitaciones en su capacidad de obrar o capacidad de ejercicio si eran menores de edad, y en este caso se les nombraba un tutor en tanto alcanzaban la mayoría de edad o también podían estar sujetos a curatela por tener deficiencias mentales, locura o prodigalidad, supuestos en los que su capacidad de ejercicio se encontraba casi anulada pero que seguían siendo considerados como personas

Por su parte, los *alieni iuris* carecían de plena capacidad en el derecho privado, por estar sometidos a la potestad del pater familias, en una situación similar se encontraba la mujer casada, quien pasaba de la potestad de su padre a la de su esposo o del padre de este último, como "hermana" de sus hijos.

Otra institución que está íntimamente relacionada con la capacidad jurídica de los hombres era la *capite deminutus*, por virtud de la cual el sujeto que se colocaba en determinados supuestos previstos en ley era "rebajado en cuanto a su individualidad."

La personalidad de los hombres comprendía tres elementos: la libertad, la ciudadanía y la familia. La reunión de estos formaba el status o caput del sujeto de derecho, y al perderse alguno de estos se daba una modificación a la capacidad jurídica o incluso la extinción de la personalidad del sujeto dependiendo del elemento que se perdiera.

El sujeto podía sufrir una *capite deminutus maxima* si caía en esclavitud, que traía como consecuencia la pérdida de su libertad, de su ciudadanía y de su familia, extinguiéndose además su personalidad

La *capite deminutus media* resultaba de las condenas por las cuales el sujeto perdía la ciudadanía más no su libertad

La *capite deminutus minima* se refería a la pérdida de los derechos familiares, conservándose la libertad y la ciudadanía.

Los efectos de la *Capite deminutus* eran diversos, entre los más graves se encontraban la extinción de los lazos de agnación y gentilidad del sujeto, por los que se perdían sus derechos sucesorios, los de tutela y curatela. El que caía en esclavitud, perdía sus bienes que pasaban a la

1.2.1 Código Civil de 1870

Anteriores al Código Civil de 1870 existieron varias legislaciones que rigieron en nuestro país en materia de capacidad jurídica. Sin embargo, vamos a partir de este ordenamiento, por ser el primer Código Civil Mexicano que estableció en forma limitativa las causas que originan la incapacidad de ejercicio de las personas físicas.

Las causas establecidas en esta legislación fueron reguladas en diversos ordenamientos jurídicos sin sufrir ningún cambio hasta el Código Civil del Distrito Federal de 1992.

Lo referente a la capacidad jurídica de las personas físicas estaba regulado, antes de la citada reforma, en el capítulo de Tutela. Este no hacía mención a la capacidad de ejercicio, que es la regla general en las personas, sino a la INCAPACIDAD de ejercicio; se establecían varios supuestos particulares de ésta que, al actualizarse, daban lugar a la figura del tutor.

propiedad de sus amos, los derechos políticos se perdían tratándose de *capite deminutus* máxima y media

La palabra persona se refería a la “proyección que pudiera tener el hombre en el mundo del derecho”.

Patria potestad.- Institución del derecho civil por virtud de la cual el pater familias ejercía una autoridad de carácter absoluto sobre sus descendientes legítimos del sexo masculino independientemente de la edad, tenía un carácter absoluto que ni por el hecho de contraer matrimonio, ingresar al ejército o tener acceso a magistraturas o cargos públicos, tenía fin.

Esta institución confería a quien la ejercía poderes absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo en la dominica potestas, tenía derechos sobre la persona del *aliens juris sometido a él*, actuando como un “magistrado doméstico”. IGLESIAS, Juan, “Derecho Romano Historia e Instituciones”, Editorial Ariel, S.A. Barcelona 1990, p. 119 y ss.

En este ordenamiento legal se establecía que el objeto de la tutela era la guarda de la persona y bienes de los que, no estando sujetos a la patria potestad, tuvieran incapacidad natural y legal o sólo la segunda, para gobernarse a sí mismos.

Las incapacidades de ejercicio reguladas por este código eran las siguientes³⁹:

“Artículo 431. - Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad no emancipados,

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

III.- Los sordo- mudos que no saben leer ni escribir.”

“Artículo 432. - Tienen incapacidad legal:

I.- Los pródigos declarados conforme a las leyes,

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

Como se desprende de los artículos anteriores, en este código existían dos tipos de incapacidades de ejercicio en las personas físicas: la natural y la legal. La primera era reconocida por la ley pero nacía de la naturaleza misma de los individuos. La segunda era en atención a consideraciones que hacía el mismo legislador para protección de ciertos sujetos que, por determinadas características,

³⁹ “Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones legislativas”, ordenada por los Licenciados Manuel Dublan y José María Lozano, Edición oficial, Tomo I, México 1876, p 231

se presumía que no podían hacerse cargo por ellos mismos de su persona ni de su patrimonio y, en razón de ello, se les da una protección especial.

Con relación al estado de demencia de las personas sujetas a tutela, en esta ley se establecía que cada año debía ser comprobado el mencionado estado mediante certificados expedidos por médicos alienistas.

Con respecto a los tipos de incapacidades, también se establecía que el juez, en la sentencia sobre la incapacidad intelectual del sujeto, podía declarar la interdicción absoluta del mismo, o bien, únicamente prohibirle ciertos actos, como litigar, tomar prestado, donar, ceder derechos, etc.

Con este procedimiento y con los certificados que anualmente debían entregarse al juez sobre el estado de demencia del sujeto, consideramos que el incapacitado tenía mayor seguridad, ya que se comprobaba periódicamente que efectivamente el sujeto continuaba incapaz para participar en el mundo jurídico.

Con respecto a la interdicción sobre los idiotas, imbeciles y sordomudos, en el ordenamiento legal citado, se señalaba que todas las disposiciones establecidas para el juicio de interdicción de los dementes serían aplicables a ellos. Estos incapaces, al igual que los dementes, estaban sometidos a vigilancia para saber su estado y, en atención a ello, poder levantar la interdicción.

La prodigalidad consistía en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastando de modo que se consumiera mas de lo que importaban las rentas o utilidades de los bienes en cosas vanas e inútiles, así como las disposiciones de los bienes en el juego, la embriaguez y la prostitución.

Cabe mencionar que la incapacidad derivada de la prodigalidad ya no está vigente y la incapacidad legal de los menores de edad emancipados legalmente, ha sufrido diversas modificaciones.

Tratándose de los efectos de la interdicción, podemos mencionar que, según el Código de 1870, la sentencia de primera instancia privaba al incapacitado de la libre administración de sus bienes y sujetaba su persona a la autoridad de un tutor interino. Las facultades de éste último eran limitadas hasta que no se dictara sentencia irrevocable. Estas medidas tenían por objeto la protección del incapacitado y la conservación de sus bienes.

Respecto a la tutela del pródigo, ésta no abarcaba el cuidado de la persona, sino únicamente se limitaba a sus bienes y al cumplimiento de sus obligaciones.

La interdicción cesaba por causa de la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva pronunciada en un juicio llamado “contradictorio”.

Se establecía en este código que, por razones de seguridad jurídica, todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores de edad y los mayores incapacitados antes del juicio de interdicción estaban afectados de nulidad si la incapacidad era notoria, exceptuándose de lo anterior a los pródigos.

1.2.2 Código Civil de 1884

En este código se reguló, prácticamente igual que en el Código anterior, lo referente a la incapacidad de ejercicio y a la tutela. Existieron diferencias mínimas como la eliminación de la prodigalidad como causa de incapacidad.

1.2.3 Ley de Relaciones Familiares de 1917

Los supuestos de incapacidad eran prácticamente los mismos que en los ordenamientos legales anteriores con la diferencia de que, esta ley, agrega una nueva incapacidad natural y legal referente a los ebrios habituales.⁴⁰

Al referirse a la incapacidad legal limita a los menores de edad emancipados no sólo a los negocios judiciales, como lo hacían las legislaciones de 1870 y 1884, sino que también hace referencia a la administración de los bienes.

1.3 Nuestra Legislación

El Código Civil de 1928, reformado en materia de capacidad por decreto de 23 de julio de 1992, atiende al concepto de capacidad en su ya citado artículo 22 que consolida, como regla general, que todos los seres humanos están dotados de capacidad de goce y que no hay personas que carezcan de ella, pues todos la tienen por el sólo hecho de ser personas.

Para considerar que una persona es capaz de producir por su voluntad efectos jurídicos y de formar voluntariamente relaciones jurídicas, requiere alcanzar cierto grado de desarrollo, como hemos mencionado a lo largo de este capítulo, para lo cual el Código Civil vigente establece:

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

“Art. 646. - La mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos.”

⁴⁰ Ley Sobre Relaciones Familiares, Edición oficial, México 1936, p 71

1.4 Tipos de capacidad

1.4.1 Capacidad de Goce

La *capacidad de goce* se entiende como la mera aptitud de las personas de ser titulares de derechos y obligaciones. Todo hombre la tiene por el hecho de serlo, desde que nace y hasta que muere, es decir, se refiere a la potencia de ser titular de derechos y obligaciones.

La capacidad de goce atiende a cualidades o características propias de los sujetos que les permite participar en la vida jurídica al ser tomados en cuenta por el derecho. Esta capacidad, de la que gozan todos los seres humanos, se reconoce en nuestro Código Civil del Distrito Federal en su artículo 22 al contemplar la personalidad de los individuos. A la letra dice:

“Artículo 22.-La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”.

Al igual que en nuestra legislación, “en la legislación francesa, la capacidad de goce pertenece en principio a todos los individuos por que un hombre no puede vivir, sin tomar parte en el comercio jurídico y por tanto sin ser titular de derechos civiles. Quitar a un individuo el goce de los derechos civiles, sería borrarlo del número de las personas, colocarlo en la situación del esclavo del mundo antiguo”.⁴¹

⁴¹ COLLIN ANBROSIE Y CAPITANT Henri, “Curso Elemental de Derecho Civil”, versión a español de Demófilo de Buen, Ed Reus, Madrid 1952, Tomo I, p 188.

1.4.2 Capacidad de Ejercicio

La *capacidad de ejercicio*, por su parte, no se refiere a la potencia, sino más bien al acto, es decir, a la facultad que tienen los sujetos de ejercitar y hacer valer los derechos y cumplir las obligaciones de que son titulares en forma personal; no sólo hace referencia a la aptitud de tenerlos.

A diferencia de la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio no es inherente a todos los hombres, aunque la regla general es que al cumplir la mayoría de edad se adquiera, se puede carecer de ella cuando los sujetos se colocan en alguno de los supuestos establecidos por la ley como causas de incapacidad (artículo 450, fracc. II, C.C.).

Según Galindo Garfias, para que sea efectiva la capacidad de ejercicio requiere de dos elementos: en primer lugar, que la persona tenga el discernimiento necesario para comprender las consecuencias jurídicas de los actos que celebra y, en segundo, que no haya sido declarada en estado de interdicción, es decir, que no se le haya anulado, mediante un procedimiento judicial, en forma permanente o temporal su capacidad de ejercicio por ubicarse en alguno de los supuestos establecidos en la ley como causas de incapacidad.

Domínguez Martínez ⁴² distingue dos tipos de capacidad de ejercicio: la sustancial que se refiere a la aptitud de obligarse para celebrar actos y negocios jurídicos, para contraer y cumplir personalmente obligaciones, para administrar y para disponer libremente de los bienes; y la procesal que se refiere a la posibilidad de comparecer en juicio sin necesidad de hacerlo mediante representante legal.

⁴² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1990, p 185

1.5 Grados de Capacidad

Existen distintos grados en la capacidad que van desde la capacidad del concebido, que es el grado mínimo de capacidad de goce, pasando por la del menor de edad, hasta llegar a la del mayor de edad:

“El pensamiento, la voluntad, la conciencia del deber y la responsabilidad de los 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 o de responder de los actos ilícitos (responsabilidad, capacidad de imputación), cuando ha alcanzado un cierto grado de madurez el individuo (como dependía en el antiguo derecho y aún hoy depende en el derecho islámico, de la pubertad) sino que en interés de la seguridad del tráfico, tiene que condicionarse a hechos susceptibles de reconocerse exteriormente. Por ello el Código Civil siguiendo el precedente del Derecho Romano y común, distingue ciertos grados de edad, de los cuales depende la capacidad de obrar”⁴³

1.5.1 Concebido

Como ya mencionamos anteriormente, el concebido tiene el grado mínimo de capacidad de goce. Esto permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales como son el ser instituido heredero o legatario, así como tener el carácter de donatario. Otra consecuencia que se desprende de su capacidad es la posibilidad de la determinación de su condición jurídica como hijo legítimo o natural.

⁴³ ENNECCERUS NIPPERDEY. “Derecho Civil”, Parte General. Trad Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona 1947, Vol I, p 364.

Asimismo, tiene el derecho de propiedad y otros derechos reales como el usufructo, el uso, la habitación, todos ellos sujetos a la condición suspensiva de que se haya desprendido enteramente del seno materno, viva veinticuatro horas o sea presentado vivo al Registro Civil. (art. 337 del C.C.)

Por herencia (art.1314 y 1638 C.C.), legado (art. 1391 C.C.) o donación (art.2357 C.C.), el ser concebido puede adquirir derechos personales, es decir, derechos de crédito, por tal razón, puede convertirse en acreedor para todos los efectos legales. La institución de heredero, legatario o donatario del concebido produce la consecuencia de suspender la división de la herencia, hasta que nazca el concebido o transcurran trescientos días desde la concepción, ya que se encuentra sujeto a la realización de la condición de que nazca vivo y viable.

Hemos mencionado algunos derechos que tiene el concebido dentro de la esfera patrimonial, sin embargo, éste no goza de los llamados derechos no patrimoniales porque no son de ejercicio personal y no pueden ejercitarse a través de un representante. Estos últimos comprenden los derechos subjetivos que no se valoran en dinero, esto es: los derechos políticos, los derechos de acción, los derechos de petición, las garantías individuales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los derechos privados subjetivos, como son los derivados de la patria potestad.

Por lo anterior, podemos afirmar que el concebido no nacido es la manifestación mínima de la capacidad de goce y que no tiene capacidad de ejercicio, ya que su misma naturaleza se lo impide y la legislación suspende su ejercicio hasta la realización de la condición antes mencionada.

1.5.2 Menor de Edad

Las limitaciones que tienen los concebidos en el campo jurídico-patrimonial desaparecen en los ya nacidos, aun menores de edad, que por haber nacido vivos y viables y haber cubierto los requisitos señalados en ley, gozan de los derechos no patrimoniales con algunas limitaciones en materia de derechos políticos y en materia familiar.

Etimológicamente, la palabra menor proviene del latín “minor”, adjetivo calificativo que significa más pequeño; el sustantivo edad, proviene del latín “aetas” que significa tiempo transcurrido desde el nacimiento.

Jurídicamente puede conceptuarse como la situación en que se encuentra una persona por su incipiente desarrollo y que es causa de una restricción a su personalidad con la finalidad de protegerla

Doctrinalmente, existen dos corrientes con diferentes sistemas para determinar el momento en que cesa este estado. El sistema de la doctrina subjetiva, según la cual, se requiere examinar cada caso concreto para poder apreciar si la persona ha alcanzado un desarrollo suficiente y, con base en dicho examen, declarar su mayoría de edad y la doctrina objetiva que, de una manera general, establece cierta edad como límite por la que se adquiere automáticamente la mayoría de edad.⁴⁴

En el sistema jurídico mexicano la minoría de edad ha sido regulada de acuerdo a la teoría objetiva. Durante la vigencia de los Códigos Civiles de 1870, de 1884, la Ley sobre Relaciones Familiares y hasta antes de la reforma publicada en el Diario Oficial del 29 de diciembre de 1969, se fijó los veintiún años como

⁴⁴ MENDIZABAL OSES, Luis, “Derecho de Menores”, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid 1977, p. 41

su límite. En 1969, de acuerdo a la reforma antes señalada, se disminuyó a la edad de dieciocho años.

En principio, no es necesario que la minoría de edad sea declarada judicialmente, toda vez que, como hemos señalado anteriormente, tiene un carácter objetivo y se prueba por sí misma. Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establece la declaración judicial del estado de minoridad como una jurisdicción voluntaria.

Si bien el sistema adoptado por la legislación mexicana es el más práctico y sencillo para determinar el momento en que cesa este estado, presenta el inconveniente de ser demasiado rígido. Esto se debe a que la incapacidad de los menores de edad se califica por la edad, esto se debe a que, por la etapa de desarrollo en que se encuentran los menores, no han alcanzado madurez psíquica, y por lo tanto están impedidos para ejercer derechos y contraer obligaciones con la necesaria plena conciencia de sus actos y de las consecuencias que su ejercicio acarrearía. Sin embargo, no es regla general que esa madurez se alcance a los 18 años.

Por otra parte, el Código Civil para el D.F. vigente establece algunas limitaciones en cuanto al ejercicio de la capacidad de los menores de edad que son las siguientes:

- El artículo 148 del ordenamiento legal en cita establece:

“Artículo 148.- Para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce...”

- Para ser tutor, se establece en dicho ordenamiento lo siguiente:

“Artículo 503. - No pueden ser tutores, aunque estén anuentes al cargo:

I. - Los menores de edad.

- Para reconocer a los hijos nacidos fuera de matrimonio, señala:

“Artículo 362. - El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial”.

- El menor de edad es incapaz de comparecer en juicio y de contraer obligaciones, si no es a través de quienes ejercen sobre él la patria potestad o tutela (arts. 424, 449 y 537 C.C.)

A pesar de que el menor de edad no tiene capacidad de ejercicio, hay ciertos actos que puede realizar por sí mismo, antes de llegar a la mayoría de edad, como son:

- Contraer matrimonio una vez que hubiere cumplido 14 años la mujer y 16 el hombre, previo consentimiento del que ejerce la patria potestad, o el tutor o en su caso el juez familiar competente. (art. 148, 149 y 150).
- Otorgar testamento a los 16 años (art. 1306 C.C.).
- Administrar los bienes que adquiriera por su trabajo (art.429 C.C.)
- Pedir declaración de su estado de minoridad una vez cumplidos 16 años (art 902 C.P.C.)
- Designar a su tutor testamentario, dativo y al curador si ha cumplido 16 años. El juez de lo familiar competente confirmará la decisión, si no tiene justa causa para reprobirla (art. 470, 496, 623 y 624 C.C.)

- Intervenir en la redacción del inventario que debe presentar su tutor, siempre y cuando goce de discernimiento y haya cumplido 16 años, (art. 537 III C.C.) así como autorizarlo para los actos importantes de la administración de sus bienes.
- Reconocer a sus hijos asistido de quien ejerce la patria potestad o de su tutor (art. 361 y 362 C.C.).
- Autorizar su adopción una vez cumplidos 14 años. (art. 397 C.C.)
- Poner en conocimiento del juez de lo Familiar la infracción cometida por el tutor en cuanto a su obligación de destinarle carrera u oficio (art. 540 C.C.)

Por lo tanto, podemos decir que el menor antes de los 14 años no puede celebrar actos jurídicos válidos; al cumplirlos, puede hacerlo por sí mismo, pero solo en aquellos casos en que la ley lo permite de manera expresa.

Tanto el menor no emancipado como el mayor interdicto tienen capacidad para contratar, sin embargo, no pueden obligarse validamente por su propia declaración de voluntad, sino que necesitan hacerlo a través de la declaración de un representante legal; este último debe ser capaz y hábil para contratar el negocio que obliga a su representado.

Es decir, quienes intervienen en la formación de un negocio jurídico, los que declaran su voluntad para la formación del acuerdo, deben ser personas dotadas de suficiente aptitud psíquica para entender y querer el acto en que intervienen y las consecuencias que del mismo derivan, aunque estas no surtan efecto sobre su persona y su patrimonio.

1.5.3 Emancipado

La palabra emancipación proviene del latín “emancipare” y significa soltarse de la mano.

Jurídicamente puede definirse como la situación de un menor de edad que ha salido del control de las instituciones protectoras (patria potestad y tutela), adquiriendo al mismo tiempo una cierta capacidad de ejercicio, intermedia entre la minoría y la mayoría de edad.

Como un antecedente de la emancipación se encuentra la figura romana de la *venia aetatis*, en virtud de la cual, el emperador otorgaba capacidad semiplena a los hombres y a las mujeres para disponer de sus bienes muebles, siempre y cuando hubieren cumplido 20 y 18 años respectivamente.

En los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se establecían dos causas creadoras de la emancipación para el menor de edad sujeto a la patria potestad: el matrimonio, conociéndose su efecto como emancipación legal; y la emancipación voluntaria, producida por el consentimiento del encargado de ejercer la patria potestad del mayor de dieciocho años pero menor de veintiuno, siempre que el menor estuviese de acuerdo y previa autorización del Juez. Se producían entonces efectos sobre la persona y los bienes del menor y se la atribuía una capacidad de ejercicio limitada por lo que toca a enajenación o gravamen de inmuebles, negocios judiciales y celebración de matrimonio.

En la Ley sobre Relaciones Familiares se establecía únicamente un supuesto que daba origen a la emancipación: el matrimonio del menor que, a diferencia de los códigos anteriores, producía efectos parciales pues no extinguía por completo la patria potestad ya que exclusivamente confería al menor

capacidad de ejercicio hecha de la capacidad procesal, continuando sus bienes bajo la administración de quienes ejercían la patria potestad.

La Ley sobre Relaciones Familiares establecía la emancipación como una habilitación de edad en favor del menor que disfrutaba de ella, pero en lo que atañe a su persona permanecía sujeto a la vigilancia de sus padres o de su tutor.

El Código Civil vigente, antes de la reforma de 1969, establecía como medios de emancipación el matrimonio y la declaración judicial dictada a solicitud del mayor de 18 años sujeto a patria potestad o de aquellos que se encontrarán ejerciéndola sobre él. Ambos supuestos producían efectos sobre la persona y sobre los bienes del emancipado, sin embargo, a partir de la reforma de 69 subsistió únicamente el matrimonio como creador del estado de emancipación y como consecuencia, se le confiere al menor una capacidad que encuentra limitaciones tanto en los actos patrimoniales como en los personales.⁴⁵

Este requisito encuentra su razón de ser en la dificultad que entrañaría ser jefe de familia y a la vez estar sometido a la patria potestad.

La emancipación abre un período intermedio entre el estado de la incapacidad de principio y el de plena capacidad y permite al menor iniciarse gradualmente en la vida jurídica y en los negocios.

El emancipado, en razón de no haber alcanzado la mayoría de edad, tiene la presunción de que no ha tenido la suficiente madurez intelectual para actuar por sí mismo en los casos a los que se refiere la ley, por lo tanto, carece de habilidad para actuar en ciertos negocios jurídicos. Por ejemplo, el Código Civil establece ciertas restricciones en cuanto a actos de disposición y gravamen de los bienes inmuebles y a la capacidad procesal, el menor emancipado necesita autorización

⁴⁵ Ver artículos 641 y 643 del Código Civil para el Distrito Federal

judicial para enajenar o gravar bienes raíces y necesita de un tutor para negocios judiciales (art. 643 C. C.).

Podemos darnos cuenta que el menor emancipado goza de una capacidad menor de la que corresponde a los mayores de edad:

“Artículo 451.-Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro.”

Por otra parte, la emancipación tiene como efectos:

- El cese de la patria potestad o tutela.
- Capacidad restringida para la enajenación de bienes.
- La capacidad de administrar bienes.

1.5.4 Mayor de edad

La mayoría de edad y la plena capacidad de ejercicio, son conceptos que se identifican en tanto no le afecte al que ha cumplido 18 años alguna otra causa que lo haga incapaz.

Por tanto, la plena capacidad de ejercicio es consecuencia de haber llegado a la mayoría de edad (art. 646 C.C.) que comienza a los 18 años de edad. A partir de ese momento la persona normalmente dispone libremente de sí mismo y de sus bienes (art.647C.C.).

En términos generales, salvo algunas excepciones, la mayoría de edad hace alcanzar la mayor capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, sin embargo existen algunas excepciones, como es el caso de la adopción, que exige la edad de veinticinco años como mínimo para poder adoptar (art. 390 C.C.).

En cuanto a la capacidad para contratar, gozan de ella las personas que teniendo capacidad de ejercicio, pueden validamente en nombre propio o en nombre y por cuenta de otro concluir un determinado negocio jurídico mediante su declaración de voluntad. Esta disposición tiene algunas excepciones por que hay casos en que la voluntad del representante, aún siendo capaz, es insuficiente para obligar a su representado. Por ejemplo (arts. 436,437,561 y 562 C.C.)se necesita autorización judicial para que un tutor venda los bienes de su pupilo; los cónyuges menores de edad requieren autorización judicial para enajenar, gravar o hipotecar sus bienes y un tutor para sus negocios judiciales (art.173). Antes de la reforma de 1994 solo podían hacerlo siempre y cuando hubiese un contrato de mandato para pleitos y cobranzas (art. 174) y se necesitaba autorización para ser fiador del otro cónyuge para obligarse solidariamente con él (art. 175).

1.5.5 Mayor de edad privado de sus facultades mentales

Los mayores de edad que han sido declarados en estado de interdicción no pueden celebrar validamente por sí mismos actos y contratos. Es por tanto, una limitación a la capacidad de ejercicio de los mayores de edad, la deficiencia o limitación de sus facultades mentales. Así establece nuestro Código Civil:

“Artículo 635.- Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537.”

“Artículo 537.- El tutor está obligado:....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....”

Ahora bien, la limitación en la capacidad no se manifiesta en los derechos patrimoniales de la persona pues el *enajenado mental puede ser propietario, usufructuario, usuario, acreedor y deudor*, así como ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones a través de su representante legal. La restricción tiene lugar respecto a los derechos que deben ejercerse de forma personal, como por ejemplo, no puede contraer matrimonio ni otorgar testamentos a través de representante legal.

1.6 Distinción entre capacidad y personalidad

La capacidad jurídica, al igual que la personalidad, es una consecuencia de la naturaleza y no una creación del orden jurídico, sin embargo, a diferencia de la personalidad, la capacidad jurídica es una cualidad o un atributo de la persona; es la “aptitud reconocida al sujeto de modificar su situación jurídica mediante su propia voluntad”⁴⁶. La personalidad es el reconocimiento que se hace del individuo como persona misma, como sujeto de derechos y obligaciones, el cual puede tener diversos atributos como la capacidad jurídica.

Por lo tanto, la capacidad jurídica de las personas físicas la debemos considerar como una cualidad inherente y necesaria de la personalidad pero distinta a ella, puesto que la primera, tiene características propias como el hecho de que es única, indivisa y abstracta, mientras que la capacidad jurídica, es múltiple, diversificada y concreta.

⁴⁶ PACHECO, Alberto. op cit , p.137

Hay autores que consideran que la capacidad de goce y la personalidad son términos equivalentes, como el maestro Bonnecase, quien afirma que no se puede concebir la noción de persona sin la de capacidad de goce, y que al tratar de analizar la capacidad jurídica se debe tomar en cuenta la noción de persona, ya que la capacidad, designa la aptitud de una persona de ser titular de cualquier derecho, ya sea de familia o patrimonial y para hacer valer por sí misma los derechos de que está investida.⁴⁷

Por el contrario, el maestro Domínguez Martínez ⁴⁸ manifiesta que la personalidad jurídica y la capacidad de goce son instituciones diversas.

La personalidad jurídica es un concepto jurídico fundamental, inmutable, único, cuyo contenido no ha variado ni variará, independientemente del orden jurídico en el que sea analizado. La personalidad no es susceptible de ser medida o ser objeto de graduación, como si un ser humano tuviera mas o menos personalidad. La capacidad, en cambio, es objeto de graduación.

Igualmente, el maestro Galindo Garfias distingue la personalidad y la capacidad y manifiesta que la primera se refiere a la mera posibilidad abstracta de actuar como sujeto activo o pasivo en el campo del derecho, en tanto que la segunda alude al acto de hacerlo. Por lo tanto, se puede ser como persona mas o menos capaz, pero no se puede ser más o menos persona.

1.7 Distinción entre capacidad y estado de las personas

Se discute en la doctrina si la capacidad forma parte del estado de las personas, o más bien es un aspecto que debe considerarse en forma separada.

⁴⁷ BONNECASE, Julien. op cit , p 376 y 377

⁴⁸ DOMINGUEZ MARTINEZ, op cit., p. 187

Para Bonnecase⁴⁹ son dos aspectos diversos, ya que el estado únicamente atiende a la relación que guardan los sujetos con la familia, el Estado o la nación, es decir, hace referencia a grupos determinados, sin tomar en cuenta la aptitud de las personas para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones.

Hay autores que señalan que hay un vínculo entre una y otra; la capacidad, en gran parte, depende del estado, ya que la capacidad es necesaria para realizar diversos actos de los cuales resulta el estado, de la misma manera que un sujeto será capaz según su estado (sí es menor de edad, casado, sometido a interdicción, etc.)

Se debe distinguir el estado propiamente dicho (civil o político) del estado personal, que se refiere a la capacidad de ejercicio de una persona, según sea interdicto, mayor o menor de edad.

Por lo tanto, la denominación de estado personal parece inadecuada, por que se presta a confusiones: el estado (civil o político) determina la relación de las personas con la familia y el Estado en cuanto al goce de los derechos de familia y de los derechos políticos; 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).

Propiamente no existen sino dos estados de la persona: el estado civil y el estado político, llamar a la capacidad estado personal es confundir conceptos.

El artículo 23 del C.C. señala:

“Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la

⁴⁹ BONNECASE, Julien, op cit , p 376 y 377

persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.”

“...el estado se refiere, por lo tanto, a la situación jurídica de la persona, frente a un grupo social determinado (estado civil, estado político), la capacidad y la incapacidad aluden a la posibilidad o imposibilidad para, en razón de su edad, ejercer por sí misma los 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.”⁵⁰

1.8 Distinción entre capacidad y habilitación

Cuando la ley impide a una persona administrar o gozar ciertos derechos, no se habla de una “incapacidad”, sino más bien de una mera prohibición (inhabilitación) para gozar y disfrutar ciertos derechos que la norma señala, por ejemplo: prohibición a los extranjeros de adquirir bienes en la zona restringida. El artículo 27 constitucional en su fracción I, señala que los extranjeros no pueden adquirir el dominio directo de tierras y aguas en la zona restringida a menos que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar la protección de su gobierno por lo que se refiere a los mismos (Cláusula Calvo); los cónyuges no podían, antes de la reforma de 1994, contratar entre sí sin autorización judicial, excepto el mandato para pleitos y cobranzas o actos de administración; ni podían dar fianza a favor de un cónyuge el otro, ni obligarse solidariamente, ni celebrar compra ventas entre sí, cuando estaban casados bajo el régimen de sociedad conyugal (arts. 174, 175 y 176 C.C.); los que ejercen la patria potestad y los tutores no son

⁵⁰ GALINDO GARFIAS, op cit., p 378

hábiles para realizar, sin autorización judicial, los actos que se mencionan en los artículos 436, 573 y 582 del Código Civil.

Cuando la tutela del incapaz recae en el cónyuge, tampoco puede, éste último, gravar o enajenar los bienes inmuebles o muebles preciosos sin previa audiencia del curador y autorización judicial, que sólo podrá concederse por absoluta necesidad o en beneficio debidamente probado (art. 582 C.C.).

Los tutores y los curadores, mandatarios, albaceas, representantes, administradores o interventores, empleados públicos, peritos y corredores no pueden, bajo pena de nulidad, adquirir los bienes de cuya administración estén encargados (art. 2280 C.C.). Todos ellos, a pesar de ser capaces, son inhábiles para contratar en los casos que la ley lo señala expresamente.

Por lo tanto, podemos distinguir entre la capacidad en términos generales; la capacidad de ejercicio y la habilidad para contratar.

Los impedimentos o inhabilitaciones que la ley impone a determinadas personas para celebrar ciertos actos son, en realidad, restricciones a la capacidad de ejercicio. Estas se establecen atendiendo a la situación jurídica en que se encuentran colocadas las personas a quienes se imponen, con el fin de proteger el interés de los terceros.

1.9 Distinción entre capacidad y legitimación

El maestro Luigi Cariota Ferrara señala respecto a la legitimación que: “según la elaboración doctrinal más reciente, se puede entender por legitimación la específica posición de un sujeto respecto a ciertos bienes o intereses, por la que

su declaración de voluntad puede ser operante respecto de éstos, es decir, en otros términos, una particular relación del sujeto con el objeto del negocio”.⁵¹

Entendemos por legitimación, la posibilidad concreta que la ley otorga a un individuo concreto. Para estar legitimado no se necesita ser capaz, sino sólo que la ley autorice a ese sujeto a realizar ese acto.

Como ejemplo de legitimación tenemos al menor de 18 años mayor de 16, que puede otorgar testamento y contraer matrimonio. A pesar de ser incapaz, según lo establecido en el Código Civil, está legitimado para actuar en el mundo jurídico.

Una nota distintiva muy clara entre la capacidad y la legitimación es el hecho de que el incapaz que no puede actuar por sí en un determinado acto jurídico, puede hacerlo a través de un representante, en cambio aquel que está falto de legitimación, no puede actuar ni por sí ni por un representante, pues el acto mismo es lo que le está prohibido.

Por tanto, la capacidad de obrar, es la aptitud del sujeto para adquirir por sí mismo derechos y deberes, es decir, son cualidades intrínsecas de la persona, que la hacen apta para ejercer su autonomía privada y dar vida a negocios jurídicos. Por otra parte, la legitimación es la aptitud para hacer surgir negocios jurídicos que tengan un determinado objeto; es la aptitud extrínseca de la persona frente a un determinado objeto de un negocio jurídico, o sea, la posibilidad concreta de llevar a cabo el acto en cuestión.

Como consecuencia de lo anterior, la relación que guarda la capacidad frente a la legitimación, es que ésta es un complemento de aquella, es decir, que

⁵¹ CARIOTA FERRARA, Luigi, “El Negocio Jurídico”, Madrid 1956, p. 528

toda legitimación implica una capacidad de obrar, pero no toda capacidad de obrar implica legitimación.

2. INCAPACIDAD

2.1 Concepto

Después de haber establecido en términos generales el significado y las clases de capacidad en las personas físicas, comenzaré a desarrollar el aspecto negativo de ésta, es decir, la incapacidad.

El Diccionario Jurídico Mexicano establece que la palabra incapacidad deriva del latín incapaz, que significa que el sujeto no tiene aptitud o capacidad para una cosa. Incapacidad es la ausencia de capacidad.⁵²

El artículo 1798 al hablar de capacidad señala que:

“Artículo 1798.- Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley”.

Podemos darnos cuenta que la ley habla de la capacidad de un modo negativo, de tal forma que se refiere a la incapacidad natural, como aquella que impide que los sujetos realicen actos válidos y que solo en cuanto el sujeto legalmente capaz sea de hecho incapaz de entender y querer, se tendrán las consecuencias legales y se necesitarán los requisitos que señala la ley para actuar validamente.

⁵² Diccionario jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Editorial Porrúa, 2ª Edición, México 1988. Tomo I-O, p. 659

2.2 Nuestra legislación

Del citado artículo 23 de nuestro Código Civil se desprende que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción.

Para conocer las razones del legislador de 1928 por las que estableció en el artículo 450 las incapacidades de ejercicio, es necesario referirnos a la exposición de motivos del citado código que a la letra dice: “La capacidad de la persona para los actos jurídicos depende de su desarrollo físico o intelectual, que a su vez se determina por factores peculiares de raza, clima, costumbre, tradiciones, idioma, etc. Por eso las leyes que rijan su capacidad deben ser leyes nacionales, que tienen en cuenta las expresadas circunstancias, y que especialmente han sido hechas en vista de las cualidades inmanentes y distintivas de los individuos a quienes se van a aplicar...”⁵³

De lo anterior se desprende que el legislador, al regular esta materia, tomó en cuenta principalmente dos tipos de factores para analizar la capacidad jurídica de los sujetos: el desarrollo físico y el desarrollo intelectual.

Originalmente, éste código regulaban la imbecilidad, la locura y el idiotismo como causas de incapacidad. A partir de las reformas de 1992 se eliminó tal terminología y se reemplazó por expresiones consideradas más apropiadas. Se buscó no menoscabar la dignidad de las personas con discapacidad y tener una connotación más precisa.

La intención de la reforma a la fracción II del artículo 450 del C.C. es determinar con precisión las causas de incapacidad, no enumerándolas sino buscando incorporar en una nueva definición todos los supuestos de incapacidad. Así señala:

⁵³ “Leyes y Códigos de México. Código Civil para el Distrito Federal”, op cit , p 13

“Artículo 450.- Tienen incapacidad natural y legal:...II...aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial...siempre que debido a la limitación, a la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos...”

2.3 Tipos de incapacidad

2.3.1 Incapacidad de goce

La incapacidad de goce se refiere a la ineptitud del sujeto de ser titular de derechos y cumplir obligaciones por sí mismo.

Al ser la capacidad de goce la característica por excelencia de la calidad de persona en el derecho, no puede existir la incapacidad de goce por que la misma significaría la negación de la personalidad del sujeto ya que esta capacidad es inherente al ser humano.

En la antigüedad, algunos pueblos consideraban que sus esclavos tenían una incapacidad de ejercicio general, privados de capacidad de goce, aunque, como ya hemos mencionado, en realidad no era total, toda vez que esos individuos continuaban siendo sujetos de derecho para el caso de que cometieran un delito.

Sobre este punto señalan Ripert George y Boulanger Jean⁵⁴, que “la expresión (incapacidad de goce) es inadecuada, porque si la palabra incapacidad significa aquí la privación de un derecho, la palabra goce está desviada de un

⁵⁴ RIPERT GEORGE Y BOULANGER JEAN. “Tratado de Derecho Civil”, según tratado de Planiol. Buenos Aires, 1963, Tomo I, p 320

sentido habitual; significa en este caso, la ventaja que confiere la atribución de un derecho. Además, la expresión solo despierta la idea de derechos y se trata también de obligaciones”

2.3.2 Incapacidad de ejercicio

Todos los seres humanos gozan de capacidad de goce pero aquellos que, por sus circunstancias particulares, no pueden tener una voluntad libre y consciente o no pueden expresarla por ningún medio posible, carecen de capacidad de ejercicio y debido a esto requieren de una persona que exprese esa voluntad por ellos.

La capacidad de ejercicio de las personas físicas está en función del grado de madurez mental del sujeto. Los grados de incapacidad van siendo de menor intensidad conforme el sujeto se acerca a la mayoría de edad. Esto es cuando los individuos pueden conducirse personalmente en la vida jurídica, conforme a la ley.

La incapacidad de ejercicio es entendida como la ineptitud del sujeto para poder actuar por sí mismo en la vida jurídica. En nuestra legislación esta incapacidad se desprende de lo establecido en la primera parte del Artículo 23 C.C. al decir: “La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica...”; y en el ya citado artículo 1789, mandamiento que, como señala Gutiérrez y González,⁵⁵ carece de técnica y adolece por su falta de práctica, pues obliga a buscar a través de todo el código las excepciones a la capacidad.

Al referimos a la palabra incapacidad, entendemos que ésta es la de ejercicio debido a que, como ya hemos mencionado anteriormente, en la

actualidad, no existen legislaciones que priven totalmente al sujeto de su capacidad de goce.

Así la ha regulado el derecho positivo mexicano, ya que de acuerdo con el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer lo relativo a la incapacidad sólo hace alusión a limitaciones en la capacidad de obrar o de ejercicio, ya sea ésta natural o legal.

Ahora bien, el Estado, al hacer una valoración de los factores que pueden impedir el que un sujeto ejercite por sí mismo sus derechos y cumpla con sus obligaciones, es el que se encarga de establecer en forma concreta y específica cuáles son los supuestos de la incapacidad de ejercicio, y decimos que lo hace o debe hacer en esa forma porque la incapacidad es la excepción a la regla general de la capacidad, y mientras un sujeto no se encuentre en los supuestos de incapacidad establecidos en la ley, es perfectamente capaz, sin necesidad de que la ley tenga que mencionar esto.

Por ser la incapacidad de ejercicio un obstáculo para que el sujeto pueda participar por sí mismo en el mundo jurídico, el legislador debe ser muy cuidadoso al establecer los supuestos que la implican, sobre todo, debe evitar establecer supuestos generales que puedan abarcar a personas perfectamente aptas para manifestar su voluntad libremente.

2.4 Causas de incapacidad

Las causas de incapacidad son restricciones o limitaciones a la capacidad de ejercicio de las personas y se les conoce también como circunstancias modificativas de la capacidad. Estas restricciones o limitaciones se fundan en

⁵⁵ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial Porrúa, México 1995, p. 291.

circunstancias subjetivas de cierta persona, que la ley toma en cuenta para retardar o suspender por un cierto tiempo su aptitud para realizar actos jurídicos, remediando su defecto de capacidad con instituciones y medios supletorios o complementarios.

Los autores suelen hacer numerosas clasificaciones de las causas de la incapacidad o circunstancias que modifican la capacidad. Las hay temporales o permanentes, según afecten por determinado tiempo la capacidad o la afecten de manera perpetua. También se habla de las causas intrínsecas y extrínsecas, según provengan de cualidades inherentes o internas del sujeto o de las relaciones externas en las que interviene.

Felipe Clemente de Diego ⁵⁶ clasifica las circunstancias que dan origen a la incapacidad en dos grupos:

1. Las que provienen del individuo considerado en sí mismo (edad, enfermedad, etc.)
2. Las derivadas de las relaciones que el individuo guarda con la familia, la religión, el municipio y la sociedad en general. Aunque consideramos que estas últimas son mas bien falta de legitimación

2.5 Incapacidad natural y legal

La incapacidad de ejercicio en las personas físicas puede tener como origen una causa objetiva, natural y real (arts. 449,450 y 451 C.C.), como es el caso del menor de edad que en principio no necesita reconocimiento porque, objetivamente, por sus pocos años de vida, no tiene la experiencia ni la madurez

mental necesaria para saber que es lo que más le conviene. Existen otros casos que sí necesitan reconocimiento judicial como los que sufren enfermedades mentales, cuya voluntad no es libre ni consciente; o también, cuando el sujeto en un momento determinado, se encuentra en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o enervantes; o en un estado hipnótico o de sonambulismo. En estos casos, aunque transitoriamente el sujeto tiene una imposibilidad de entender y de querer, su voluntad no está libre, ni es consciente de lo que hace. Todos estos supuestos se refieren a la incapacidad natural.⁵⁷

La incapacidad de ejercicio legal tiene lugar cuando el ordenamiento legal considera que un individuo es incapaz, independientemente de que en la realidad el sujeto sea naturalmente capaz y tenga una voluntad libre y consciente.

La incapacidad legal implica la consideración directa de la ley de que el sujeto no está en condiciones de entender y querer, aún cuando no tenga ninguna imposibilidad natural para hacerlo, se puede ejemplificar esto con el caso de un menor de edad que esté por cumplir la mayoría de edad, su madurez mental está en condiciones de celebrar cualquier tipo de acto jurídico y, sin embargo, hasta no cumplir los dieciocho años es legalmente incapaz, aún cuando naturalmente sea capaz.

Existen autores como Planiol que consideran arbitraria la incapacidad legal y afirman que “la incapacidad de una persona es a veces la obra arbitraria de una ley: por ejemplo, los pródigos o las mujeres casadas. Estas incapacidades tienen una causa meramente jurídica: el matrimonio o una sentencia. Para otros incapacitados, como el menor o el loco, la incapacidad es real. La ley no hace

⁵⁶ citado por MUÑOZ, Luis, “Derecho Civil Mexicano”, Ediciones modelo, México 1971, p. 235

⁵⁷ DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1990, p. 187

más que sancionar y reglamentar un estado de cosas que se impone por sí mismo. La incapacidad legal cubre entonces la incapacidad natural”⁵⁸

Barbero, autor citado por Domínguez Martínez en su libro de “Derecho Civil”, señala que la incapacidad natural se da “cuando el sujeto, cualquiera que sea su edad, o por insuficiente desarrollo o por enfermedad mental o a causa de una perturbación psíquica, permanente o transitoria, se encuentra en la efectiva condición de no poder entender y querer lo que hace, de manera que sus actos no son actos humanos sino actos físicos”⁵⁹ y sobre la incapacidad legal señala que “aunque ella también tome fundamento de circunstancias de hecho que inducen al ordenamiento jurídico a creer que el sujeto no está en condiciones de entender y querer, tiene una relevancia sumamente diferente. Su valoración se hace a veces sobre datos meramente presuntivos, sin tomar en cuenta las condiciones reales de cada uno de los sujetos (minoría de edad), y a veces se la hace singularmente, sujeto por sujeto, sobre datos que, reales en un momento, pueden también cesar sin que cese el efecto inhabilitante de la calificación formal permanente que han provocado por parte del ordenamiento jurídico (interdicción e inhabilitación)... Mientras dura la calificación formal legal de incapacidad, (es decir, mientras dura la minoría de edad sin que haya emancipación y mientras dura el estado formal de interdicción), los actos llevados a cabo, aunque en el momento de su cumplimiento el sujeto fuese naturalmente capaz, son igualmente anulables.”⁶⁰

Nuestro Código Civil, sobre las incapacidades establece:

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

I. Los menores de edad;

⁵⁸ PLANIOL, Marcelo, “Tratado Práctico de Derecho Civil”, Oxford University Press, México, 1999. p 270

⁵⁹ DOMINGUEZ MARTINEZ, op cit, p 188

- 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 provoquen no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio”.

En relación al otorgamiento de actos y hechos jurídicos, la Ley del Notariado del Distrito Federal en su artículo 64 señala, en cuanto a las incapacidades naturales y legales, que: “para que el notario haga constar que los otorgantes tienen capacidad legal, bastará con que en ellos no se observen manifestaciones de incapacidad natural, y que no tengan noticias de que estén sujetos a incapacidad civil”

2.6 Incapacidad total y parcial

La incapacidad es total o parcial, según que se pueda realizar cualquier tipo de negocio, ningún tipo de negocio, o solo algunos tipos de negocio.

La incapacidad absoluta se traduce en la prohibición integral de participar por sí mismo en la vida jurídica, pudiéndose suplir la voluntad de este incapaz, para los actos de cualquier naturaleza por un representante que sí sea capaz; la relativa o parcial implica que los actos de cierta naturaleza, no puede realizarlos

⁶⁰ Loc Cit

por sí el parcialmente incapaz, debiendo actuar conjuntamente con otro que si lo es.

Por lo tanto, la regla general es la capacidad de ejercicio, misma que se adquiere al tener la mayoría de edad, mientras que su aspecto negativo, es decir, la incapacidad es la excepción. Esta debe estar señalada como tal en la ley, de lo contrario, se entiende que la persona de quien se trate es capaz. Lo anterior, de acuerdo a lo establecido en los artículos 24 y 1798 del Código Civil, que a la letra dicen:

“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.”

“Artículo 1798.- Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.”

Son incapaces aquellos individuos que siendo titulares de derechos y obligaciones, no tienen una voluntad libre y consciente o no pueden expresarla por ningún medio posible y que, por tanto, no pueden modificar su situación jurídica por sí mismos sino que necesitan de una persona que exprese esa voluntad por ellos y que los represente para que puedan actuar en el mundo del derecho.

En sentido amplio, tal como lo enuncia el artículo 450 C.C., no hay inconveniente en aceptar que tanto los menores de edad, como los mayores, en estado de interdicción tienen capacidad natural y legal, siendo distintas las causas que la originan, la sola minoridad de edad es una cuestión natural temporal y las incapacidades legales son reales y efectivamente existen en un sujeto por una alteración o anormalidad de sus facultades psíquicas.

A pesar de ser legalmente considerado incapaz un menor de edad, puede llevar a cabo ciertos actos y negocios que la misma ley permite, es decir, lo legitima para celebrarlos, por lo tanto podemos decir que la incapacidad es distinta a la legitimación.

2.7 Efectos jurídicos de la incapacidad

Si se celebra un contrato por un incapaz sin que intervenga su representante legal, el contrato puede invalidarse por el ejercicio de la acción de nulidad y la declaración de ésta por el juez a través de una sentencia de nulidad:

“Artículo 635.- Son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los incapacitados sin la autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537”

La acción de nulidad busca proteger el patrimonio del incapaz y su finalidad es restituirlo en los derechos patrimoniales objeto del acto anulado (*restitutio in integrum y querella inofficiosi testamenti*). El art. 1796 C.C. señala que el contrato puede ser inválido por incapacidad de una de las partes, por lo tanto un requisito de validez de los contratos es la capacidad de quienes lo celebran.

Para que un acto jurídico surta efectos, después de haber reunido los requisitos de existencia, se necesita que cumpla con los requisitos de validez y por tanto de capacidad en el autor o los autores del acto, es decir, que la declaración se emita por una persona mayor de edad, que no esté sujeta a interdicción o por una persona emancipada si actúa dentro de los límites de la ley (arts. 641-647 C.C.).

En segundo lugar la voluntad debe de ser exenta de vicios, también se necesita la licitud en el objeto, motivo o fin del acto jurídico y finalmente que se cumplan las formalidades que señala la norma (art. 1795 C.C.).

2.8 Declaración de incapacidad

Para que en el mundo jurídico opere la incapacidad de los sujetos señalados en la segunda fracción del artículo 450 del C.C. es necesario que sea expresamente reconocida y declarada por el órgano jurisdiccional, iniciándose para ello el llamado “juicio de interdicción”.⁶¹

Según el artículo 52 fracción II de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el juez de lo Familiar es el competente para conocer de los juicios relativos al estado de interdicción.

Por su parte, están legitimados para pedir la declaración de minoridad o estado de interdicción:

1. El propio menor si ha cumplido 16 años;
2. Su cónyuge;
3. Sus presuntos herederos legítimos;
4. El albacea; y
5. El Ministerio Público.

⁶¹ “Llámesse, en términos generales, interdicción o estado de interdicción, a la situación de una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz de los actos de la vida civil privada y de la administración de su persona y bienes. En tal concepto, se comprenden todos los casos en que se producen estos efectos, bien por resolución de carácter penal, bien por resolución de carácter civil” DE PINA, Rafael, “Elementos de Derecho Civil Mexicano, Introducción, personas y familia”, Editorial Porrúa, México 1978, p. 396

La declaración de minoridad establecida en el CPC y que en principio no tendría razón de ser toda vez que el menor de edad hace prueba por sí mismo, se hace sin más trámite, cuando a la petición se acompaña el acta de nacimiento del Registro Civil; en su defecto, el juez debe de citar al menor y al Ministerio Público, a una audiencia, en la que por el aspecto del presunto incapaz y las testimoniales que se rindan, el juez resolverá sobre la procedencia de declarar la minoridad o el estado de interdicción (Art. 903 C.P.C.).

Por otra parte, para la declaración de incapacidad de mayores de edad que se encuentren en algunos de los supuestos de la fracción segunda del artículo 450 del Código Civil, la doctrina señala que existen dos vías:

- a) *Jurisdicción voluntaria*.⁶² Procedimiento a través del cual se solicita al órgano jurisdiccional fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los interesados, mientras no surja una cuestión litigiosa. Este procedimiento concluye con una resolución judicial que, en este caso, declara o deniega la interdicción, con base en los dictámenes periciales (art. 904 CPCDF).
- b) *Juicio ordinario*. Esta vía resuelve la controversia que existe entre los tutores, el Ministerio Público y el solicitante de la declaración de estado de interdicción.

⁶² “Debe advertirse que los sujetos de la jurisdicción voluntaria no son partes, en el sentido procesal tradicional. En efecto, puede hablarse, sin lugar a dudas, de solicitantes o promoventes de las diligencias, pero nunca de partes en el verdadero sentido procesal. Quien promueve una jurisdicción voluntaria, aunque esté realizando un acto de instar, no tiene la triangularidad ni la proyectividad necesarias para que dicho acto constituya una verdadera acción, sino una mera solicitud o petición al tribunal. El objeto de todos estos actos de jurisdicción voluntaria, como ya hemos apuntado oportunamente, implica la necesidad, sancionada por la ley, de que diversos actos y hechos de trascendencia jurídica sean sometidos al conocimiento de la autoridad judicial, para que ésta de fe de los mismos, los comunice a otras personas y, en algunos casos, los sancione, apruebe o verifique, ya que, al no estar promovida cuestión alguna entre partes, dicho objeto de la jurisdicción voluntaria se limita a lo ya anotado.” GOMEZ LARA, Cipriano, “Derecho Procesal Civil”, Oxford University Press, México 1997, p. 374

Por otra parte, el CPCDF establece dentro del capítulo de jurisdicción voluntaria en la declaración de interdicción, un juicio ordinario.

2.8.1. Procedimiento de interdicción

La incapacidad por causa de demencia debe acreditarse en un juicio ordinario. Sin embargo, antes de proceder a la tramitación del juicio ordinario, se debe tramitar ante el Juez de lo Familiar, como diligencia prejudicial, el nombramiento de tutor interino. Esto se prevé en el Capítulo II, del Título Decimoquinto del CPCDF, que se refiere a al nombramiento de tutores y curadores y discernimiento del cargo, como jurisdicciones voluntarias, tomando en cuenta los comentarios hechos con anterioridad.

Las diligencias prejudiciales se tramitan conforme a las reglas del artículo 904 del CPCDF. Se inician con una demanda de interdicción, que al ser recibida por el juez permite que se dicten las medidas tutelares conducentes que aseguren los bienes y la persona del señalado como incapaz. Asimismo el juez ordena a la persona que auxilia al presunto incapaz, que lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente o bien, que presente un informe fidedigno de la persona que lo auxilia u otro médico de convicción, que justifique la necesidad de declarar la incapacidad.

Los médicos que realicen el examen, deben ser designados por el juez, y de preferencia alienistas o de la especialidad necesaria para examinar al presunto incapaz. Se realiza un reconocimiento médico al presunto incapaz en presencia del juez, previa citación de la persona que esté solicitando la interdicción y del Ministerio Público.

Si del dictamen pericial resulta comprobada la incapacidad, o por lo menos hubiere duda fundada acerca de la capacidad de la persona cuya interdicción se pide, el juez proveerá las siguientes medidas:

- Nombrar un tutor y un curador interinos, cargos que deberán recaer en las siguientes personas: el padre, la madre, el cónyuge, los hijos, los abuelos y los hermanos del incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos, serán preferidos los mayores de edad. En caso de que concurran abuelos paternos y maternos, el juez resolverá según las circunstancias. En caso de no existir ninguna de las personas antes citadas, o no siendo aptas para la tutela, el juez podrá nombrar como tutor interino a una persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.
- Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Si el presunto incapaz está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, los bienes los administrará el otro cónyuge.
- Proveer de patria potestad o tutela a las personas que tuviere bajo su guarda el presunto incapacitado.

Una vez provistas las medidas anteriores, se procede a un segundo reconocimiento médico del presunto incapacitado con diferentes peritos. En caso de existir discrepancia entre el primer dictamen y el segundo, se practica una junta de avenencia a la mayor brevedad posible y si no la hubiere, el juez designa peritos terceros en discordia.

Finalmente el juez cita a una audiencia en la cual, si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, dicta la resolución declarando ésta o negándola.

Si en la audiencia hubiere oposición de parte el CPCDF señala que ésta se sustanciará en juicio ordinario con intervención del Ministerio Público, siendo que todo lo anterior, según el artículo 905 es un juicio ordinario.

El propio CPCDF establece que, en caso de que exista controversia en la declaración de incapacidad, debe sustanciarse en juicio ordinario y respetarse las siguientes reglas (art. 905 C.C.).

- a) Deben subsistir las medidas decretadas conforme al artículo 904 C. C., las cuales pueden modificarse según cambien las circunstancias.
- b) El presunto incapacitado será oído en juicio, si lo pidiera, independientemente de la representación atribuida al tutor interino.
- c) El estado de incapacidad se puede probar por cualquier medio idóneo de convicción, pero en todo caso es necesaria la certificación de tres médicos por lo menos, preferentemente alienistas del servicio médico legal o de instituciones médicas oficiales.

Cada parte puede nombrar un perito o médico para que intervenga en la audiencia y rinda su dictamen.

El reconocimiento médico se hace en presencia del juez con citación de las partes y del Ministerio Público, pudiendo el juez hacer las preguntas que estime convenientes para calificar el resultado de las pruebas.

d) La tutela interina debe limitarse a la protección de la persona y la conservación de los bienes del incapacitado mientras no se pronuncie sentencia irrevocable.

Una vez que cause ejecutoria la sentencia de interdicción, se procede al nombramiento y discernimiento del cargo de tutor definitivo, posteriormente debe el tutor interino con intervención del curador rendir cuentas al tutor definitivo.

Para hacer cesar el estado de interdicción se siguen las mismas reglas, por lo tanto, la interdicción o incapacidad declarada judicialmente termina por la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva pronunciada en juicio, en el que se demuestre que han dejado de existir las razones por las cuales se declaró la interdicción (art. 479 C.P.C.)

CAPITULO III

DE LA REPRESENTACION

1. CONCEPTO

La representación encuentra su justificación en la necesidad de ejercitar sus derechos que tienen los menores de edad, los enajenados mentales y otros sujetos privados de la capacidad de ejercicio y que por su situación, no pueden hacerlos valer.

La representación es el medio por el cuál una persona llamada representante realiza un acto jurídico a nombre de otro, con el fin de que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en la esfera jurídica de esta otra persona llamada representado.

Messineo señala que “la esencia de la representación es el poder de participar en un contrato en nombre del representado y con efectos únicamente para este último, de modo que el representante a su vez, no sufre ningún efecto jurídico de su propia declaración...”.⁶³

La representación es una institución jurídica que permite que una persona actúe simultáneamente en lugares distintos. Sin embargo, esta figura jurídica no se aplica en todos los ámbitos, como es el caso de los actos personalísimos en los

⁶³ MESSINEO, Francesco, “Doctrina General del Contrato”, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1952, Tomo I. p. 241

que no se admite, porque el sujeto que afectará su esfera jurídica debe de hacerlo personalmente. Así el artículo 1295 del Código Civil, señala que “el testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte”.

“A través de ella (la representación) se obtiene una doble ventaja: por parte del representado se da la ubicuidad por la utilización de la habilidad ajena para los propios negocios; por parte del representante, en caso de la representación legal, se tiene la posibilidad de activar la capacidad de ejercicio de quien la tiene limitada”.⁶⁴

Partiendo del enunciado al inicio de este trabajo de que la voluntad es uno de los elementos esenciales en la formación de las relaciones jurídicas, cuando la manifestación de ésta no es posible por parte del sujeto interesado, ya sea por la reconocida idoneidad física o psicológica de éste, o por un impedimento transitorio como puede ser la ausencia del interesado, o cuando se hace necesario que la voluntad se manifieste por un sujeto extraño a causa de su mayor capacidad técnica, es entonces cuando la representación encuentra su más amplia esfera justificativa en el ámbito del derecho.

Ante la insuficiencia de ciertos sujetos que, por determinadas causas ya de la naturaleza o bien reconocidas por la ley, se ven impedidos de realizar con plena voluntad y libertad propia diversos actos en la vida jurídica, se hace necesaria la participación de personas que gozan de capacidad para hacerlo. A través de ellas se suple esa insuficiencia, y es entonces cuando se habla de una institución que ayuda a los sujetos incapaces a participar en la vida jurídica: la representación.

⁶⁴ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. “Representación, Poder y Mandato”, Editorial Porrúa, México 1997, p.11

Borja Soriano señala que “hay representación cuando una persona celebra a nombre y por cuenta de otra un contrato (o en general un acto jurídico), de manera que sus efectos se producen directa e inmediatamente en la persona y en el patrimonio del representado, como si él mismo, hubiera celebrado el contrato (o ejecutado el acto); se produce una relación obligatoria directa entre el representado y un tercero”.⁶⁵

Por su parte, Manuel Bejarano Sánchez opina que “es una figura jurídica que consiste en permitir que los actos celebrados por una persona (llamada representante) repercutan y surtan efectos jurídicos en la esfera jurídico económica de otro sujeto (llamado representado), como si éste último los hubiera realizado y no afectan la del representante, el cual queda ajeno a la relación de Derecho engendrada por su acción”⁶⁶

Esta institución cobra gran utilidad en el comercio jurídico, basta pensar en la necesidad que tienen los menores, los enajenados mentales y en general los sujetos privados de su capacidad de ejercicio, de contar con un representante que haga valer sus derechos y cumpla con sus obligaciones.

Generalmente la representación supone la concesión previa de atribuciones y facultades por la persona en cuyo patrimonio recaerán los efectos o, en su caso, de la ley, para que otra actúe a su nombre. Sin embargo, es posible que quien obra a nombre de otro, lo haga sin que previamente se le hayan conferido tales facultades y atribuciones; en este caso también existe representación a pesar de que la actuación del representante esté sujeta a la ratificación del acto por parte del representado.

⁶⁵ BORJA SORIANO, Manuel, “Teoría General de las Obligaciones”, Editorial Porrúa, México 1985, p 244

⁶⁶ BEJARANO SANCHEZ. Manuel. op cit . p 134

Por lo tanto, podemos afirmar que la representación es una figura jurídica en virtud de la cual se producen efectos inmediatos y directos en la esfera jurídica de una persona distinta a la que actúa, y que puede darse en actos tanto patrimoniales como extra-patrimoniales.

Para la representación es necesario que quien actúe por cuenta ajena, se presente a la otra parte como ejecutor de unos intereses que no son los suyos, sino de otra persona determinada, es decir, que se presente investido de su calidad de representante, que obre en nombre de la otra persona (*contemplatio domini*) y que no oculte la relación con éste, como sucede en la llamada representación indirecta. En el último supuesto, el representante actúa a cuenta o por interés del representado pero a nombre propio; es decir, que se ostente ante el tercero como el interesado directo. Sin embargo, no basta la posición exteriormente reconocible de representante, el hecho de que un negocio se realice en nombre de un tercero sólo indica que aquél, en intención de quien lo concluye, está comprometiendo intereses ajenos y no los suyos propios.

2. ANTECEDENTES

La obra realizada por don Justo Sierra en 1859 con el nombre de Proyecto de un Código Civil Mexicano, a iniciativa del Presidente de la República Benito Juárez, no obstante, de tener como fuente de inspiración directa los comentarios del Código Civil Español de García Goyena, matizadas ambas realizaciones por la influencia francesa del Código de Napoleón, admite la representación en su artículo 1011, de la siguiente manera: “Ninguno puede contratar a nombre do otro sin estar autorizado por él o sin que tenga por la ley su representación”. Este precepto es suficientemente amplio para cabida a la doble división doctrinaria de la representación, es decir, voluntaria y legal.

Sin embargo, cuando el proyecto se refiere al contrato de mandato, lo hace en una forma obscura e imprecisa debido, probablemente, a la influencia francesa. Así el artículo 1707 del citado proyecto dice: "El mandato es un contrato por el cual uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete". Como puede observarse este enunciado se acerca más al concepto de procurador judicial que al de mandatario civil.

Por otra parte, para poder obtener algún indicio de representación voluntaria, ya que la legal es aceptada en forma unánime por todos los ordenamientos, encontramos en el proyecto que Justo Sierra, siguiendo al pie de la letra las enseñanzas de los juristas franceses en boga, no concibe otra clase de mandato que no sea el representativo, es decir, no vislumbra la diferencia que existe entre representación y mandato, confundiendo a las dos figuras con una misma, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1723 de su intento de codificación: "Todas las obligaciones contraídas por el mandatario dentro de los límites del mandato se consideran contraídas por mandante mismo; de modo que si el mandante y el mandatario contratan sobre un mismo objeto con diversas personas, la fecha decidirá cual de los contratos debe subsistir, permaneciendo en caso de duda el celebrado por el mandatario".

El Código Civil que empezó a regir el 1º de marzo de 1871, tomando las ideas del Proyecto Justo Sierra, en su título duodécimo del Libro Tercero "De los Contratos", admite en su artículo 1400 a la representación, en sus dos aspectos legal y voluntaria: "Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley".⁶⁷

Pero cuando se trata del mandato, este Código va más lejos en la aceptación de la tesis napoleónica ya que, en el artículo 2474, asimila en forma

⁶⁷ Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones legislativas, op cit, p. 292

expresa al mandato y a la procuración: “El mandato o procuración en un acto por el cual una persona da a otra facultad de hacer en su nombre alguna cosa”.⁶⁸

Con referencia a la representación voluntaria, se le puede hacer a este código la misma objeción que al Proyecto Sierra, pues no considera más mandato que el representativo.

Por lo que hace al Código Civil de 1884, éste fue fiel reproducción de la anterior regulación civil, por lo que consideramos inútil la repetición de las aclaraciones mencionadas.

El Código Civil de 1928 dio un paso adelante en materia de representación ya que la distingue como una figura jurídica independiente, al concederle en el Libro Cuarto, Primera Parte, Título Primero, un rubro específico: “Representación” y le dedica para ello los artículos 1800, 1801 y 1802.

Desgraciadamente los redactores de este código se limitaron a copiar estos artículos de los ordenamientos anteriores sin hacer ningún cambio doctrinal de importancia y el adelanto consistió en el rubro que los separa de los demás.

3. ELEMENTOS

Tomando como partida la definición propuesta al inicio de este capítulo, es necesario hacer un análisis de los diferentes elementos que la componen y así se tiene que son:

⁶⁸ Idem, p 356

- a) *Representado*.- Sujeto de los intereses en cuya esfera jurídica y patrimonio repercuten los efectos del negocio y que puede ser una persona capaz o incapaz.
- b) *Representante*.- Sujeto en principio extraño al negocio, pero que va a ser la persona capaz por la que se celebra el negocio jurídico. Al hablar aquí de capacidad se hace especial referencia a la capacidad de obrar o de ejercicio.
- c) *Poder de representación*.- Es el elemento esencial de la representación ya que implica que los efectos jurídicos del acto contratado, recaen sobre el patrimonio del representado, toda vez que el acto o negocio celebrado le es ajeno al representante y por lo tanto no tienen porque repercutirle sus efectos.

4. ORIGENES

Ahora bien, la representación puede tener dos orígenes:

- 1- *La voluntad*.- Esta primera forma se da cuando el propio interesado, es decir, el sujeto sobre el cual van a recaer los efectos jurídicos legítima, en un acto de su propia autonomía, al sujeto extraño para que celebre el negocio.

En este sentido se utiliza el término “apoderamiento”, para significar la legitimación que hace el sujeto interesado por su propia voluntad, que reducida a su más pura esencia consiste en la declaración unilateral de voluntad dirigida a la parte contraria, con la cual se autoriza un acto ajeno de disposición, obligación o adquisición, recabando anticipadamente para sí las consecuencias que de ello hayan de derivarse.

2- *La ley*.- La segunda forma prescinde de la autonomía del interesado y tiene carácter necesario. Es decir, la legitimación del sujeto extraño en este caso no proviene de la autonomía privada del sujeto sobre el que recaerán las consecuencias de derecho, sino que en vista de la imposibilidad jurídica en que se encuentra el incapaz para celebrar validamente el negocio, es la ley quien viene a legitimar al sujeto ajeno a los intereses, para que éste ejecute los que aquél no puede realizar.

5. TEORIAS

El fenómeno de la representación se ha tratado de explicar a la luz de varios postulados cuyo contenido es el siguiente:

5.1 Teoría negativa de Duguit

Para este autor la representación debe de rechazarse debido a que, según explica, es un producto del espíritu que no es real, es producto de una apreciación inexacta del papel de la voluntad en la formación de los actos jurídicos.

“En efecto, si la relación de derecho es creada, modificada, transferida o aniquilada por la actuación de la voluntad libre y sana del hombre, no se comprende que este resultado pueda obtenerse mediante un acto del cual se halla ausente la voluntad de la persona a quien favorece o perjudica la relación jurídica de que se trata”⁶⁹

⁶⁹ Duguit citado por BORJA SORIANO, Manuel, op cit., p.249

Duguit, maestro de la Escuela realista del Derecho, al hacer estas afirmaciones, niega la existencia de un fenómeno jurídico real y evidente: la representación.

5.2 Teoría de la ficción

Esta teoría es sostenida, principalmente, por Geny, Pothier y Labbé, quienes afirman que la representación es una ficción del derecho, en virtud de la cual, se reputa que el representado ha manifestado su voluntad por medio del representante.

Señalan que el que actúa en realidad es el representante, pero el legislador finge que quien ejecuta los actos es el representado, siendo que no hay porque hacer una ficción; al conformarse el acto, la voluntad es emitida por el representante, pero los efectos del mismo recaen en el patrimonio del representado.

Esta teoría influenció nuestro Código Civil de 1870 y por lo tanto los de 1884 y 1928.⁷⁰

5.3 Teoría del nuncio

Propuesta por Savigny, señala que el representante es un simple mensajero, un vehículo portador de la voluntad del representado.

Esta teoría esta actualmente en desuso, ya que no explica el fenómeno de la representación, en donde el representante emite su voluntad de conformar un acto jurídico cuyos efectos recaerán en el patrimonio del representado.

⁷⁰ Borja Soriano. op cit , p 250

El representante no emite la voluntad del representado sino la suya propia, solo que los efectos de la conformación del acto jurídico recaen en el patrimonio del representado.

5.4 Teoría de la sustitución real de la personalidad

Sostenida por autores como Planiol, Enneccerus, Ihering y Bonnacase, entre otros, esta teoría sostiene que el representante sustituye la personalidad jurídica del representado, por eso los efectos jurídicos surten en la esfera patrimonial del representado y no del representante.

Esta teoría cae en el error de señalar que lo que se sustituye es la personalidad del representado y no la manifestación de la voluntad, la personalidad no puede sustituirse, toda vez que es inherente a cada sujeto.

5.5 Teoría de Levy-Ullman

Esta tesis trata de explicar el fenómeno de la representación afirmando que solamente es una modalidad del acto jurídico, es un simple elemento accidental con el que la ley positiva o la voluntad de las partes afectan el *negotium*, concibe a la representación como una modalidad.

“La representación - indica Levy Ullman - es la modalidad en virtud de la cual los efectos de un acto ejecutado por una persona (llamada representante) por cuenta de otra (llamada representado), se producen directa e inmediatamente en la persona del representado”⁷¹

Partiendo de que entendemos por modalidad la designación de un acontecimiento futuro especificado por las partes y de cuya realización dependen

⁷¹ Idem, p 251

los efectos del acto, se niega que la representación sea una modalidad y como tal un elemento accidental del negocio jurídico.

La representación es una parte constitutiva del negocio jurídico, participa del mismo, constituye el “ser” y no “su manera de ser”. No tiene sentido la asimilación de la representación con las otras modalidades, como el término y la condición, porque el negocio no puede ser afectado de modalidad sino cuando se han reunido sus elementos esenciales; y la representación, es parte esencial de determinados negocios sin la cual los efectos jurídicos de esos negocios serían ineficaces.

6. EFECTOS

Podemos dividir los efectos de la representación según el sujeto sobre el que recaigan en:

1. - *Efectos con relación al representado.*- Como se ha mencionado anteriormente, los efectos jurídicos de la representación recaen en la persona y patrimonio del representado. En otras palabras, cualquier mutación en el campo de lo jurídico, que sea debida a la representación, altera la esfera particular del representado, el representado absorbe todos los derechos y obligaciones que se deriven de ese negocio, le sean éstos benéficos o no perjudiciales.
2. - *Efectos con relación al representante.*- Los efectos del negocio realizado a través de la representación no alteran en manera alguna la esfera jurídica del representante. Este no adquiere los derechos ni contrae las obligaciones. Utilizando las palabras de Marcel Planiol “no adquiere derechos, por lo tanto aún cuando hubiere recibido expresas instrucciones de cuidar el cumplimiento del

contrato, no podrá por su propio derecho, actuar contra el tercero para obligarle a cumplir lo que le corresponde. Tampoco podrá, con aquél carácter, en su propio derecho, pretender la resolución del contrato o su revocación unilateralmente o de común acuerdo con el tercero, sin el concurso del representado. No se obliga, por tanto, el tercero no podrá dirigirse contra él pretendiendo el cumplimiento normal del contrato o la indemnización por daños y perjuicios".⁷²

Para el representante, la representación requiere la atribución de un derecho o interés que corresponda al representado, y que este interés sea lícito, es decir, que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico y que pueda cumplirse por un tercero que tenga capacidad de ejercicio.

3- *Efectos con relación a los terceros.*- En virtud de que el negocio se celebra a nombre y por cuenta del representado, es lógico suponer que los efectos del negocio se establezcan en forma exclusiva entre el tercero y el representado, es decir, la vinculación que un negocio jurídico impone cuando se celebra a través de la representación, solo obliga y faculta al representado frente a los terceros y a éstos frente a aquél.

En resumen, se puede afirmar que para la plena eficacia de la representación, se deben cumplir tres supuestos:

- I. El representante debe manifestar una voluntad propia, pues de lo contrario solo sería un agente material de ejecución.
- II. El representante debe tener la intención de dirigir los efectos del negocio sobre la esfera jurídica del representado, dando a conocer a los terceros con los que contrata la calidad con que actúa, por tanto, en nombre y por

⁷² PLANIOL, op cit, p. 459.

cuenta del representado. Esto es lo que los romanistas llaman *contemplatio domini*

- III. La voluntad del representante ha de actuar en virtud de una autorización conferida previamente, ya sea por ley, ya por la voluntad del propio representado.

7. CLASIFICACION

7.1 En razón de los efectos

La representación se clasifica en razón de los efectos que produce en:

7.1.1. DIRECTA

Es aquella en la que el representante realiza el acto a nombre y por cuenta del representado, de tal forma que los efectos se producen para este último, creándose una relación directa entre el representante y el tercero, toda vez que éste último conoce que el acto y negocio en el que está interviniendo lo está otorgando ante el representante, pero que en realidad los efectos del negocio recaerán en el patrimonio de otro sujeto.

Este tipo de representación es la que verdaderamente consideramos explica este fenómeno.

7.1.2. INDIRECTA

Es aquella en la que el representante realiza el acto en nombre propio, aunque por cuenta e interés de otro, de tal modo que frente al tercero, los efectos

y obligaciones se producen en el representante. Siendo que en realidad esas consecuencias se producen en el patrimonio del representado.

7.2 En razón del origen

En razón de su origen se divide en:

7.2.1. NECESARIA

Al crearse una persona moral se hace necesaria la existencia de un órgano a través del cual actúe en el mundo jurídico. Surge entonces la llamada representación necesaria o institucional que permite a las personas morales ejercitar su capacidad de obrar.

7.2.2. LEGAL

Cuando la ley legitima directamente al sujeto extraño para que éste celebre el negocio a nombre y por cuenta del sujeto de los intereses.

Dota de aptitud de ejercicio a los menores e incapacitados y es de interés público. Es consecuencia del cumplimiento de un deber impuesto por la ley.

7.2.3. VOLUNTARIA

Cuando es el propio sujeto de los intereses el que mediante un acto proveniente de su autonomía de voluntad, legitima a otro sujeto para que éste celebre a su nombre y por su cuenta el negocio en cuestión.

Tiene como fin ampliar el campo de actividad negociada del representado. Se instituye solo en interés particular de éste último y surge de la autonomía privada, sus límites son consecuencia de un acto de apoderamiento.

8. REPRESENTACION LEGAL

Fundándose la incapacidad de obrar en la ineptitud para gobernar los propios intereses, el derecho instituyó un régimen de guarda y protección para esos intereses del incapaz, Rojina Villegas afirma que “la figura de la representación legal funciona como un auxiliar de la capacidad de obrar”.⁷³

La guarda de los intereses del incapacitado para obrar está encomendada directamente a la ley, la cual por medio de la representación legal, resuelve el problema legitimando en forma directa a un sujeto extraño al negocio, para que forme parte de él y lo celebre a nombre y en interés del incapaz al cual se trata de proteger. Por tanto el incapaz puede obrar a través de alguien que actúa en su nombre, ya sea un organismo u otra persona.

La representación de los incapaces se encuentra prevista en el artículo 23 del Código Civil que en su segunda parte dispone: “...pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes”, así como en la parte relativa a la representación que se encuentra regulada en los artículos 1800, 1801 y 1802 del Código Civil.

La representación legal es aquella impuesta por la ley, cuyo origen radica en un precepto legal que faculta a una persona a obrar en la esfera jurídica de otra, y por lo tanto es de orden público y la voluntad de los particulares no puede dejarla sin efecto o modificar las disposiciones que la tutelan.

En razón de que el poder de representación le viene al representante directamente de la ley, éste obra con absoluta independencia respecto de la

⁷³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Derecho Civil Mexicano”. Tomo I. Editorial Porrúa, México 1993, p. 168.

voluntad del representado, respondiendo únicamente por el mal uso que haga de sus facultades, las cuales se encuentran determinadas en la propia ley.

En este tipo de representación el representado no participa en la regulación de sus intereses, sino que ésta se hace ajena a su voluntad y por consiguiente no puede privar al representante del poder de representación por el sólo acto de su voluntad, sino que es menester que ocurran ciertos hechos indignos, previstos por la ley para que el representante sea removido de su cargo.

Algunos autores como Gutiérrez y González hacen una subdivisión de la representación legal, diciendo que puede haber tanto representación legal de incapaces, como representación legal de capaces, la primera es la anteriormente expuesta y sobre la segunda el citado autor señala: "La representación legal de capaces, se da cuando la ley imputa obligatoriamente a un capaz, las consecuencias de un acto realizado por otra persona para evitarle un daño y fundado en la idea de solidaridad social"⁷⁴ y para ejemplificar su opinión cita la gestión de negocios y el albaceazgo.

Esta subdivisión nos parece innecesaria toda vez que la representación legal, como se ha expuesto anteriormente, es un medio que se utiliza para suplir la falta de capacidad de ciertos sujetos que se ven impedidos de participar en el mundo jurídico y no tendría razón de ser en los sujetos capaces; además, en relación con el albacea, es importante señalar, que no es un representante ni del de cujus, ni de los herederos y legatarios, sino simplemente es un sujeto que hace valer los derechos de ellos en la sucesión, es un mero ejecutor de las decisiones que sobre la masa hereditaria se tomen.

Son sujetos a representación legal en nuestro Código Civil:

⁷⁴ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, op cit , p 302

1. - Los que ejercen la patria potestad según el artículo 412 del citado ordenamiento que a la letra dice:

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

Por su parte el artículo 413 señala que:

“ARTICULO 413.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos....”

Finalmente el artículo 425 establece:

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

2. - Los tutores, ya que el artículo 449 del citado código señala:

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

Es un precepto amplio y acertado que da cabida no solamente a la representación legal de los menores de edad, sino a todo sujeto que por su falta de aptitud psicossomática es incapaz de velar por sus propios intereses.

Nuestra legislación prevé diversas causas que originan la representación y que a pesar de ser muy distintas son consideradas por algunos autores como Bernardo Pérez Fernández del Castillo,⁷⁵ una sola figura jurídica unitaria a través de la cual, un sujeto actúa en nombre y por cuenta de otro que no puede actuar por sí solo. Estas causas son la necesidad de expresar la voluntad de aquellos que tienen una capacidad de obrar limitada, la administración de un patrimonio en defensa de su titular como el caso de los ausentes e ignorados⁷⁶ y el destino de ciertos bienes como lo hace en el concurso, la quiebra y la sucesión.

Dentro de la representación legal se encuentran las figuras de la patria potestad y la tutela. Este último tema de gran importancia para el presente trabajo

8.1. Patria Potestad

8.1.1 Concepto⁷⁷

⁷⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, op cit , p 77

⁷⁶ El Código Civil señala en su artículo 654 que "Si cumplido el término de llamamiento el citado no compareciere por sí, ni por apoderado legítimo, ni por medio de tutor o de pariente que pueda representarlo, se procederá al nombramiento de representante", estableciéndole por tanto una representación legal a un sujeto que a pesar de estar ausente es capaz, asumiendo además esta figura a la del tutor al establecer en su artículo 660 que "El representante del ausente es el legítimo administrador de los bienes de éste y tiene, respecto de ellos, las mismas obligaciones, facultades y restricciones que los tutores".

⁷⁷ En el Derecho Romano la "Patria Potestas" (poder del paterfamilias sobre sus descendientes) junto con la "manus" (autoridad del marido sobre la mujer casada), el "mancipium" (autoridad de un hombre libre sobre otro hombre libre) y la "Dominica Potestas" (autoridad del amo sobre el esclavo), constituían los cuatro tipos de potestad que podía tener una persona "sui-juris" (persona autodependiente, libre de toda autoridad) sobre un apersona "alieni juris" (persona sujeta a alguno de los cuatro poderes antes enunciados).

Era considerada dicha relación como un poder absoluto en virtud de encontrarse la persona sujeta a Patria Potestad, de un estado de completa sumisión frente al que la ejercía, a tal grado de tener derecho el titular del poder, a vender, abandonar e inclusive dar muerte al que se encontraba bajo su autoridad. El ejercicio de la Patria Potestad correspondía en forma exclusiva al pater familias o jefe de familia, era un poder vitalicio, de tal manera que se encontraba sujetos a él, la totalidad de los descendientes no importando su edad o estado civil, por lo cual en caso de existir hijos de personas sujetas a Patria Potestad, estos se encontrarían bajo la potestad del abuelo. Su existencia tenía como finalidad el beneficio exclusivo del paterfamilias.

El sustantivo Patria Potestad se encuentra compuesto por dos vocablos, ambos provenientes del latín que significan respectivamente Patria de “Pater” relativo al padre, Potestad de “Potestas”, dominio.

Si originalmente esta denominación ponía de manifiesto el contenido de la institución, en los tiempos actuales resulta incorrecta, pues ya no es un poder, ni su ejercicio corresponde en forma exclusiva al padre. Sin embargo, por lo arraigada que se encuentra, consideramos sería inconveniente variarla ya que podría crear confusiones de mayor trascendencia.

El italiano Alberto Trabucchi la define con las siguientes palabras. “Es la potestad que ejercen los padres sobre sus hijos menores no emancipados”⁷⁸

Como ya antes manifestamos, actualmente no constituye un poder de los padres sobre los hijos, motivo por el cual, no consideramos correcto dicho concepto.

Marcel Planiol utiliza los siguientes términos para definirla como “..El conjunto de derechos y deberes que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales ”.⁷⁹

El paso del tiempo aunado a la influencia del cristianismo fue suavizando los efectos de la institución, para que actualmente, más que un poder, se dude inclusive que constituya un derecho su ejercicio, en virtud del giro de ciento ochenta grados que dio el interés jurídico tutelado por la Patria Potestad, pues, actualmente como ya antes expresé, tiene como finalidad proteger a la persona sujeta a ella. IGLESIAS, JUAN, Op Cit , p 500 y s s

⁷⁸ TRABUCCHI, Alberto, “Instituciones de Derecho Civil”, Traducción de Luis Martínez Calcerrada, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madrid 1967, p 96.

⁷⁹ PLANIOL, Marcel, op cit , Tomo 3, Parte A, p 255

En la anterior definición, existe entre otros un punto que consideramos inexacto, el autor habla de hijos menores, sin embargo, una persona emancipada continua siendo menor y no se encuentra sujeta a la Patria Potestad.

Castán Vázquez conceptúa la institución como "...El conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar la prole"⁸⁰

El maestro José María Castán Vázquez⁸¹ clasifica la relación naciente de la patria potestad como un derecho-deber por considerar que existen en ella dos fases: frente a terceros, establece que la relación aparece como un auténtico derecho, sin embargo, en el aspecto interno surge como un deber de los padres para con los hijos.

El porqué de la relación en su aspecto interno ha sido clasificada como un deber y no como una obligación, encuentra su razón de ser en las características especiales que esta conlleva, pues, al igual que el resto de las relaciones de tipo extrapatrimonial del derecho familiar, se le atribuyen entre otras peculiaridades su contenido no económico, su influencia religiosa y moral así como su falta de coercibilidad.⁸²

⁸⁰ CASTAN VAZQUEZ, José María, "La Patria Potestad", Editorial revista de Derecho Privado, Madrid 1960, p 9.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Para ahondar más en el tema, CHAVEZ ASENCIO, Manuel E, "El Deber Jurídico Familiar", Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm 13. Tomo I. México, 1981 p 398

8.1.2 Antecedentes

a) *Códigos Civiles De 1870 Y 1884.*- Ambas codificaciones para la reglamentación de la Patria Potestad en cuanto a las personas capaces de ejercerla, partieron de dos principios: la superioridad varonil y la unidad de autoridad

La superioridad varonil, como principio guador de la voluntad legislativa, se manifestó al otorgarse la posibilidad de ocupar en primer lugar el ejercicio de la patria potestad a los varones

El principio de la unidad de autoridad, según el cual por esencia la autoridad debe radicar en una persona.

Así, el ejercicio de la patria potestad durante la vigencia de dichos Códigos habría de corresponder en orden de preferencia al padre, a su muerte, interdicción o ausencia a la madre y así sucesivamente al abuelo paterno, al abuelo materno, a la abuela paterna y finalmente a la abuela materna, según lo dispuesto en los artículos 392 y 366 de los Códigos Civiles de 1870 y 1884, respectivamente.

b) - *Ley Sobre Relaciones Familiares.*- La reglamentación de los sujetos llamados a ejercer la patria potestad en la Ley sobre Relaciones Familiares, reflejó un cambio fundamental al atribuirse el ejercicio de éste derecho, en forma simultánea, al padre y a la madre y a los abuelos y abuelas. Así se dio fin a los dos principios que habían fundamentado la reglamentación de este punto en las codificaciones anteriores, colocando en igualdad de circunstancias al hombre y a la mujer con relación a los hijos.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 241 de la Ley sobre Relaciones Familiares, el ejercicio de la patria potestad corresponde en orden de preferencia

al padre y a la madre, al abuelo paterno y abuela paterna y finalmente al abuelo y abuela maternos.

Por lo que toca al sistema en que operaba la sustitución, el último párrafo del artículo 242 de la ley estableció que la falta de una de las personas que integran las parejas a quienes corresponde ejercer la patria potestad no priva a los sobrevivientes de tal derecho, continuando en su ejercicio el sobreviviente.

d) *Código civil vigente en 1982* - De acuerdo al artículo 414 del Código Civil tienen derecho a ejercer la patria potestad sobre los hijos de matrimonio, el padre y la madre, el abuelo y abuela paternos y el abuelo y abuela maternos. En cuanto a la forma de su ejercicio, se continuo con el sistema establecido por la Ley sobre Relaciones Familiares, debiendo ejercerse en forma conjunta, en el entendido de que la falta o impedimento de una de las dos personas que se encuentren ejerciéndola, no priva a la otra de este derecho.

8.1.3 Finalidades

En la finalidad de la patria potestad se han manifestado grandes cambios, en un principio constituía su finalidad el beneficio que de ella obtenía el jefe de la familia, es decir, el sujeto encargado de su ejercicio, sin embargo, al paso del tiempo, el beneficio se orientó al polo opuesto de la relación, siendo actualmente la persona sujeta a ella quien recibe el provecho, el cual consiste en su protección y educación. Ha sido tan radical el cambio que hay quien ha subestimado la valía de la cohesión familiar en relación con esta institución, según se desprende de una idea contenida en los considerandos de la Ley sobre Relaciones Familiares que dice:

“No siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad familiar, para funciones políticas, es ahora imprescindible la

reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole...⁸³

Consideramos que la finalidad principal de la patria potestad consiste en la protección y educación de la persona sujeta a ella, en la cual se incluye como elemento de protección al menor la unidad familiar

Tradicionalmente se ha ubicado a la patria potestad como una institución derivada del derecho familiar, colocándola así dentro del derecho civil

Por ser considerada la familia una célula primaria respecto del elemento población, el gobierno del Estado tiene especial interés en el desenvolvimiento de las relaciones que se dan en el seno de la familia, motivo por el cual, no obstante pertenecer el derecho familiar a la rama del derecho privado, da a las relaciones de tipo familiar un marcado matiz de interés público, lo cual se constata en lo establecido por el artículo 940 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece

“Art 940 - Todos los problemas, inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la Sociedad”.

8.1.4 Personas sujetas a patria potestad

Desde la vigencia del Código Civil de 1870 hasta la actual codificación, con una pequeña variante en la Ley sobre Relaciones Familiares, se han establecido como requisitos para la persona sobre la que se ejerce la patria potestad, ser menor de edad, no estar emancipado y contar con un ascendiente con derecho a ejercer sobre él éste derecho.

⁸³ “Ley sobre Relaciones Familiares”, op cit . p 17

8.1.5 Suspensión del derecho de ejercicio de la patria potestad

En virtud de que la patria potestad es una institución temporal, es decir que regula únicamente durante cierta época las relaciones paterno filiales, por ser limitado el número de personas a quienes se confiere su ejercicio, ante las características especiales que deben reunir los encargados de su ejercicio y por la consecuencia que trae aparejada el incumplimiento de algunos de los derechos que de ella emanan. Llegado el momento en que ocurre la suspensión y pérdida del derecho a ejercitarla, se suspende o extingue la institución misma

El Código Civil vigente en su artículo 447 establece algunas de las causas por las que se suspende el derecho a ejercitar la patria potestad, a saber: la incapacidad declarada judicialmente; la ausencia declarada en forma y la sentencia que imponga tal pena

Incapacidad declarada judicialmente.- Este supuesto de suspensión, del ejercicio de la patria potestad tiene su fundamento en la naturaleza personal de este derecho. Según lo dispuesto por el artículo 465 del Código Civil, al ser declarado incapaz uno de los sujetos que se encuentre encargado de ejercer la patria potestad, el derecho a ejercerla pasará al ascendiente que corresponda conforme a la ley y, a falta de quien la ejercite, se proveerá al menor de un tutor. De acuerdo al artículo 491 del mismo ordenamiento será la misma persona la que desempeñe la tutela sobre el ascendiente incapacitado y sobre aquellos que se encuentren bajo la patria potestad del incapaz.

Al igual que en la codificación vigente, en los Códigos Civiles de 1870, de 1884 y en la Ley sobre Relaciones Familiares la incapacidad declarada judicialmente era causa de suspensión del derecho a ejercitar la patria potestad con la salvedad de que esta suspensión era parcial, pues el incapacitado

continuaba disfrutando del cincuenta por ciento del usufructo de los bienes del menor.

La ausencia declarada en forma.- Como causal de suspensión del ejercicio de la patria potestad al igual que la incapacidad, encuentra su razón de ser en la naturaleza personal que entraña su ejercicio, pues aún cuando exista persona que represente al ausente, el derecho a ejercitarla se le suspenderá para corresponder al ascendiente que conforme a la ley haya de sustituirlo

La sentencia que imponga tal pena.- La tercera de las causas de suspensión de la patria potestad por los términos que en su enunciación utilizó el legislador. debe entenderse limitada a sentencias de tipo penal

También debe considerarse motivo de suspensión del ejercicio de la patria potestad para el o los cónyuges culpables, el incurrir en alguna de las causales de divorcio que en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XIV del artículo 267 del Código Civil se establecen, atento a lo dispuesto en el artículo 283 del citado ordenamiento.

8.1.6 Pérdida del derecho de ejercicio de la patria potestad

La pérdida del derecho al ejercicio de la patria potestad consiste en la extinción del derecho a ocupar tal cargo y puede ser consecuencia de un acto propio del sujeto mismo que pierde tal derecho o bien de otro de los ascendientes que son llamados a ejercerla.

Son causales de pérdida de éste derecho por un acto propio, los supuestos previstos por el artículo 444 del Código Civil o sea: la condena expresa a su pérdida ; las costumbres depravadas, malos tratamientos o el abandono de las obligaciones de quien ejerce la patria potestad sobre el menor cuando con estos actos se comprometa la integridad física o espiritual del menor; la exposición o

abandono del menor por un período mayor de seis meses y por último para los encargados de ejercerla sobre los menores nacidos de matrimonio, el colocarse en algunas de las causales de divorcio establecidas en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267 del Código Civil, al tenor de lo dispuesto por el artículo 283 del mismo ordenamiento. Debe considerarse también como causa de pérdida de la patria potestad por un acto propio, la excusa de su ejercicio cuando es hecha por razón de la edad o la salud, previstas por el artículo 448 del Código Civil.

Por último, es causa de pérdida de la patria potestad por un acto del o de los sujetos que se encuentren en su ejercicio, con el mismo efecto sobre los demás sujetos con posibilidad de ocupar el cargo, la entrega en adopción del menor, ya que según el artículo 403 del Código Civil, el único efecto extintivo de la adopción es en relación con la patria potestad y al ser requisito indispensable el consentimiento de quien la ejerza sobre el menor para llevarse a cabo la adopción, de acuerdo a la fracción primera del artículo 397 del Código Civil, el consentimiento en sentido afirmativo de quien ejerza la patria potestad para la adopción del menor, hace perder a los demás el derecho a ejercerla.

Las causas de pérdida de dicho ejercicio que son originadas por un acto no propio, son de dos tipos, pues una de ellas únicamente es posible de ser realizada por los padres y la otra por el ascendiente que se encuentre ejerciendo este derecho, bien sean los padres o alguno de los abuelos.

Es causa de pérdida del derecho a ejercer la patria potestad por un acto de los padres que a la vez hace perder este derecho a los demás ascendientes llamados por la ley, el previsto en el artículo 471 del Código Civil en relación con el 470 del mismo ordenamiento, es decir, el nombramiento de tutor testamentario hecho por el sobreviviente de los padres para el hijo sobre el que ejerza la Patria Potestad

8.1.7 Extinción de la patria potestad

Bajo este rubro se enmarca la extinción de la institución en relación al menor sujeto a ella

En el artículo 443 del Código Civil se enumeran en forma expresa tres modos de extinción de la patria potestad, dos de ellos en relación con la persona sujeta a ella, la emancipación y la mayoría de edad, a las cuales agregaríamos el fallecimiento del menor. La tercer causa extintiva de la patria potestad enunciada por el legislador es la muerte de quien la ejerza si no hay otra persona de las llamadas por la ley con derecho a ejercerla

También debe considerarse causa de extinción, el nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre sobreviviente para su menor hijo, pues dicho acto no solo extingue el derecho del resto de los ascendientes con posibilidad de ejercerla, sino también tiene como consecuencia la extinción de la patria potestad.

9. REPRESENTACION VOLUNTARIA

Como hemos mencionado anteriormente, los sujetos, con base en la autonomía de la voluntad, pueden regular sus propios intereses dentro de los límites que le son impuestos por el orden jurídico. La normatividad permite que los sujetos con plena capacidad legitimen, directamente y mediante la representación a otro sujeto para que en su nombre y por su cuenta celebre uno o varios negocios jurídicos

Por tanto, la libre voluntad del representado designa a la persona que ha de representarle y las facultades que por él podrá ejercer.

La primera consecuencia de lo anterior es que, en vista de que la regulación de los intereses la hace el propio interesado legitimando a un sujeto para que celebre un negocio de acuerdo a sus deseos e instrucciones, supone, en palabras del maestro Castán Tobeñas, “necesariamente la capacidad del representado, y su finalidad es ensanchar la esfera de acción de éste, superando los obstáculos que de hecho le impone la limitación física de hombre”.⁸⁴ Considerando que esa capacidad debe tomarse en cuenta únicamente al acto por el que se confiere el encargo más no al ejercicio del mismo

Otra consecuencia de la representación voluntaria, es que se crea un vínculo jurídico entre el representante y el representado, en virtud del cual, el primero, aceptando las facultades que se le confieren, se obliga para con el segundo a celebrar un negocio a nombre y por cuenta del sujeto sobre cuyos intereses van a repercutir los efectos de dicho negocio.

Nuestro Código Civil establece únicamente lineamientos generales en torno a esta representación al señalar:

“ARTICULO 1800.- El hábil para contratar, puede hacerlo por sí o por medio de otro legalmente autorizado”;

“ARTICULO 1801.- Ninguno puede contrata a nombre de otro sin estar autorizado por él o por la ley”;

“ARTICULO 1802.- Los contratos celebrados a nombre de otro por quien no sea su legítimo representante, serán nulos, a no ser que la persona a cuyo nombre fueron celebrados los ratifique antes de que se retracten por la otra parte, la

⁸⁴ CASTAN TOBEÑAS, José, “Derecho Civil Español. Común y Foral”, Tomo I. Madrid 1952, p 579.

ratificación debe ser hecha con las mismas formalidades que para el contrato exige la ley. Si no se obtiene la ratificación, el contratante tendrá derecho de exigir daños y perjuicios a quien indebidamente contrató.”

Dentro de las formas de representación voluntaria podemos encontrar entre otros a los contratos de mandato, de comisión y al poder.

9.1 Poder

9.1.1. Concepto

“El poder es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. Es una de las formas de representación, puede tener como fuente la ley o la voluntad del sujeto llamado dominus, mediante un acto unilateral”⁸⁵

⁸⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, op cit . p 22

Por poder podemos entender desde el punto de vista formal, el documento a través del cual se acredita la representación con que se ostenta un sujeto en relación con otro, también puede entenderse como el acto por el cual se faculta a una persona para que actúe en nombre y por cuenta de otro sujeto, es decir, para que la represente frente a terceros; y finalmente se entiende como la institución que permite la representación ya sea legal o voluntaria.

Para Luis Díez Picazo “En virtud del negocio jurídico del otorgamiento de la representación se coloca al representante en una situación que le faculta para actuar en nombre, por cuenta o con influencia en la esfera jurídica ajena”⁸⁶

El poder es un acto o negocio unilateral que deriva de la voluntad y del consentimiento del representado y al cual le es ajena, para su perfección, la voluntad y el consentimiento del apoderado, por tanto la aceptación o el rechazo del poder hecho por el representante, en nada influye este negocio.

Por ser una declaración unilateral de la voluntad recepticia, como lo llama Pérez Fernández del Castillo ⁸⁷, normalmente se le relaciona con el contrato de mandato, sin embargo también puede estar unida a cualquier otra institución como lo son el contrato de prestación de servicios, el fideicomiso y la sociedad, entre otros

“En un mundo jurídico regido en el principio de autonomía privada o autonomía de la voluntad, constituyen sin ningún género de duda la regla general. Sólo hay representación si el representado o principal así lo han querido. La representación es obra de la voluntad del representado, que es quien, mediante un

⁸⁶ DIEZ PICAZO, Luis. “La representación en el Derecho Privado”. Madrid Civitas 1979, p 125

⁸⁷ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, op cit , p 22

acto de su voluntad, crea la situación respectiva y quien establece el ámbito o cuadro de los poderes del representante.

La voluntad del principal es, por regla general, el origen de la representación y la fuerza de configuración de los poderes de representación.”⁸⁸

Por otra parte, Barrera Graff señala que “el poder es un acto o manifestación de voluntad de una persona que concede facultades a otra para que la represente”⁸⁹

El apoderamiento no es un fin en sí mismo, sino que más bien, es un medio que permite actualizar la representación. Para el citado Pérez Fernández del Castillo el poder “es un “negocio” abstracto, por no referirse a casos concretos; autónomo, porque puede existir en forma independiente de cualquier otro negocio, pero para su aplicación requiere de la unión con otro negocio que exprese el alcance de la representación, tal como mandato, prestación de servicios, un fideicomiso, un condominio, una sociedad, etc”.⁹⁰

9.1.2. Clasificación

Los poderes se clasifican en especiales y generales:

Poderes especiales

Son aquellos a través de los cuales se encomienda a uno o varios sujetos la realización de un asunto concreto que recaerá sobre un bien o un interés determinado.

⁸⁸ Ibidem

⁸⁹ BARRERA GRAFF, Manuel. “La representación voluntaria en el Derecho Privado”, Editorial Instituto de Derecho Comparado, Mexico, 1987. Pág 52

⁹⁰ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, José. Op Cit . Pág 24

Un poder puede ser especial en cuanto al objeto o en cuanto a las facultades que se confieren.

Poderes Generales

Son aquellos por medio de los cuales se faculta a uno o varios sujetos para la realización de actos jurídicos de diversa naturaleza que afectan los bienes e intereses del representado

Así el Código Civil establece en su artículo 2553

ARTICULO 2553 - "El mandato puede ser general o especial. Son generales los contenidos en los tres primeros párrafos del artículo 2554 Cualquiera otro mandato tendrá el carácter de especial."

Actualmente en nuestro sistema jurídico existen tres clases de poderes generales: para pleitos y cobranzas, para actos de administración y para actos de dominio.

El apoderado general con facultades de dominio tiene todos los derechos de dueño, está autorizado para ejercer actos de administración y además para llevar a cabo actos que en la práctica y en la doctrina se denominan de "riguroso dominio"

Por actos de dominio se entiende aquellos actos de disposición que modifican o extinguen un derecho subjetivo. Son actos de dominio la enajenación o gravamen de bienes, por que estos extinguen o modifican el derecho que el dueño ejerce sobre ellos.

La noción de actos de administración se determina en contraste con los actos de dominio, pudiendo considerar como tales el recibir y hacer pagos,

cancelar hipotecas una vez recibido el pago de la obligación principal, dar bienes en arrendamiento por menos de cinco años, entre otros.

El poder para pleitos y cobranzas hace referencia al ejercicio de facultades encaminadas a la intervención del representante en cuestiones procesales y de cobranza, en la que no se dispone del patrimonio del representado.

Por su parte, el artículo 2554 establece:

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

En los poderes generales para administrar bienes, bastará expresar que se dan con ese carácter para que el apoderado tenga las facultades de dueño, tanto en lo relativo a los bienes, como para hacer toda clase de gestiones, a fin de defenderlos.

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

La distinción entre estos diferentes actos radica en las facultades que se otorgan en relación con el tipo de patrimonio que se afectará con los actos que el representante realice. De una manera general, por administrar se entiende la gestión de un patrimonio. Sin embargo, la gestión denota, según el destino de los bienes administrados, puede comprender actos de disposición.

Siguiendo un criterio económico el acto de administración se dirige a la obtención de productos de los bienes administrados, mientras que el acto de dominio, es el que se realiza disponiendo del capital.

Tipos de patrimonio

Los patrimonios pueden clasificarse en tres:

Patrimonio de derecho común - Es aquel destinado a permanecer en poder de su titular, que es esencialmente estable y sobre el cual un acto de administración busca su incremento y un acto de dominio implica su pérdida o detrimento.

Patrimonio de explotación - Es el patrimonio denominado por Bonnecase como el patrimonio de especulación y que constituye “un conjunto de bienes considerados en su valor más bien que en su individualidad y esencialmente destinados, bajo su imperio de la noción de circulación de las riquezas, a ser reemplazados por otros considerados eventualmente como más ventajosos. El patrimonio de un comerciante representa el tipo de patrimonio de especulación”.⁹¹

Sobre este tipo de patrimonio, un acto de administración implica una simple gestión, mientras que un acto de disposición puede, según el caso, implicar la *simple administración* como en el caso del patrimonio de un comerciante, o puede implicar un detrimento en el patrimonio como sería la venta de algún activo fijo de una sociedad.

Patrimonio de liquidación - Este patrimonio tiene como finalidad el ser enajenado, generalmente para cubrir las deudas contraídas con los acreedores. En este tipo de patrimonio los actos de dominio se convierten en una mera gestión que llevará a cumplir el fin para el que estaba destinado ese conjunto de bienes.

⁹¹ BONNECASE. Juhen, op cit , p 668

9.1.3. Terminación

El poder ligado a una representación necesaria se extingue al terminarse la sociedad que lo hacía necesario, al separarse del cargo el sujeto que la ejercitaba y al nombrarse un sustituto de éste.

En los poderes ligados a una representación voluntaria se extinguen al cumplirse las hipótesis establecida en el artículo 2595 del Código Civil revocación, renuncia del mandatario, muerte o interdicción del representante o del representado, vencimiento del plazo o la conclusión del negocio para el que fueron concedidos y por la declaración de ausencia en los términos señalados en el propio Código Civil.

9.2. Mandato

9.2.1. Concepto

El Código Civil del Distrito Federal en el Artículo 2546 define al contrato de mandato como aquel contrato “por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga”.

Por su naturaleza el contrato de mandato implica la relación de las partes con los terceros, ya sea de forma directa como es el caso del mandatario que manifiesta personalmente su voluntad, o el mandante en cuyo patrimonio recaen las consecuencias del negocio que contrata el mandatario.⁹²

⁹² SANCHEZ MEDAL, Ramón. “De los Contratos Civiles”. Editorial Porrúa. México 1994, p 293 y s s

9.2.2. Clasificación

Es un contrato principal cuya existencia no depende de ningún otro acto jurídico previo, ya que tiene autonomía jurídica propia, a pesar de que puede ser excepcionalmente accesorio, cuando se otorga como irrevocable para cumplir una obligación contraída con anterioridad o cuando es condición de un contrato bilateral.

Es bilateral ya que los derechos y las obligaciones que surgen de él son recíprocos, para el mandante la remuneración al mandatario, y para el mandatario ejecutar los actos a él encomendados,

Es oneroso por naturaleza, sin embargo se puede pactar su gratuidad. El artículo 2549 C C señala que: "Solamente será gratuito del mandato cuando así se haya convenido expresamente,

Es consensual en oposición a real, ya que no requiere de un principio de ejecución para perfeccionarse,

Es consensual en cuanto a la forma, siempre que el negocio no exceda de doscientos pesos, pero necesita ser ratificado por escrito antes de que concluya el negocio. Cuando en negocio excede los doscientos pesos pero no llega a cinco mil, puede otorgarse en escrito privado ante dos testigos sin necesidad de ratificar las firmas (carta poder). Debe otorgarse en escritura pública, o en carta poder firmada ante dos testigos y ratificadas las firmas ante notario, juez o autoridad administrativa, cuando sea un mandato general, cuando la cuantía del negocio sea mayor a cinco mil pesos y cuando en el ejercicio del mandato, el mandatario haya de celebrar un acto que deba constar en escritura pública.

Es Intuitu personae para ambas partes, ya que se otorga en atención a las cualidades y habilidades personales del mandatario y se acepta en virtud de la confianza que se tiene al mandante; y

Es especial toda vez que se refiere únicamente a actos jurídicos excluyendo por tanto los actos materiales (art. 2546 C. C.).

9.2.3. Distinción entre poder y mandato

- 1 - El mandato es un contrato y el poder es una declaración unilateral de la voluntad
2. - En el mandato se crea una relación jurídica directa e inmediata entre el mandante y el mandatario, en tanto que en el poder sólo existirá ésta si el apoderado ejercita el poder ante terceros.
3. - El mandato puede o no ser representativo, mientras que el poder que se ejercita siempre lo es

Por otra parte se distingue el mandato de la representación, toda vez que el primero es el contrato a través del cual el mandante y el mandatario convienen en la realización por el mandatario, de ciertos actos jurídicos por cuenta de aquel y el segundo es la facultad que adquiere el mandatario para celebrar el negocio en su propio nombre en ejercicio del mandato. Así el mandato puede o no ser representativo.

Debe tenerse muy en cuenta que la representación voluntaria puede evidenciarse a través del contrato de mandato, el cual puede existir sin que para ello sea necesaria la existencia de la representación.

9.2.4. Modalidades de la representación

Puede decirse que en torno a la idea de representación voluntaria pueden darse tres diferentes situaciones:

a) Mandato con representación.- En este caso el sujeto que concluya el negocio es a la vez mandatario y representante, entonces como representante está facultado para obrar a nombre y por cuenta del representado-mandante, y como mandatario tiene la obligación de obrar por cuenta y a nombre de aquel por quien se obligó. Esta situación es, según mi parecer, el prototipo ideal de la representación voluntaria y más aún, la única en la que puede darse en toda su integridad este tipo de representación, ya que se establece una verdadera relación de carácter jurídico entre el mandante y el tercero con quien trata el mandatario

b) Mandato sin representación.- En este caso el mandatario celebra a su nombre, con el tercero un negocio jurídico, para que posteriormente y en virtud del vínculo contractual del mandato celebrado entre mandante y mandatario, los efectos jurídicos de ese negocio repercutan en el patrimonio del mandante, aunque a los ojos del tercero recaen en el patrimonio del mandatario que actúa en nombre propio.

Esta situación se traduce en el contenido del artículo 2560 del C.C. vigente: “El mandatario, salvo convenio celebrado entre él y el mandante, podrá desempeñar el mandato tratando en su propio nombre o en el del mandante”.

Como se puede observar, esta figura implica dos tipos de relaciones jurídicas que desvirtúan completamente el concepto adoptado de representación. En primer lugar, la que se refiere al mandatario y a los terceros, la cual queda perfectamente delimitada por el artículo 2561 del C.C., que dice: “Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las

personas con quienes el mandatario ha contratado, ni estas tampoco contra el mandante”. En segundo lugar la relación entre mandante y mandatario que se rige por las normas del Código Civil independientemente de la relación que exista con el tercero

En este caso, el mandatario es el obligado directamente, a favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuere suyo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre el mandante y el mandatario. Lo que quiere decir que, el mandatario realiza el negocio en su propio nombre y los efectos recaen directamente en su patrimonio y sólo por medio de una segunda relación jurídica, es decir, de la establecida entre el mandante y el mandatario, los efectos de ese negocio van a alterar el ámbito jurídico del mandante, según lo dispuesto por el artículo 2570 del Código Civil: “El mandatario tiene obligación de entregar al mandante todo lo que haya recibido en virtud del poder”.

No consideramos inútil insistir en la diferencia entre el poder de representación y la representación misma, pues por un lamentable error de técnica, el artículo anterior confunde el poder con el contrato de mandato, en éste caso, sin representación. Figuras que aunque no son completamente extrañas entre sí, tienen diferentes campos de actuación perfectamente delimitados. Es decir, la primera como elemento esencial de la representación y la segunda como estructura formal de la representación voluntaria, tratándose del mandato representativo

c) *Representación sin mandato*.- Esta figura algunos autores, Josserrand⁹³ entre ellos, la han incluido dentro del campo de acción de la representación voluntaria,

⁹³ JOSSERAND. Louis, “Derecho Civil”, versión en español revisada y completada por Broun, España 1951, 2 tomos en 5 volúmenes

dado que la representación voluntaria se “manifiesta” a través del contrato de mandato representativo o a través de la figura del poder.

Por otra parte existe la teoría, sostenida casi en su totalidad por autores franceses, de que puede darse la figura de la representación sin poder ni mandato y en su apoyo señalan el caso de la gestión de negocios ajenos.

Ahora bien, es cierto que el representante puede obrar sin autorización del representado, pero es también real que es necesaria la autorización para que los efectos de ese negocio sean eficaces dentro del ámbito jurídico del representado. Así también los efectos que produce la celebración del negocio están condicionados a la ratificación del representado. Más aún si el tercero de buena fe confía en la existencia del poder de representación, el representante que conocía o debía conocer su falta de autorización responde al tercero de los perjuicios que le ocasionare con sus actos ultra vires.

Atento a lo anterior, consideramos que cuando no existe facultamiento para la representación no se puede configurar la teoría de la representación en el negocio jurídico celebrado con tales características, ya que, se desvirtúan dos de los principales postulados de ésta, a saber

- a) Al condicionar la eficacia jurídica del negocio a la ratificación del interesado no se está otorgando una autorización “a posteriori”, sino que, se está haciendo una asunción de los actos realizados por una persona extraña al negocio y;
- b) Las relaciones que se establecen en virtud de la celebración del negocio son entre el representante y el tercero directamente y sólo con posterioridad y mediante la realización de otro acto, la ratificación, pueden relacionarse el representado y el tercero.

9.2.5. Requisitos de existencia

En cuanto a los requisitos de existencia, es decir, al objeto y al consentimiento, podemos decir que el mandato sólo puede tener como objeto actos jurídicos siempre y cuando estos sean lícitos, así el Código Civil establece:

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

“ARTICULO 2548.- Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado”.

En cuanto al consentimiento no es necesario que se manifieste el acuerdo de voluntades en el mismo documento, ya que la aceptación del mismo por el mandatario puede ser posterior:

“ARTICULO 2547: El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. El mandato que implica el ejercicio de una profesión se presume aceptado cuando es conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de su profesión, por el sólo hecho de que no lo rehusen dentro de los tres días siguientes. La aceptación puede ser expresa o tácita. Aceptación tácita es todo acto en ejecución de un mandato”

9.2.6. Requisitos de validez

-Capacidad del mandante.- Para la celebración del contrato de mandato el mandante requiere capacidad general de contratación, es decir, ser mayor de edad

y no estar en ninguna de las hipótesis establecidas en la fracción II del artículo 450 del C.C.

-Capacidad del mandatario.- También requiere capacidad general para contratar y especial según el acto de que se trate. Asimismo debe estar legitimado para afectar los bienes objeto del contrato.

-Forma.- En general, existen dos formas diversas para otorgar el mandato: la forma verbal y la forma escrita. La primera es una forma imperfecta provisional, que tiene efecto cuando el interés del negocio no exceda de doscientos pesos, siempre y cuando se ratifique por escrito. La forma definitiva es por escrito.

El mandato verbal es el otorgado de palabra entre presentes, hayan o no intervenido testigos, pero debe ratificarse por escrito antes de que concluya el negocio que le dio origen, y siempre y cuando el negocio para el cual se otorgó no exceda de cincuenta veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

Nuestro Código Civil admite cuatro posibilidades para dar forma al contrato de mandato escrito:

- 1.- La escritura pública que consiste en un instrumento firmado ante notario.
- 2.- La carta poder con ratificación de firmas, que puede ser hecha ante notario, ante juez de Primera Instancia, jueces menores o de paz o ante funcionarios administrativos, cuando el mandato se otorgue para asuntos administrativos.

En los dos casos anteriores deberá otorgarse según esos requisitos, cuando se refiera a un mandato general, cuando el interés del negocio para el que se confiera sea superior al equivalente a mil veces el salario mínimo general vigente

en el Distrito Federal al momento de otorgarse, y cuando en virtud de él haya de otorgar el mandatario, a nombre del mandante, algún acto que conforme a la ley debe constar en instrumento público.

3 - La carta poder otorgada ante dos testigos, sin ratificación de firmas, cuando el interés del negocio para el que se otorgó no exceda de mil veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de otorgarse.

4.- Mandato judicial por escrito presentado ante el juez que conoce del negocio y ratificado en presencia judicial con la intervención de testigos para el caso de que el juez no conozca al mandante.

En cuanto al mandato judicial el código civil establece:

“ARTICULO 2586.- El mandato judicial será otorgado en escritura pública o en escrito presentado y ratificado por el otorgante ante el juez de los autos. Si el juez no conoce al otorgante, exigirá testigos de identificación.

La sustitución del mandato se hará en la misma forma que su otorgamiento.”

La sanción por falta de forma acarrea la nulidad relativa, pero hay una excepción: cuando el mandante, el mandatario y el tercero con el que se contrató proceden de mala fe, ninguno puede oponer la excepción de nulidad.

9.2.7. Obligaciones del mandatario

La primera obligación del mandatario es ejecutar los actos jurídicos que se le encomendaron personalmente, ya que es un contrato intuitu personae y por cuenta o en representación del mandante, salvo las excepciones del mandato sin

representación señalado anteriormente y excepto cuando se le hayan conferido facultades para substituir o delegar el mandato.⁹⁴

La segunda obligación del mandatario consiste en sujetarse a las instrucciones recibidas del mandante. Si por el contrario no se constriñe a ellas, los actos ejecutados son válidos en cuanto al tercero, pero imponen responsabilidad al mandatario, quien deberá pagar daños y perjuicios, además de que quedará a opción del mandante ratificar estos actos ultra vires o dejarlos a cargo del mandatario.

Cuando el mandatario no hubiese recibido instrucciones expresas para ejecutar el mandato, deberá consultar con el mandante, siempre que la naturaleza del asunto lo permita. Si fuere imposible consultar con el mandante, hará lo que la prudencia le dicte y actuará en el negocio como si fuera propio, haciéndose responsable de la culpa en concreto.

En caso de que un acontecimiento imprevisto hiciere perjudicial para el mandante el cumplimiento de las instrucciones recibidas, deberá el mandatario suspender la ejecución del mandato y dar noticia al mandante, por el medio más rápido posible.

La tercera obligación consiste en informar y tener al tanto al mandante de la ejecución del mandato y de su terminación.

Por último, el mandatario está obligado a rendir cuentas a su mandante, y a entregarle el saldo de su gestión, además de que debe entregar todo lo que haya

⁹⁴ La substitución del mandato puede ser conferida ampliamente o bien, en forma restringida según tenga facultades para designar la persona del substituto o la substitución recaiga sobre la persona señalada por el mandante.

En la substitución del mandato, el primitivo mandatario sale de la relación anteriormente establecida con el mandante, y el nuevo mandatario inicia sus relaciones directamente con el mandante. La delegación del mandato consiste en que el mandatario, haciendo uso de las facultades que se le confirieron, otorga un nuevo mandato en favor de otra persona convirtiéndose en mandante respecto del nuevo mandato.

recibido en ejercicio del poder. El destino que en provecho propio hiciere el mandatario de lo que recibió para el ejercicio del mandato, además de hacerlo responsable de un delito, le genera la obligación de pagar al mandante intereses de lo retenido desde la fecha de la constitución de la mora.

El mandatario tiene derecho a retener lo que hubiere recibido para garantizar el reembolso de las indemnizaciones que le correspondieran. Cabe señalar que el Código Civil prohíbe al mandatario adquirir los bienes objeto de su administración (art. 2280 C.C.)

9.2.8. Obligaciones del mandante

La primera es anticipar al mandatario los fondos necesarios para la ejecución del mandato, pero si el mandante no hubiera hecho provisión de fondos y el mandatario hubiere efectuado los gastos por su cuenta, el mandante deberá reembolsar al mandatario los gastos con sus intereses legales a partir de la fecha del anticipo, aun cuando el negocio objeto del mandato no haya tenido buen éxito, sin culpa del mandatario.

La segunda obligación consiste en que el mandante debe indemnizar al mandatario de los daños y perjuicios que hubiere sufrido en la ejecución del mandato, siempre que el mandatario no tenga la culpa ni haya sido imprudente en el desempeño del mandato.

Por último, el mandante debe pagar al mandatario la remuneración convenida, ya que como lo establece el artículo 2549 del C.C.:

“ARTICULO 2549.- Solamente será gratuito el mandato cuando así se haya convenido expresamente”.

En caso de que no se hubiere convenido un monto, se sujetará la determinación del mismo a juicio de peritos.

9.2.9. Pluralidad de mandantes y mandatarios

a) Pluralidad de mandatarios.

Si una persona designa varios mandatarios para la atención de un solo asunto, puede quedar obligado con ellos de dos formas: mancomunadamente o solidariamente.

En nuestro Código Civil esta obligación es únicamente mancomunada, ya que establece en su artículo 2573.

“ARTICULO 2573.- Si se confiere un mandato a diversas personas respecto de un mismo negocio, aunque sea en un solo acto, no quedarán solidariamente obligados si no se convino expresamente”.

b) Pluralidad de mandantes.

En el supuesto de que diversas personas otorguen un mandato a una sola persona, la ley establece la solidaridad como forma de obligarse al señalar el artículo 2580 del Código Civil:

“ARTICULO 2580.- Si muchas personas hubiesen nombrado a un solo mandatario para algún negocio, le quedan obligadas solidariamente para todos efectos del mandato”.

9.2.10. Sustitución

El contrato de mandato es intuitu personae y por lo tanto debe ejercitarse personalmente por el mandatario, sin embargo puede sustituirse total o parcialmente cuando haya autorizado expresamente el mandante (art. 2574.C.C.).

La sustitución puede establecerse por el propio mandante o por el mandatario, en este último caso, el sustituido es responsable de los actos del mandatario sustituto cuando el elegido sea de mala fe o se halle en notoria insolvencia (art. 2575 C C)

“Artículo 2576.- En la sustitución, el mandatario sustituto adquiere los derechos y obligaciones del sustituido, quien pierde sus facultades al subrogarse en ellos el nuevo mandatario.”

9.2.11. Terminación

a) Revocación

El artículo 2595 del Código Civil establece en su fracción primera la revocación como una de las formas de terminación del mandato, cuya razón es como ya lo hemos señalado anteriormente, el hecho de que es contrato intuitu personae que se basa por tanto en la fides de los contratantes.

El mandato otorgado para tratar con personas determinadas uno o varios negocios, se revoca mediante la notificación hecha al madatario de forma indubitable de la revocación, de modo que debe dejar de ejercitarlo al momento en que se hace sabedor de la misma, salvo que el mandato hubiere sido conferido como irrevocable.

En relación con la revocación los artículos 2597 y 2598 dicen:

“ARTICULO 2597 - Cuando se ha dado un mandato, para tratar con determinada persona, el mandante deberá notificar a ésta la revocación del mandato, so pena de quedar obligado por los actos del mandatario ejecutados después de la revocación, siempre que haya habido buena fe de parte de esa persona”.

“ARTICULO 2598.- El mandante puede exigir la devolución del instrumento o escrito en que consta el mandato, y todos los documentos relativos al negocio o negocios que tuvo a cargo el mandatario. El mandante que descuide exigir los documentos que acrediten los poderes del mandatario, responde de los daños que puedan resultar por esa causa a terceros de buena fe.”

De tal modo que el mandante que revoca el mandato, debe de notificar no sólo al mandatario, sino también a los terceros y debe recoger los instrumentos en los que consta tal contrato con el fin de asegurar el no ejercicio de éste, ya que los actos realizados con posterioridad a la revocación serán nulos.

El nombrar un nuevo mandatario para el ejercicio del mismo asunto, implica la revocación del mandato otorgado con anterioridad, desde el momento en que el mandatario primeramente nombrado tenga conocimiento de tal situación mediante una notificación.

b) Renuncia del mandatario

Por las mismas razones por las cuales el mandato es revocable, lo es renunciable para el mandatario, sin embargo este último tiene la obligación de seguir en el ejercicio del negocio a él encomendado hasta en tanto no provea el mandante a otra persona para que continúe con el negocio, si es que su renuncia implica un perjuicio para el mandante.

Por tanto, la regla general es que el mandato es revocable debido a su carácter intuitu personae, que permite al mandante revocarlo en caso de que el mandatario deje de tener las cualidades que en el buscaba o simplemente por que deje de tenerle confianza y por tanto considere conveniente, que no continúe representándolo. Por las mismas razones creemos que el mandatario puede renunciar al mandato y por tanto dejar de ejercerlo.

La revocación y la renuncia en el mandato, a diferencia de lo que sucede en otros contratos en que se les considera un acuerdo de voluntades, son una declaración unilateral de voluntad del mandante que da por terminado el contrato en el primer caso y del mandatario en los casos de la renuncia.

El artículo 2596 establece que:

“ARTICULO 2596 - El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca, menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiera estipulado como una condición en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar al poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause”.

c) Muerte del mandante o del mandatario

La causa principal por la que el mandato termina en caso de que muera alguna de las partes en el contrato es que no puede existir representación de un muerto, además de que, como he mencionado reiteradamente, el mandato es un contrato intuitu personae. Sin embargo, en caso de que muriese el mandante, el mandatario debe continuar en la administración de lo que le fue encargado, mientras los herederos pueden encargarse de ella o nombran a alguien que lo haga.

En el caso de la muerte del mandatario, los herederos tienen la obligación de dar aviso al mandante y de practicar los actos necesarios para evitarle perjuicios a este último.

d) Interdicción del mandante o del mandatario

En un principio debemos señalar que el mandato termina por causa de incapacidad, primeramente del mandatario por que, si la representación implica actuar en nombre y por cuenta de un sujeto, el que emite la voluntad debe ser capaz de obligar a un tercero, y si no puede obligarse a sí mismo, con mayor razón no puede obligar a otro sujeto.

Ahora bien, consideramos que si es posible la representación de incapaces a través de la figura del tutor, no existe razón para opinar que la figura del mandato se extinga por la incapacidad del mandante, si éste al ser capaz y en ejercicio de su autonomía de la voluntad, emite su voluntad en el sentido de que si llegase a ser incapaz el mandato subsista, no existe inconveniente en que lo haga, con los matices que mas adelante haremos.

e) Vencimiento del plazo o realización de la condición resolutoria

Es muy claro que si en el mandato se establece un plazo de vigencia, llegado éste se termine el contrato. Igualmente si está sujeto a una condición resolutoria, realizada ésta, el contrato de mandato se termina.

CAPITULO IV

DE LA TUTELA

1. CONCEPTO

Entre los diversos sistemas de protección de aquellos sujetos que carecen de la facultad de obligarse por sí mismos se encuentra la tutela.⁹⁵

“La palabra tutela procede del verbo latino TUEOR que quiere decir defender, proteger. 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 “⁹⁶

Bonecasse señala que la tutela “...es un organismo de representación de los incapaces, que se aplica tanto en materia de minoridad, como en caso de interdicción. En otros términos, se sustituye a la patria potestad íntegra, por lo

⁹⁵ Se pueden señalar en la legislación comparada tres sistemas de guarda jurídica de los incapaces: a) La tutela familiar.- En ella intervienen el tutor y protutor, completados por el consejo de familia; órganos todos elegidos entre familiares del pupilo. Este sistema es el aceptado en España, Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Portugal y Rumania. Se han añadido nuevas modalidades de protección a los menores como la "afiliación" en Italia y el sistema de curadores especial de los huérfanos en Portugal. b) La tutela de autoridad - Confiada a autoridades judiciales y administrativas, organizándose judicialmente y correspondiendo su fiscalización a los Tribunales Tutelares. Este sistema es el aceptado por Alemania, Brasil, Estados Unidos, Holanda e Inglaterra, entre otros. c) La tutela mixta - De organización familiar y de autoridad, sistema aceptado por Argentina, México, Chile y Hungría entre otros. BELLMONT Y MORA, José y otros, "Anuario de la Escuela Judicial", Tomo XI. Madrid, España, 1974, p. 254

⁹⁶ GALINDO GARFIAS, op cit, p 1993.

menos, respecto a los hijos legítimos, cuando el padre o la madre han muerto, y también en otros casos especiales, como en los de pérdida de la patria potestad, también se aplica cuando se trata de un incapaz sujeto a interdicción judicial o a interdicción legal".⁹⁷

Autores como don Niceto Alcalá Zamora sostienen que la tutela es una institución jurídica supletoria de la patria potestad que comprende no solo el ámbito del Derecho Privado⁹⁸

Por su parte, Rafael De Pina señala 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 suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismos, para regir en fin su actividad jurídica. Es por lo tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito del derecho de familia."⁹⁹

Consideramos, que en términos generales la tutela es una institución de derecho de familia, consecuentemente de orden público y por lo tanto no se pueden modificar las disposiciones relativas a ella. Sin embargo, dentro de la tutela existen dos aspectos a considerar: los extra patrimoniales y los patrimoniales.

Dentro del aspecto extra patrimonial en la tutela, encontramos a la persona del incapacitado. En este sentido, no pueden ser objeto de modificación alguna las disposiciones que a ella se refieran.

⁹⁷ BONNECASE, Julien, op cit , p 189 y 190

⁹⁸ ALCALA ZAMORA Y TORRES, Niceto, "Ensayo sobre la tutela", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, enero a marzo de 1974, núm 3, p 41

⁹⁹ DE PINA, Rafael, op cit., p. 383

En cuanto al aspecto patrimonial, es decir, en lo relativo a los bienes del menor, consideramos que no hay ninguna razón jurídica para señalar que sus disposiciones no pueden modificarse.

El maestro Ibarrola¹⁰⁰ señala que la tutela es un poder protector, cuyo origen no está en la naturaleza sino en la ley que la establece para suplir la incapacidad de los menores a quienes falta la protección de la patria potestad y de los incapacitados en general. El ejercicio de este poder es un mandato legal, una investidura civil, un cargo que la ley impone.

2. OBJETO

El Código Civil establece que la tutela cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Es decir, en términos generales, la tutela tiene por objeto proteger y representar a los incapaces que por su edad o por ciertas circunstancias no lo pueden hacer por sí mismos.

Cuando la tutela se ejerce sobre menores de edad no incapacitados su objeto principal es la educación y cuando lo hace sobre mayores de edad incapaces es más bien la protección

La tutela y la patria potestad son figuras jurídicas cuyo fin primordial es la protección y el cuidado de los incapaces y por lo tanto son cargos de interés público y no puede negarse su ejercicio sin causa justificada.

Según el Código Civil, aquel que se niegue a desempeñar el cargo de tutor, sin causa legal, es responsable de los daños y perjuicios que cause:

¹⁰⁰ DE IBARROLA, Antonio, op cit . p 447

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

“Artículo 453.- El 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.”

A diferencia de la patria potestad, la tutela no tiene como base un vínculo de filiación, se ejerce en virtud de que la ley establece que ante la imposibilidad de actuar por sí mismo de un menor o mayor incapacitado y a falta de una persona que ejerza la patria potestad, la tutela es la figura jurídica por la cual se va a representar y como hemos mencionado a proteger y cuidar de ellos.

Manuel Mateos Alarcón, señala que “la interdicción puede definirse diciendo que es el estado de una persona que, careciendo de las aptitudes para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, ha sido declarada incapaz por sentencia judicial, y sometida, en consecuencia, a la guarda y autoridad de un tutor que la representa legalmente en los actos de su vida civil”¹⁰¹

Por lo tanto, para este autor, la tutela es una figura jurídica a través de la cual se representa legalmente a los incapaces en su vida civil, consideración con la que no estamos totalmente de acuerdo, ya que si bien la tutela es una institución de representación, no siempre los actos que se realizan tienen que ver con la vida civil del incapaz, pues esta figura tiene su justificación principal en el cuidado y educación de los incapaces y no sólo se refiere a las cuestiones de carácter civil en las que se ve involucrado.

¹⁰¹ MATEOS ALARCON, Manuel. "Lecciones de Derecho Civil", Editorial Porrúa, México 1985, Tomo I, p 303

3. CARACTERISTICAS

Las principales características de la tutela son las siguientes:

- 1- *Es una institución jurídica*, por que está constituida por un conjunto de normas establecidas armónicamente, que persiguen como finalidad la protección de los incapaces.
- 2- *Oficio de naturaleza pública*, toda vez que se establece en el artículo 452 del Código Civil que la tutela es un cargo de interés público.
- 3- *Obligatoriedad de la función*, característica establecida en el referido artículo 452 y en el 453 del C.C., que establecen, como hemos señalado anteriormente, que nadie puede eximirse del ejercicio del cargo de la tutela, salvo por causa legítima y siendo responsable el que lo haga sin justa causa, de los daños y perjuicios que sufre el incapaz por su falta de ejercicio del cargo.
- 4- *Generalidad en el ejercicio de las facultades conferidas por ley*, ya que la tutela no cuida solamente del patrimonio del incapaz, sino también de la persona del mismo.
- 5- *Indivisibilidad y unidad del poder tutelar*, ya que éste es atribuido a una sola persona y no puede fraccionarse entre varios tutores.

4. SUJETOS

La incapacidad, como hemos señalado anteriormente, es de dos clases: la que afecta a los menores de edad y la relativa a los sujetos previstos en la segunda fracción del art. 450 C C. Por tanto, están sujetos a tutela los menores de edad no emancipados si no hay quien ejerza sobre ellos la patria potestad, y los mayores de edad que sufran perturbaciones mentales, físicas o volitivas persistentes, que les impida obligarse por sí mismos, así como los alcohólicos y los adictos a drogas o sustancias enervantes, siempre y cuando medie una declaración de interdicción:

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

Por tanto, hay tutela al igual que patria potestad sobre los menores de edad y sobre los mayores de edad que quedan en estado de interdicción en virtud de sentencia judicial que lo declare como tal y cuando muere él ultimo que haya ejercido la patria potestad y no que haya ningún otro que pueda ejercerla.

Consecuentemente, están sujetos a tutela los menores de edad, mientras no llegue a la mayoría de edad, y los que se encuentran en cualquiera de los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil mientras dejen de ser incapaces Si al cumplirse la mayoría de edad, continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a una nueva tutela, previo juicio de interdicción en el cual serán oídos el tutor y curador anteriores.

Los hijos menores de un incapacitado están sujetos a la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se les proveerá de un tutor.

El cargo de tutor respecto de las personas comprendidas en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450, durará el tiempo que subsista la interdicción, cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. La interdicción de que se hablamos no cesa sino por la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva que se pronuncie en juicio seguido conforme a las mismas reglas establecidas para el de interdicción

En este caso el cónyuge tendrá la obligación de desempeñar el cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Cuando el cargo de tutor lo desempeñen extraños, tienen derecho a que se les releve de ella a los diez años de ejercerla.

Por otra parte, el tutor es otro de los sujetos que intervienen en el ejercicio de la figura de la tutela

Rafael De Pina establece: “llámese tutor a la persona que cumple fundamentalmente de manera directa y personal los fines de la tutela.”

Por nuestra parte diremos que el tutor es la persona capaz, honesta y responsable, designada por la ley, por los ascendientes del incapaz, por el juez o por el mismo menor en casos como la tutela dativa, para el cuidado, protección y defensa de los intereses del pupilo, así como para la administración de sus bienes.

5. ANTECEDENTES

Desde épocas muy remotas ha existido preocupación por que los menores de edad e incapaces sean asesorados por una persona capaz, honesta y responsable que administre su patrimonio, ya que de ello depende el ejercicio de su capacidad.

La patria potestad y la tutela se conciben en sus orígenes como dos instituciones o derechos en provecho de la familia.

Podemos considerar a Grecia como una de las primeras civilizaciones que plasma en sus leyes la institución tutelar como un medio de protección al menor y a su patrimonio, bajo la vigilancia del magistrado. A este respecto el maestro Ibarrola establece: "En Grecia el patrimonio de un menor (en Atenas lo era hasta alcanzar los dieciocho años) era administrado por un tutor, su agnado más próximo por línea paterna a menos que el padre hubiere señalado tutor inter vivos o por testamento. El tutor se convertía en el padre temporal del pupilo y tenía que alimentarlo. En Atenas su manejo quedaba bajo la supervisión del magistrado principal y cualquier ciudadano podía presentar queja en contra de algún tutor negligente. En cuanto terminaba en sus funciones, el tutor era responsable para con su pupilo por el reembolso y por la restitución de su patrimonio".¹⁰²

Es en Roma donde encontramos dos instituciones tendientes a la protección de la persona del pupilo y de la guarda de su patrimonio: la primera es la tutela, encargada de la guarda y custodia de los bienes de los menores y de las mujeres, cuidando principalmente lo relativo a su educación. La segunda es la curatela que se creó con la finalidad de proteger el patrimonio de los que por su

¹⁰² DE IBARROLA, Antonio, op cit , pág. 443

prodigalidad, locura o inexperiencia no podían administrarlo, evitando de esta forma que dilapidaran sus bienes y cayeran en desgracia.

La tutela surge como un medio de protección del patrimonio del incapaz, posteriormente y por la evolución de esta institución, el cuidado de la persona se vuelve primordial para la tutela y se convierte en una figura de orden público.

En Roma, la tutela legítima solo se abría cuando el menor tenía bienes y se ejercía por los herederos más próximos del mismo. Posteriormente, con la aparición de la tutela testamentaria, se entendió por tutela una carga impuesta a los tutores en beneficio de los incapaces.

Entre los germanos la tutela en un principio correspondía a toda la familia, posteriormente le correspondió a uno de los parientes más próximos.

6. NUESTRA LEGISLACION

En cuanto a la evolución que esta figura tuvo en nuestra legislación podemos señalar que antes del Código Civil de 1870, el tutor no tenía quien cuidara sus actos. Únicamente en caso de que cometiera abusos, era nombrado un curador que lo vigilara.

Tanto en el Código Civil de 1870 como en el de 1884 quedaban bien delimitadas las atribuciones del tutor, quien debía cuidar de la persona del incapaz y administrar sus bienes, atendiendo a la educación y la curación del mismo.

En la vigencia de estos códigos debía nombrarse un tutor para los menores emancipados o no, para los mayores de edad privados de inteligencia como los

dementes, idiotas, aunque tuvieran intervalos lúcidos, para los sordomudos que no supieran leer ni escribir y para los pródigos

El cargo de tutor podía ser ejercitado por los cónyuges, descendientes y ascendientes, los cuales no podían renunciar a su cargo, pues se consideraba que existía entre ello una relación causal con la naturaleza, por considerarlos la ley herederos recíprocos; no están en la misma situación los parientes colaterales o extraños cuyo cargo se podía renunciar a los diez años de su ejercicio, por que no pareció justo a la comisión gravar por más tiempo a personas que no tienen relación alguna con el incapacitado, o que si la tienen no pueden sostener una carga tan onerosa y desgastante por tanto tiempo

El tutor protegía y representaba al menor en todos los casos necesarios y en virtud de que anteriormente nadie ejercía vigilancia sobre sus actos, se consideró conveniente proteger al menor de su tutor, a través de las siguientes figuras el curador, el Ministerio Público y el juez.

Por su parte la Ley sobre Relaciones Familiares contempló normas tendientes a la protección del sujeto a tutela las que se extendieron a los ebrios habituales, por considerar que necesitaban de cuidados constantes, tanto en su persona como en sus bienes:

“Que, en materia de tutela, a fin de que ésta llene debidamente el objeto para que fue instituida, se ha creído conveniente desde luego extenderla, no solamente a los incapacitados que menciona el Código Civil, sino también a los ebrios habituales, cuya conducta, ya se considere el resultado de un vicio, ya la

consecuencia de una enfermedad, amerita que se tomen cuidados constantes en la persona y en los bienes del interesado ..”¹⁰³

Asimismo, el tutor tenía la obligación de alimentar, educar, cuidar de la persona, administrar los bienes y representar al pupilo en juicio o fuera de él, con la única excepción del matrimonio; debiendo para el desempeño de su cargo formar un inventario de cuanto constituyera el patrimonio del tutelado en un término no mayor de seis meses, con la intervención del curador. Esta obligación del tutor no podía ser dispensada, ni a los tutores testamentarios, sumándose al inventario todos los bienes que se hubieren omitido o fueran adquiridos por el menor posteriormente

Solamente por causa de absoluta necesidad o utilidad del menor, los bienes inmuebles y muebles preciosos podían ser enajenados, gravados o hipotecados, previa conformidad del curador, autorización judicial y siempre y cuando se hubiere probado la necesidad de hacerlo. El tutor debía rendir una garantía para la administración de los bienes del tutelado, consistente en hipoteca, en fianza o en ambas

Si el tutor era sucedido por otro, éste debía exigirle la entrega de los bienes y las cuentas, pues de no hacerlo era responsable de los daños y perjuicios que resultaren al menor.

Una vez terminada la tutela, el tutor debía hacer entrega de los bienes, rindiendo cuenta de lo actuado, corriendo los gastos a cargo del menor, extinguiéndose cualquier acción en contra del tutor, en un lapso de cuatro años

¹⁰³ Ley sobre Relaciones Familiares, op cit , p.13

contados a partir del día en que el menor siendo mayor de edad hubiere recibido los bienes y la cuenta de la tutela

7. NATURALEZA

Existen diversas concepciones sobre la naturaleza jurídica de la tutela, ya que los autores la conciben según sus fines, objeto, características o bien según sus consecuencias en el mundo jurídico.

Hay autores como Ruggiero y Clemente de Diego que consideran a la tutela como un poder conferido a una persona para cuidar de otra. Planiol la considera una función jurídica conferida a una persona capaz, para cuidar a un incapaz y administrar sus bienes. Bonnacase la considera un organismo de representación de los incapaces que interviene, tanto en materia de minoría de edad como en interdicción. Laurent 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. Enneccerus la denomina como el cuidado llevado bajo la inspección del Estado por una persona de confianza (el tutor), sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo si no estuviera en esa situación. Mateos Alarcón la considera como el cargo público que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural o legal o solo la primera.¹⁰⁴

Por su parte, RENARD la define como “ ..el conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que

¹⁰⁴ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op cit p 694

estructuran la función del estado de asistencia normal a los jurídicamente incapaces.¹⁰⁵

Al igual que la patria potestad, la tutela es una institución de protección, que busca defender de los terceros, a los individuos incapaces en cuanto a su persona y a sus bienes.

Como mencionamos anteriormente, se diferencian la patria potestad de la tutela, en que la primera nace de un vínculo natural de filiación mientras que la segunda nace de un acto de discernimiento establecido en la ley que crea relaciones jurídicas entre el tutor y el pupilo.

La tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad, pues no hay tutela mientras subsista la patria potestad. La protección y el cuidado de la persona y los bienes deben referirse a los incapaces que no están sujetos a patria potestad o a los mayores de edad declarados en estado de interdicción.

Clemente de Diego considera que la tutela es un mandato general conferido por la ley al tutor para administrar el caudal de los incapacitados; pero no obstante ello, la gestión del tutor no es autónoma, ya que se debe consultar al pupilo para la realización de actos importantes de administración, cuando este último es capaz de discernimiento y mayor de 16 años y obtener confirmación del curador y del juez, para la realización de actos de dominio y previa comprobación de la extrema necesidad de enajenar o gravar los bienes inmuebles y muebles preciosos (art. 561 C.C.).

¹⁰⁵ Ibidem

8. CLASES DE TUTELA

De conformidad con lo establecido por el artículo 461 del Código Civil vigente, la tutela puede ser de tres clases:

- a - Testamentaria (conferida por testamento)
- b.- Legítima (en virtud del parentesco)
- c - Dativa (por la autoridad judicial o por el cargo que se desempeña)

Según la amplitud de las facultades y obligaciones del tutor, es general cuando el tutor se encarga de la persona y de los bienes del pupilo y especial cuando el tutor se encarga únicamente de negocios específicos.

8.1 Tutela testamentaria

Es aquella tutela que se ejerce por la persona que se designa en el testamento del ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deban ejercer la patria potestad. (art. 470 C.C.).

El nombramiento de tutor testamentario, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados (art. 471 C.C.).

El adoptante que ejerce la patria potestad sobre un incapaz, tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo, aplicándose las reglas establecidas en el Código Civil (art 481 C.C.).

La tutela testamentaria, como señalamos anteriormente, puede ser a su vez, general o especial.

Es *tutor testamentario general*, aquel designado en un testamento y que se encarga de la persona y de la administración de los bienes del incapaz, así como de su representación en los casos que la ley señala

El *tutor testamentario especial* es aquel que ejerce su función, administrando los bienes del incapaz nombrado heredero o legatario, y toda vez que ha sido designado como tal en un testamento

El testador que nombra este tipo de tutor, puede ser o no ascendiente del incapaz. El nombramiento de este tipo de tutor, puede hacerse por una persona que no ejerza la patria potestad sobre el menor no sujeto a patria potestad, cuando le deja bienes en un testamento y le designa al menor un tutor para que administre esos bienes:

“Artículo 473.- El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje ”

Por ser especial, solo de bienes, este tipo de tutela coexiste con la general, sin embargo no puede coexistir con la patria potestad

Por tanto, si se dejan bienes a un menor en un testamento y este se encuentra bajo la patria potestad de otro, no opera el tutor testamentario especial.

sino que la administración de dichos bienes la realiza el que ejerce la patria potestad.

Los mayores de edad incapacitados pueden tener un tutor designado en un testamento, pero únicamente cuando el nombramiento sea hecho por el padre o la madre del incapaz, es decir, no operará el nombramiento testamentario hecho por un ascendiente u otro tutor

Para el ejercicio de la tutela testamentaria, deben seguirse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para el ejercicio de la tutela, siempre y cuando no sean contrarias a la ley y salvo que se estimen dañosas para el incapaz, en cuyo caso podrán modificarlas o dispensarlas

Si existieren varios menores, puede nombrárseles un tutor común o conferirse a una persona diferente la tutela de cada uno de ellos, salvo que los intereses de alguno o algunos de los incapacitados que se sujetarán a la misma tutela, fuere contrario, en cuyo caso el juez nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces.

Cuando se nombren varios tutores, desempeñará el cargo de la tutela el que se hubiera nombrado en primer lugar y por su falta, excusa o impedimento, lo sustituirá el posteriormente nombrado y así sucesivamente, salvo que el testador hubiera establecido el orden de sustitución.

En caso de que se hiciera un nombramiento condicional de tutor o por algún motivo fallare temporalmente el tutor testamentario, el juez designará un tutor interino.

Como puede observarse, existe la posibilidad de que aquellos que ejercen la patria potestad sobre menores de edad e incapaces, les nombren tutor para el caso de que llegasen a morir y por lo tanto no pudieran seguir ejerciendo el cargo.

A mayor razón, si existe la posibilidad de que una persona nombre tutor a un tercero para el caso de su incapacidad, a mayor razón, consideramos que no debiera existir impedimento alguno para que una persona designe un tutor para el caso de su propia incapacidad.

8.2 Tutela legítima

La tutela legítima es la que se confiere por la ley directamente a determinadas personas, cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario, o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio. (artículo 482 C.C.)

En esta tutela la ley marca un orden de llamamiento de sujetos que deben ejercerla, el cual se distingue según sea un menor o un mayor declarado incapaz el que necesita el tutor:

a.- MENORES.- El Código Civil en el artículo 483 establece el siguiente orden:

1. Los hermanos, prefiriendo a los que son por ambas líneas.
2. Los demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si hubiere varios, el juez elegirá entre ellos a los que le parezca más apto para el cargo, si el menor ha cumplido 16 años, él hará la elección. (Art. 484).

b.- INCAPACITADOS - La ley determina el siguiente orden:

1. El marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido (Art. 486).
2. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre viudos, se prefiere al que viva con el incapaz y siendo varios, al que el juez elija por considerarlo mas apto.
3. El padre y la madre, son tutores legítimos de sus hijos solteros o viudos, cuando no tengan hijos que la desempeñen, debiéndose poner de acuerdo quien de los dos ejercerá el cargo.
4. Los abuelos, los hermanos del incapacitado y demás colaterales serán llamados sucesivamente.

El C.C. señala que deben estar bajo tutela los hijos menores sujetos a patria potestad de los incapaces:

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

Al hablar de la tutela legítima de lo menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia, el Código Civil establece que los expósitos o abandonados, por disposición de la ley se encuentran sujetos a la tutela de la persona que los haya acogido, o en su caso, de los directores de los hospicios o casas de beneficencia que los reciba:

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

Se considera expósito al menor que es colocado en la 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.”

“Artículo 493.- Los responsables de las casas de asistencia, ya sean públicas o privadas, donde se reciban expósitos o abandonados, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de la institución. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo.”

8.3 Tutela dativa

La tutela dativa tiene lugar:

1. Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien corresponda la tutela legítima.
2. Cuando el tutor testamentario está impedido de ejercerla temporalmente y no existan hermanos o colaterales dentro del cuarto grado inclusive. Art 495 CC.

Por lo tanto, la tutela dativa es subsidiaria de la testamentaria y la legítima.

Al tutor dativo lo designa el menor que ha cumplido 16 años, confirmándose el nombramiento por el Juez de lo Familiar. En caso de no aprobarse dicha designación, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en la legislación civil.

Si el menor no ha cumplido 16 años, la designación del tutor dativo corresponde al Juez de lo Familiar (Arts. 496 y 497 C.C), dentro de las personas que figuren en la lista del Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público

La tutela dativa recae sobre los bienes del pupilo e inclusive sobre la persona del mismo. En este último punto, el tutor cuida y representa al menor en actos y contratos, y procura la educación que le corresponda a sus posibilidades económicas y a sus aptitudes. Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor emancipado.

A los menores de edad no sujetos a patria potestad, ni tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo. En este caso, la tutela tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba educación.

Los Jueces de lo Familiar nombran dentro de una lista de personas que adelante se transcribe, las que en cada caso deben desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, pudiendo ser tutores dativos aquellas personas que figuran en las listas de los Consejos Locales de Tutela cuando estén conformes en desempeñar el cargo de forma gratuita (art. 501 C.C.).

Es obligatorio el ejercicio del cargo de tutor dativo mientras desempeñan ciertos cargos las siguientes personas:

1. Las autoridades administrativas del domicilio del menor.
2. Los profesores oficiales del lugar donde vive el menor.
3. Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que reciban sueldo del erario.
4. Los directores de establecimientos de beneficencia pública.

9. DISCERNIMIENTO DEL CARGO DE TUTOR

El tutor designado debe manifestar si acepta o no el cargo, expresando sus impedimentos o excusas, dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento. En caso de que lo acepte, debe otorgar las garantías señaladas en el Código Civil, y si reúne los requisitos previstos en éste, el juez le discernirá el cargo (art. 906 y 908 C.P.C.D.F.).

Cuando el impedimento o la causa legal de excusa ocurriera después de la admisión de la tutela, los términos correrán desde el día en que el tutor tenga conocimiento del impedimento o causa legal.

La aceptación y el vencimiento del término implican la renuncia de la excusa.

Cuando el tutor no reúna los requisitos que la ley exige para ser tutor o curador, el juez denegará el discernimiento del cargo y proveerá al nombramiento en la forma señalada en el Código Civil.

En los juzgados de lo familiar, bajo el cuidado y responsabilidad del juez y a disposición del Consejo de Tutelas, habrá un registro en el que se inscribirán los discernimientos

Dentro de los ocho primeros días de cada año, en audiencia pública con citación del Consejo de Tutelas y del Ministerio Público, se procederá a examinar dicho registro y se podrá resolver sobre:

- 1 - La sustitución al tutor que faltare por haber fallecido.
2. - El cumplimiento del destino de las cantidades depositadas.
- 3 - La exigencia de cuentas a los tutores que deban darlas según lo establecido por el artículo 590 del Código Civil.
4. - La obligación a los tutores de que depositen en el establecimiento público destinado para tal efecto, los sobrantes de las rentas o productos del caudal de los menores.
5. - Decretar el depósito cuando se presenten dificultades insuperables.
- 6 - Pedir las noticias que estimen necesarias, sobre el estado en que se halle la gestión de la tutela, así como adoptar las medidas que juzguen convenientes para evita los abusos y remediar los que se hubieren cometido.

10. DESEMPEÑO DE LA TUTELA

El tutor debe actuar conforme a lo ordenado en el Código Civil salvo el caso del tutor testamentario que puede tener facultades más amplias o más restringidas si así lo determina el sujeto que lo nombre. Con una única limitación en cuanto a las facultades de administración, las cuales según el artículo 479 del Código Civil no pueden ser contrarias a las leyes ni dañosas para los incapaces.

Cuando el tutor tenga que administrar bienes, no podrá entrar a la administración sin que antes se nombre curador, excepto en el caso de los expósitos y abandonados.

“Artículo 536.- El tutor que entre a la administración de los bienes sin que se haya nombrado curador, será responsable de los daños y perjuicios que cause al incapacitado, y además, separado de la tutela; más ningún extraño puede rehusarse a tratar con él judicial o extrajudicialmente alegando la falta de curador.”

En general, las obligaciones del tutor se dividen en dos:

a) En cuanto a la *persona* del pupilo: La guarda, cuidado y educación del incapacitado (art. 537 I C.C.); la alimentación, vestido y asistencia en caso de enfermedad; el destinar al pupilo a la carrera u oficio que elija y según sus circunstancias (art. 540 C.C.), y la representación del pupilo en juicio y fuera del, en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros actos estrictamente personales.

Si el incapaz fuera un ebrio consuetudinario o un sujeto que abusa habitualmente de drogas enervantes, el tutor está obligado además, a presentar al Juez de lo Familiar, en el mes de enero de cada año, un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado de dicho individuo sujeto a interdicción, a quien para ese efecto reconocerán en presencia del curador.

El juez debe cerciorarse del estado que guarda el incapacitado, debiendo tomar todas las medidas necesarias para mejorar su condición. En caso de que deban tomarse medidas muy urgentes, éstas podrán ser ejecutadas por el tutor, quien informará de ello inmediatamente al juez para su aprobación.

b) En cuanto a los *bienes* del pupilo: Hacer un inventario de los bienes que van a administrar; la realización de actos de administración; y la rendición de cuentas por sus gestiones.

El artículo 537 del Código Civil enumera las obligaciones del tutor de una forma más específica:

El tutor está obligado:

1. A alimentar y educar al incapacitado;
2. A destinar, de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes;
3. 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 tutor deberá inscribir en el inventario los créditos que tenga contra el incapacitado, pudiendo perder el derecho a su cobro en caso de no hacerlo.

Los bienes que adquiera el incapaz después de la formación del inventario, se incluirán inmediatamente en él. Si se omiten listar ciertos bienes en el inventario, el menor, el curador o cualquier pariente pueden acudir al juez con el fin de que se listen.

El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses. De esta obligación no puede ser dispensado el tutor ni aún en el caso de la tutela testamentaria.

Mientras el inventario no se formule, la tutela debe limitarse a la mera protección de la persona y a la conservación de los bienes del incapaz.

4. A administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de administración de sus bienes, cuando sea 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.

Para realizar gastos extraordinarios que no sean de conservación o reparación, necesita autorización judicial.

5. 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.

Sin embargo, para transigir y comprometer en árbitros los negocios del incapacitado y para designar árbitros, requiere el tutor de licencia judicial. Asimismo, para transigir sobre los bienes inmuebles, muebles preciosos, valores mercantiles o industriales, cuya cuantía exceda de mil pesos, el tutor requiere autorización del curador y de la autoridad judicial;

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

Cuando muere una persona que ejerce la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido el incapaz, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar, dentro de ocho días, a fin de que se provea a la tutela.

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

En todo caso, el Juez de lo Familiar del domicilio del incapacitado, y si no lo hubiere, el juez menor, cuidará provisionalmente de la persona y de los bienes del incapacitado, hasta que se nombre tutor.

Una vez hecha la designación de tutor, éste deberá manifestar si acepta o no el cargo, expresando sus impedimentos o excusas dentro del plazo de cinco días siguientes a su nombramiento. En caso de que lo acepte, deberá otorgar las garantías señaladas en el Código Civil, y si reúne los requisitos previstos en éste, el juez discernirá el cargo (art. 906 y 908 C.P.C.).

El tutor tendrá respecto del pupilo, las mismas facultades que les concede a los ascendientes el Código Civil en su artículo 423.

El tutor tiene la obligación de admitir las donaciones simples, legados y herencias dadas al incapacitado. Por otra parte, según el artículo 578 no corren los plazos de prescripción entre el tutor y el incapacitado.

Cuando entre el tutor en el ejercicio de su cargo, el juez fijará en una audiencia la cantidad que se destinará a los alimentos y a la educación del menor, procurando que nada le falte, pero considerando su condición y posibilidad económica.

En caso de que las rentas del menor no alcancen a cubrir los gastos de su alimentación y educación, el juez decidirá si debe aprender algún oficio o si debe adoptarse algún otro medio, para evitar la enajenación de los bienes y, si fuera posible, sujetará a las rentas de éstos los gastos de alimentación.

Los incapaces no puede tener más de un tutor y curador definitivos. Sin embargo, el tutor y el curador pueden desempeñar, respectivamente, la tutela o la curatela hasta de tres incapaces. Si éstos son hermanos, coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un curador o todos ellos, aunque sean más de tres:

“Artículo 457.- Cuando los intereses de alguno a algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento de juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, que el mismo designe, mientras se decide el punto de oposición ”

El cargo de tutor al igual que el de curador de un incapaz, no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta o dentro del cuarto grado de lo colateral.

Cuando el cargo de tutor recaiga sobre el cónyuge, sólo puede gravar o enajenar los bienes mencionados en el artículo 568, previa audiencia del curador y autorización judicial. Asimismo, deben seguirse las reglas establecidas por el artículo 581 que a la letra dice:

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

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

10.1 Garantía para el ejercicio del cargo de tutor

El tutor debe caucionar su manejo, salvo:

- a) Cuando el tutor no administre bienes;
- b) Cuando el tutor testamentario ha sido relevado de esta obligación expresamente por el testador salvo que hubiese sobrevenido una causa ignorada por el testador que, a juicio del juez y previa audiencia del curador, haga necesariamente la caución.
- c) Cuando el tutor es el padre, la madre o son los abuelos en el caso del mayor incapacitado, los que recojan a un expósito, lo alimenten y eduquen por más de diez años, salvo que hayan recibido una pensión para cuidar de él;
- d) Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes o en los hijos, salvo que el juez, con audiencia del curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente.

La garantía debe presentarse antes de terminarse los tres meses siguientes a la aceptación del nombramiento (art. 531 C.C.). El tutor antes de que se le discierna el cargo, debe prestar una caución que asegure su manejo.

Durante los tres meses señalados desempeñará la administración de los bienes un tutor interino quien recibirá los bienes por inventario solemne, y no podrá ejecutar más actos que los indispensables para su conservación y percepción de los productos. Para cualquier otro acto de administración requerirá

la autorización judicial. En caso de que en el plazo señalado, no se otorgue la garantía, se procede al nombramiento de un nuevo tutor.

Las cauciones que debe otorgar el tutor para el buen cumplimiento de su obligación y asegurar su manejo pueden ser personales o reales y consistir según el artículo 519 del Código Civil en hipoteca, prenda o fianza.

a) Hipoteca.- La hipoteca en términos generales puede ser voluntaria o necesaria. Para nuestro estudio es aplicable la necesaria, ya que como lo establece el artículo 2919 del Código Civil, la hipoteca necesaria se establece cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados.

Rojina Villegas la define diciendo que “Las hipotecas necesarias son aquellas que tienen la obligación de otorgar las personas que administran bienes ajenos, para responder de la administración de los mismos...”¹⁰⁶

Nuestro ordenamiento legal civil en sus artículos 2935 y 2936 señala a las personas que tienen derecho a pedir se constituya hipoteca necesaria, siendo éstas en primer lugar los menores de edad y demás incapacitados, en segundo lugar los herederos legítimos, el Curador o el Consejo Local de Tutelas y por último el Ministerio Público, si los anteriores no ejercitaran ese derecho.

b) Prenda.- Rojina Villegas al respecto establece que “el tutor puede constituir prenda para caucionar su administración antes de que exista la obligación principal a su cargo. Aún no existe responsabilidad por malos manejos y la prenda ya se ha constituido”¹⁰⁷

¹⁰⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael, op cit , p. 478

¹⁰⁷ Idem, p 511

La garantía prendaria se constituirá depositando las cosas dadas en prenda, en una institución de crédito autorizada para recibir depósitos, a falta de ella, se depositarán en poder de persona de notaria solvencia y honorabilidad.

c) Fianza.- El tutor no puede dar fianza para caucionar su manejo sino cuando no tenga bienes sobre los que constituir hipoteca o prenda.

La fianza puede constituirse en garantía de deudas futuras y cuyo importe no sea aún conocido, pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida (art. 2798 C.C.). Y si ésta fuera para garantizar la administración de bienes, cesará ésta si aquella no se da en el término convenido o señalado por la ley, o por el juez, salvo los casos en que la ley disponga otra cosa (arts. 526 y 527 C.C.).

Cuando los bienes que tenga el tutor no alcancen a cubrir la cantidad que ha de asegurar conforme al artículo 528 del Código Civil, la garantía puede consistir, parte en hipoteca o prenda, parte en fianza o solamente en fianza, a juicio del juez, y previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas.

“Artículo 528.- La hipoteca o prenda y, en su caso, la fianza, se darán:

I. Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales, impuestos durante ese mismo tiempo;

II. Por el valor de los bienes muebles;

III. Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio a elección del juez, y

IV. En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculados por los libros, si están llevados en debida forma, o a juicio de peritos.

Si los bienes del incapacitado llegaren a aumentar o a disminuir durante el ejercicio de la tutela, pueden aumentarse o disminuirse proporcionalmente las garantías hipotecaria, prendaria y la fianza, a solicitud del tutor, del curador, del Ministerio Público o del Consejo Local de Tutelas.

Cuando el tutor sea coheredero del incapaz y éste último no tenga más bienes que los hereditarios, no se podrá exigir al tutor otra garantía más que su porción hereditaria, a no ser que esta porción no iguale a la mitad de la porción del incapaz, pues en tal caso se integrará la garantía con bienes del tutor.

La garantía prestada por los tutores no impide que el Juez de lo Familiar, a solicitud del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los parientes próximos del incapacitado o de éste si ha cumplido dieciséis años, dicte las providencias que se estimen útiles para la conservación de los bienes del pupilo.

Es también obligación del curador y del Consejo Local de Tutelas vigilar el estado de fincas hipotecadas por el tutor y de los bienes entregados en prenda, debiendo dar aviso al Juez de lo Familiar, de los deterioros y menoscabos que en ellos hubiere.

La garantía dada por el tutor no se cancela sino hasta que se aprueben las cuentas.

10.2 Retribución al tutor

El tutor tiene derecho a ser retribuido por el ejercicio de su cargo con bienes del pupilo, que pueden fijar los ascendientes, aquel que dejó bienes en su herencia para el incapacitado y en el caso de las tutelas legítima y dativa, la fijará el juez, sin que la retribución sea menor de cinco ni exceda de diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del pupilo.

Tiene derecho el tutor a que se aumente su remuneración hasta un veinte por ciento en el caso de que existiere un incremento en el valor o en los productos de los bienes del pupilo por las gestiones realizadas por él.

El tutor no tendrá derecho a remuneración alguna en caso de que contraiga matrimonio con el pupilo sobre el cual ejerce la tutela, si no obtiene dispensa de la autoridad correspondiente en términos del artículo 159 del Código Civil y se aprueban las cuentas de sus gestiones.

10.3 Rendición de cuentas

Por ley, el tutor está obligado a rendir las cuentas detalladas de su administración en el lugar en que ejercita la tutela y en el mes de enero de cada año, sin importar la fecha en que se le discierna el cargo. En caso de que no las presente dentro de los tres meses siguientes a este mes, se le removerá de su cargo.

Asimismo, el tutor debe rendir cuentas cuando, por causas graves, lo exijan el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público, los incapaces y siempre que lo exija también el juez y dentro de los tres meses siguientes a la terminación de la tutela, pudiendo prorrogar el juez por tres meses más esta obligación, por causas extraordinarias.

El tutor, en el término que se le fije, y que no se prorrogará sino por una sola vez y por causa grave a juicio del tribunal, rendirá sus cuentas presentando los documentos que tenga en su poder.

Las cuentas deben contener un preámbulo que contenga la exposición *sucinta de los hechos que dieron lugar a la gestión y la resolución judicial que ordena la rendición de cuentas, la indicación de sumas recibidas y gastadas, así como el balance de las entradas y salidas, acompañándose de los documentos justificativos como recibos, comprobantes de gastos y demás.* Asimismo, deben rendirse en el lugar en que se desempeña la tutela.

Las cuentas quedarán a la vista de las partes por seis días, tiempo en el que se presentarán sus observaciones determinando las partidas no consentidas. Las cuentas deben rendirlas los tutores al juez, al curador, al consejero local de tutelas, al menor que haya cumplido 16 años, al tutor que le reciba, al pupilo que dejare de serlo y a las demás personas que señale el Código Civil.

El auto de aprobación de las cuentas puede ser apelado por el Ministerio Público, los demás interesados y el curador.

Del auto de desaprobación de las cuentas de la tutela pueden apelar: el tutor, el curador y el Ministerio Público.

Si de los primeros actos del juicio resultaren confirmadas las sospechas, se nombrará un tutor interino, quedando en suspenso el tutor propietario, sin perjuicio de que se remita testimonio de lo conducente a las autoridades penales (arts. 156 y 24 CPCDF).

Cuando del examen de las cuentas resultaren motivos graves para sospechar dolo, fraude o culpa lata en el tutor, se iniciará, a petición del parte o del Ministerio Público, el juicio de separación del cargo, que se seguirá en forma contenciosa.

“Artículo 24.- Las acciones del estado civil tiene por objeto las cuestiones relativas al nacimiento....tutela....Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones de estado civil perjudican aún a los no litigantes.”

“Artículo 156.- Es juez competente:....Fracción IX En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el juez de la residencia de éstos, para la designación del tutor y en los demás casos el del domicilio de éste.”

“Artículo 159.- De las cuestiones sobre estado o capacidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que requieran intervención judicial, sea cual fuere el interés pecuniario, conocerán los jueces de lo familiar.”

La rendición de cuentas no puede ser dispensada, según lo señalado en el artículo 600 del Código Civil:

“Artículo 600.- La obligación de dar cuenta no puede ser dispensada en contrato o en última voluntad ni aun por el mismo tutelado; y si esa dispensa se pusiere como condición en cualquier acto, se tendrá por no puesta.”

El tutor es responsable de las pérdidas que sufra el incapacitado por la no posesión de sus bienes y si no entabla en contra de los responsables, las acciones conducentes para salvar los bienes de su pupilo.

Por su parte, el tutor tiene derecho a que le sean abonados los gastos que hubiere hecho debida y legalmente, aunque no se hubieran obtenido ganancias para el incapacitado, salvo que hubiese tenido culpa de ello el tutor.

Asimismo, el tutor tiene derecho a ser indemnizado por los daños que sufra en el desempeño de su cargo, siempre y cuando, no sea por su culpa o negligencia.

La obligación de rendir cuentas se extiende a los tutores substitutos y a sus herederos, siendo responsable de los daños y perjuicios que cause el tutor que pida y tome las cuentas de su antecesor.

Una vez aprobadas las cuentas de la tutela, se procederá a la cancelación de garantías otorgada por el tutor.

Por último establece el Código Civil en lo relativo a la rendición de las cuentas de la tutela, que serán nulos todos los convenios celebrados entre el tutor y su pupilo, relativos a la administración de los bienes del incapacitado, sino hasta transcurrido un mes a partir de la rendición de cuentas.

10.4 Entrega de los bienes.

Una vez que concluye la tutela, el tutor está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado así como los documentos que le pertenezcan, según el balance que hubiera presentado en la última cuenta aprobada, dentro del mes siguiente a la terminación de la tutela.

En caso de que hubiera sustitución de tutor por cualquier causa, el tutor sustituto está obligado a exigir la entrega de los bienes y cuentas del ejercicio de la tutela al tutor anterior, siendo responsable de los daños y perjuicios que se ocasionaren por esta omisión.

El saldo que resulte de la realización de las cuentas causará interés legal según lo señalado por el artículo 612 del Código Civil:

“Artículo 612.- El saldo que resulte en pro o en contra del tutor, producirá interés legal. En el primer caso correrá desde que, previa entrega de los bienes, se haga el requerimiento legal para el pago; y en el segundo, desde la rendición de cuentas, si hubiesen sido dadas dentro del término designado por la ley, y si no, desde que expire el mismo término.”

Hasta que no se verifique el pago de lo adeudado al incapacitado, quedarán vivas las garantías dadas por el tutor.

Las acciones que interponga el incapacitado en contra de su tutor o sus garantes por los hechos relativos al ejercicio de su cargo, se extinguen a los cuatro años contados a partir de día en que el menor cumpla la mayoría de edad, o desde el momento en que se reciban los bienes y la cuenta de la tutela, o desde que cese la incapacidad.

“Artículo 617.- Si la tutela hubiera fenecido durante la minoridad, el menor podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computarán desde que cese la incapacidad.”

11. INHABILIDADES

Las inhabilidades deben promoverse por el Ministerio Público y por los parientes del pupilo con el fin de que se separe al tutor de su cargo. Son inhabilidades para el ejercicio del cargo de tutor las siguientes:

1.- No pueden ser tutores las personas que formen parte del Juzgado de lo Familiar o de la administración de justicia, las que integren los Consejeros Locales de Tutelas (art. 459 C.C.), los funcionarios públicos de hacienda que por razón de su destino, tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;

- 2.- Las personas ligadas con parentesco de consanguinidad con las personas mencionadas en el inciso anterior, en la línea recta, sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive;
- 3.- El curador del mismo incapaz (art. 455 y 458 C.C.);
- 4.- Los menores de edad;
- 5.- Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;
- 6.- Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal respecto de la persona o de la administración de los bienes del incapacitado;
- 7.- Los que por sentencia ejecutoriada, hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;
- 8.- Los condenados por el delito de robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad;
- 9.- Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta;
- 10.- Los que al deferirse la tutela tengan algún pleito pendiente con el incapacitado;
- 11.- Los deudores del incapacitado en un cantidad considerable, a juicio del juez;
- 12.- Los que no estén domiciliados en el lugar en que deba ejercer la tutela;
- 13.- Los que padezcan alguna enfermedad crónica contagiosa; y

14.- Los demás a quienes se los prohíba la ley.

15.- Las que hayan sido causa o hayan fomentado las enfermedades o padecimientos de los incapaces señaladas en la fracción II del art. 450 del C.C.

12. EXCUSAS

En principio, puede decirse que el cargo de tutor es inexcusable, sin embargo, el Código Civil establece algunas causas por las cuales, una persona designada como tutor puede rehusar el ejercicio del cargo según lo señalado por el artículo 511 del Código Civil. En el entendido de que si se acepta el cargo, se está renunciando al ejercicio de las excusas señaladas en el citado artículo. Asimismo, pasado el término para su ejercicio, se entiende renunciada la excusa y el ejercicio de una excusa implica la renuncia de las demás.

Pueden excusarse de ser tutores:

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

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

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.

En caso de que se ejercite alguna de las mencionadas excusas, el juez procederá a su calificación, nombrando un tutor interino que se encargará de ejercer el cargo mientras se resuelve la aceptación de la excusa.

En el caso de la tutela testamentaria, se establece en cuanto a las excusas, reglas específicas, a saber:

“Artículo 516.- El tutor testamentario que se excuse de ejercer la tutela, perderá todo derecho a lo que le hubiere dejado el testador por este concepto.”

Si la hipótesis fuera el no ejercicio de la tutela sin excusa alguna, igualmente el tutor perdería el derecho de heredar al incapacitado que muera intestado, además de que sería responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia causare.

Esta regla se aplica igualmente, en los casos de tutela legítima, cuando el tutor designado, no acude ante el juez a manifestar el grado de parentesco que tiene con el incapaz.

13. PROHIBICIONES

Dentro del Código Civil, se establecen algunas prohibiciones hechas a los tutores en el ejercicio de su cargo, a saber:

1.- Los tutores no pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos, sino por absoluta necesidad o evidente utilidad del menor o del mayor con alguna de las incapacidades a las que se refiere el artículo 450 fracción II, debidamente justificada y previa a la confirmación del curador y la autorización judicial y siguiendo lo señalado por el Código Civil.

Cuando la enajenación se autorice para cubrir con el importe de la venta algún objeto determinado, el juez señalará al tutor un plazo dentro del cual deberá acreditar que el producto de la enajenación se ha invertido en su objeto.

La venta de bienes raíces de los menores y mayores incapaces, es nula, si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas preciosas, el juez decidirá si conviene o no la almoneda pudiendo dispensarla, una vez acreditada la utilidad para el pupilo.

Los tutores no pueden vender los valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados del pupilo por un valor menor que el que se cotice en la plaza el día de la venta, ni dar fianza en su nombre.

En caso de que se pretendan enajenar, gravar o hipotecar a título oneroso, bienes del pupilo que le pertenecen como copropietario, una vez valuados los bienes y asegurada la parte que le corresponde al incapacitado, el Juez determinará sobre la conveniencia de dividir el bien y entregarle al incapaz su porción. O en su caso enajenarlo, gravarlo o hipotecarlo fijando las condiciones y seguridades del caso, pudiendo disculpar la almoneda, previo consentimiento del curador.

2.- El tutor no puede comprar o arrendar para sí, sus ascendientes, su cónyuge, sus hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, los bienes de su pupilo. En caso de que falte a esta prohibición, se le removerá del cargo y se anularán los contratos celebrados en estos términos. Salvo que las personas antes mencionadas sean coherederas del incapacitado.

3.- El tutor no puede pagarse a sí mismo los créditos que tenga en contra de su pupilo, sin previa autorización del curador y del Juez de lo Familiar. Asimismo, tampoco puede aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito en contra del incapacitado, salvo que lo adquiera por herencia.

4.- El tutor no puede dar en arrendamiento los bienes del pupilo por más de cinco años, sino en caso de necesidad o utilidad, y previa autorización del curador y de la autoridad judicial. (art. 573 C.C.).

“Artículo 574.- El arrendamiento hecho de conformidad con el artículo anterior subsistirá por el tiempo convenido, aún cuando se acabe la tutela; pero será nula toda anticipación de renta o alquileres por más de dos años.”

5.- El tutor no puede recibir dinero prestado en nombre del incapaz, sin autorización judicial, aunque constituya hipoteca.

6.- No puede hacer donaciones a nombre del incapacitado.

7.- No puede realizar gastos extraordinarios que no sean para conservación ni reparación, ni transigir, ni comprometer en árbitros salvo que tuviera autorización judicial.

14. EXTINCIÓN DE LA TUTELA

La tutela se extingue.

- 1.- Por la muerte del pupilo;
- 2.- Porque desaparezca la incapacidad del pupilo;
- 3 - Porque haya quien ejerza la patria potestad;
- 4 - Por el reconocimiento de los padres de hijos naturales;
- 5.- Por adopción legal;
- 6 - Por remoción (por maltrato, negligencia en la atención que debe proporcionar a la persona y a los intereses del menor o por no rendir cuentas por el ejercicio de su cargo en los términos establecidos y en los demás casos que la ley señale).

15. ORGANOS DE VIGILANCIA DE LA TUTELA.

15.1 Curador

La tutela debe desempeñarse por el tutor con la intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, debiendo ejercer tanto el cargo de tutor como el de curador una sola persona (arts. 454 y 455 C.C.).

“Esta disposición consagra el principio de indivisibilidad y unidad del poder, el cual no puede fraccionarse en las relaciones jurídicas de un individuo, ya sean personales o patrimoniales, por la unidad del patrimonio de las personas; pero reconociendo no obstante (art. 457 C.C.) que si los intereses de varios incapaces sujetos a la misma tutela, son opuestos o se trata de tutela testamentaria, pueden nombrarse tutores diferentes a cada uno de ellos, como casos de excepción a este principio.”¹⁰⁸

En principio, todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, deben tener un curador, se exceptúa de esta obligación en los casos de los expósitos o huérfanos menores acogidos.

La curatela por ser un órgano de vigilancia de la tutela, no puede recaer sobre la misma persona del tutor, ni por personas que tengan parentesco entre sí (art. 458 C.C.).

En cuanto a los impedimentos y excusas, se aplican a los curadores las mismas reglas que a los tutores.

El curador debe de:

1. Defender los derechos del menor en juicio o fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.
2. Fiscalizar, vigilar y cuidar la adecuada administración del tutor.

¹⁰⁸ GALINDO GARFIAS, Ignacio, op cit., p. 699.

2. Informar al Juez de lo Familiar las irregularidades que observe en la gestión del tutor, si parecen perjudiciales a la persona o intereses del menor y la necesidad de nombrar un tutor cuando falte el nombrado.

3 Cumplir con las demás obligaciones que marque la ley.

El curador que no cumpla con las obligaciones antes prescritas, será responsable de los daños y perjuicios que cause.

El curador puede ser, al igual que el tutor, definitivo o interino, en caso de que existiese oposición de intereses entre los sujetos a tutela y en los casos de falta de curador por su excusa o impedimento para ejercer el cargo, rigiéndose por lo establecido para los tutores.

Tienen derecho a nombrar curador las mismas personas que tienen derecho a nombrar tutor. Asimismo tienen derecho a designar por sí mismo curador con autorización judicial:

- 1 Los menores que hayan cumplido dieciséis años, siguiendo las reglas que establece el artículo 496 del C.C.
- 2 Los menores de edad emancipados, para asuntos judiciales.
- 3 En los demás casos, el nombramiento lo hará el propio Juez.

Por otra parte, el curador tiene derecho a cobrar honorarios por su intervención, y a que le sean reembolsados los gastos hechos de su bolsillo, si son necesarios para el desempeño de sus funciones:

“Artículo 630.-En los casos en que conforme a este código tenga que intervenir el curador, cobrará el honorario que señala el arancel a los procuradores, sin que por ningún otro motivo pueda pretender mayor retribución. Si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo se le pagarán.”

La curatela termina cuando desaparecen las causas de incapacidad.

Al igual que los tutores, los curadores no pueden ser removidos de su encargo sin que previamente hayan sido oídos y vencidos en juicio (art. 463).

Pasados diez años de ejercicio de la curatela, el curador puede ser relevado de la obligación de seguir ejerciéndola.

15.2 Consejos Locales de Tutela

“El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información compuesto de un Presidente y de dos Vocales nombrados por el Gobierno del Distrito Federal en el mes de enero de cada año.”¹⁰⁹

Las funciones de los miembros cesan hasta que tomen posesión las personas que hayan sido designadas para el siguiente período.

El Consejo Local de Tutelas tiene las siguientes obligaciones (art. 632 C.C.):

¹⁰⁹ Idem, Pág 700

- 1 Elaborar y enviar a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad, que por su aptitud legal y moral puedan desempeñar el cargo de la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos en que estos nombramientos correspondan al juez.
- 2 Vigilar que los tutores cumplan con sus obligaciones, en especial la de educación del pupilo, debiendo dar aviso al Juez de lo Familiar de cualquier irregularidad que observase.
- 3 Avisar al Juez de lo Familiar cuando tenga conocimiento que los bienes del incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes.
- 4 Investigar y poner en conocimiento del Juez de lo Familiar qué incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los nombramientos respectivos.
- 5 Cuidar que los tutores cumplan con la obligación de destinar, de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes.
6. Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma.
- 7 Pedir el aumento o disminución proporcional de la garantía hipotecaria y de la fianza según aumenten o disminuyan los bienes durante el ejercicio de la tutela (art. 529 C.C.).
- 8 Promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores dados por el tutor (art. 527 C.C.)

- 9 Vigilar el estado de las fincas hipotecadas, o de los bienes entregados en prenda, dando el aviso al Juez de la depreciación de estas, para que si es notable la disminución del precio, asegure con otros bienes los intereses administrados (art. 534 C.C.).
- 10 Promover el nombramiento de tutor interino, tratándose de la tutela entre cónyuges cuando ésta sea necesaria.
- 11 Solicitar la remoción del tutor por negligencia, y mala administración (art. 584 C.C.).

15.3 Jueces de lo Familiar

Los jueces de lo familiar son los funcionarios judiciales que conocen de los juicios del orden familiar y que están por tanto encargados de vigilar e intervenir en los asuntos relacionados con la tutela.

“Artículo 633.- Los jueces de lo familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán ¹¹⁰una sobre vigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes.”

Los jueces de lo familiar tienen diversas obligaciones, a saber:

- a) Deben cuidar provisionalmente de la persona y bienes del incapacitado hasta que se nombre tutor (art. 468 C.C.). D

- b) Deben confirmar la designación del tutor hecha por el menor mayor de dieciséis años, que no está sujeto a patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima (art. 500 C.C.).
- c) Dictar las providencias necesarias para la conservación de los bienes del pupilo, a solicitud del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas o de los parientes (art. 522 C.C.).
- d) Pedir garantía al cónyuge tutor cuando lo considere conveniente (art. 523 C.C.).
- e) Fijar la cantidad que haya de invertirse en alimentos y educación.
- f) Cerciorarse del estado que guarda el incapacitado y tomar las medidas pertinentes para mejorar su condición (art. 546 C.C.).
- g) Resolver si lo considera conveniente, la división de copropiedades, su venta, así como dispensar la almoneda (art. 564 C.C.).
- h) Autorizar la venta o gravamen de los bienes, de los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos (art. 561).
- i) Prorrogar el plazo para la rendición de cuentas al terminar la tutela en caso de que concurran causas extraordinarias (art. 602 C.C.).
- j) Autorizar el arrendamiento de los bienes del incapacitado, cuando sea necesario (art. 573 C.C.).

El juez que no cumpla con las prescripciones relativas a la tutela, además de las penas en que incurra conforme a la ley, será responsable que los daños y perjuicios que cause a los incapaces.

15.4 Ministerio Público

El Ministerio Público es una institución de buena fe, dependiente del Ejecutivo Federal, que actúa en representación de la sociedad, para el ejercicio de la tutela social, en todos aquellos casos que le asigne la ley, y que trabaja en coordinación con el Poder Judicial, para hacer posible la administración de justicia.

A través de esta institución, el Estado procura velar, entre otros, por los intereses de los incapaces y de la familia.

El Ministerio Público es el encargado de intervenir en los términos de ley, en la protección de incapaces, y en los procedimientos del orden civil y familiar.

El Ministerio Público de acuerdo con el Código Civil debe cuidar que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida como tutor (art. 497 C.C.) y promover la separación de los tutores (art. 507 C.C.) en los casos señalados en el artículo 504 del Código Civil:

“Artículo 504.- Serán separados de la tutela:

- I. Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;

- II. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;
- III. Los tutores que no rindan sus cuentas dentro de los términos fijados por el artículo 590;
- IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;
- V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159; y
- VI. El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela.

CAPITULO V

DISPOSICIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD

1. Planteamiento del problema

Todos los seres humanos tienen capacidad de goce. Aquellos que carecen de una voluntad libre y consciente o que no pueden expresarla por ningún medio posible, adolecen únicamente de la llamada capacidad de ejercicio y por tanto, necesitan de una persona que exprese esa voluntad por ellos.

Al hablar de incapacidad, para los efectos de este trabajo, nos referimos a la de ejercicio, ya que nuestra legislación no contempla la incapacidad de goce que implicaría la negación de la persona misma.

Según el artículo 450 del C.C. existen dos tipos de incapacidad de ejercicio: la referente a los menores de edad, que tiene un carácter objetivo y por tanto hace prueba por sí misma, y la relativa a afecciones físicas, psicológicas o sensoriales que impide a los sujetos obligarse por sí mismos y cuyo carácter es subjetivo, ya que requiere declaración judicial.

En este caso, trataremos únicamente el segundo tipo de incapacidad que es sobre el que puede constituirse la llamada incapacidad sobrevenida.

Hoy día, como señalamos en la introducción de este trabajo, los avances técnicos y médicos han logrado preservar la vida con gran éxito. Sin embargo, no han logrado controlar y evitar las causas que provocan la incapacidad de las personas. Esto aunado al surgimiento de nuevas enfermedades y al prioritario interés científico en la vida, ha provocado el aumento considerable de los casos de personas que sin morir se incapacitan.

Al sobrevenirle a una persona una incapacidad se presentan distintas consecuencias relacionadas con dos aspectos fundamentales de su vida: la persona misma y los bienes

Como consecuencia de lo anterior el derecho ha pretendido resolver las diversas cuestiones que surgen en torno a la incapacidad sobrevenida y por lo tanto a la muerte, en los dos aspectos antes mencionados: la persona misma del incapaz y sus bienes.

Como mera enunciación de los citados problemas que sobrevienen tenemos la obtención de los cuidados médicos y de los medicamentos que habrán de administrarse al incapaz, los derechos que surgen en torno a la llamada “muerte digna”, las disposiciones de tipo funerario que tiene derecho a estipular un sujeto capaz para el momento de su muerte, la disposición de órganos y del cadáver, así como la designación de representantes legales en los casos de menores de edad sujetos a patria potestad y de personas mayores de edad incapacitadas y sujetas a tutela.

En este trabajo, vamos se analiza únicamente el aspecto concerniente a la administración de los bienes del incapaz y las formalidades que se requieren para que la persona, mientras tiene la capacidad para hacerlo, designe al sujeto que lo representará durante su incapacidad. No se analizan los efectos jurídicos relacionados con la persona del incapaz, toda vez que éste tema, de gran interés y

complejidad, podría ser objeto de otro estudio que comprendería aspectos de carácter ético, filosófico y social.

2. Nuestra Legislación

Como estudiamos en el segundo capítulo, para que opere la incapacidad de los sujetos señalados en la fracción II del artículo 450 del Código Civil, se necesita el reconocimiento y la consecuente declaración expresa del estado de interdicción por parte de la autoridad judicial.

Para la declaración de incapacidad de mayores de edad que se encuentran en algunos de los supuestos de la citada fracción segunda del artículo 450 del C.C., además de la vía ordinaria, el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establece la jurisdicción voluntaria como un procedimiento por el cual se solicita al órgano jurisdiccional que declare o deniegue el estado de interdicción de una persona que es considerada incapaz.

Sin embargo, el propio Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal contempla dentro de la jurisdicción voluntaria, la declaración del estado de interdicción como un verdadero juicio ordinario, en el que antes de iniciarse su tramitación debe realizarse ante el juez de lo familiar y como diligencia prejudicial, el nombramiento de un tutor interino.

Si de los dictámenes periciales y médicos realizados en las diligencias prejudiciales se comprueba la incapacidad del sujeto, el juez proveerá entre otras medidas, la de nombrar un tutor y un curador interinos que podrán designarse en el orden expresamente establecido por el CPCDF, de entre las siguientes personas: el padre, la madre, el cónyuge, los hijos, los abuelos y los hermanos del

incapacitado. Si hubiere varios hijos o hermanos, serán preferidos los mayores de edad. En caso de que concurren abuelos paternos y maternos, el juez resolverá según las circunstancias. En caso de no existir ninguna de las personas antes citadas, o no siendo aptas para la tutela, el juez podrá nombrar como tutor interino a una persona de reconocida honorabilidad, prefiriendo a la que sea pariente o amiga del incapacitado o de sus padres y que no tenga ninguna relación de amistad o comunidad de intereses o dependencias con el solicitante de la declaración.

Cabe señalar que el propio Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, califica el anterior procedimiento como un juicio ordinario (art 905 C.P.C.D.F.)

Retomando nuestro tema, consideramos que si bien el legislador estimó que las personas antes señaladas son las más idóneas para cuidar y administrar los bienes del incapaz por su relación de parentesco o filiación y su cercanía natural con él, en la realidad no siempre es así. Existen numerosos casos en los que los familiares más cercanos no son de la entera confianza del interdicto, o bien, no son las personas que él hubiera considerado adecuadas para representarlo. Pueden presentarse casos en los que existan conflictos de intereses, falta de pericia, descuido, apatía o abuso por parte de los tutores o curadores expresamente señalados por la ley. Sería más conveniente que el mismo incapaz designara como administrador de su patrimonio a la persona en quien más confíe.

Asimismo, señala nuestra legislación adjetiva que, durante el juicio de interdicción, el juez deposita los bienes del presunto incapacitado bajo la administración de un tutor interino. Pero si el presunto incapaz está casado bajo el régimen de sociedad conyugal, los bienes los administrará su cónyuge. Con esto último se acentúan aún más, los problemas antes señalados pues se impone al

incapaz un administrador que quizá no sea la persona que él considere más idónea.

Por otra parte, podemos darnos cuenta que los bienes del incapaz se ponen en manos del tutor interino hasta el momento en que se ha acreditado su incapacidad. Surgen así diversas interrogantes: ¿Qué sucede con el patrimonio del supuesto incapaz, desde que de facto no puede discernir sobre la administración de sus bienes hasta el momento en que se nombra a alguien que lo represente? ¿Podrían realizarse actos bajo el carácter de una gestión de negocios que se ratifiquen posteriormente por el tutor interino designado?, en este último caso ¿puede el tutor interino ratificar todo tipo de actos, solo los que tiendan a la conservación del patrimonio del incapaz o en caso de que sea necesario realizar otro tipo de actos pero con autorización judicial, como lo dispone el artículo 905 del CPCDF?

Además, la ley señala que la tutela interina debe limitarse a la protección de la persona y a la conservación de los bienes del incapacitado mientras no se pronuncie sentencia irrevocable. Pudiendo el tutor interino realizar otro tipo de actos, siempre y cuando sea de urgente necesidad resolverlos, se obre “prudentemente” y previa autorización judicial. Con la dificultad de que, si el acto es urgente ¿podría realizarse “obrando prudentemente” pero sin autorización judicial?, ya que de otra manera, no tendría sentido esta disposición que busca solucionar los problemas urgentes que surgen mientras se designa un tutor definitivo.

Por otro lado, todavía después de la designación del tutor interino, el juicio continúa con los reconocimientos médicos de diferentes peritos, en caso de conflicto, una junta de avenencia y, finalmente, una audiencia en la cual, si estuvieren conformes el tutor y el Ministerio Público con el solicitante de la interdicción, se dicta la resolución. En caso de existir conflicto el Código de

Procedimientos Civiles del Distrito Federal señala que deberá iniciarse un juicio ordinario, que en realidad es el que se está tramitando

El tutor definitivo se nombra hasta el momento en que cause ejecutoria la sentencia de interdicción, momento hasta el cual se concluye el proceso de discernimiento de su cargo. Nuevamente surge el problema de determinar, qué sucede con la administración de los bienes del incapaz durante todo este tiempo.

Nuestro Código Civil reconoce en diversos artículos la posibilidad de que ciertos sujetos de derecho designen un tutor que represente a sí mismos o a otros sujetos, en situaciones jurídicas concretas:

- a) Quien ejerce la patria potestad (en la llamada *tutela testamentaria*), puede designar un tutor para el sujeto sobre quien la ejerce:

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

- b) Quien ejerce la tutela de un hijo sujeto a interdicción puede designarle un tutor testamentario:

“ARTICULO 475.- El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

La madre, en su caso, podrá hacer el nombramiento de que trata este artículo.”

- c) El testador que deja bienes a un incapaz que no esté sujeto a patria potestad, puede nombrarle un tutor que los administre:

“ARTICULO 473.- El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes ya sea por legado o por herencia a un incapaz, que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.”

- d) El menor de edad puede designarse a sí mismo un tutor dativo:

“ARTICULO 496.- El tutor dativo será designado por el menor si ha cumplido dieciséis años....”

- e) También el menor puede elegir al tutor legítimo, cuando ha cumplido 16 años:

“ARTICULO 484.- Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.”

Como hemos analizado en los supuestos anteriores, la ley reconoce expresamente la posibilidad de que los menores y los que ejercen la patria potestad o tutela sobre los incapaces, les nombren un tutor. Con ello se fortalece aún más la hipótesis que en este trabajo se plantea, toda vez que sí un incapaz o un tercero pueden nombrar tutor para sí o para otro, con mayoría de razón, no habría impedimento alguno para que las personas capaces nombren a sí mismos un tutor para el momento de su incapacidad o bien prorroguen los poderes otorgados previendo su incapacidad.

En México existe un vacío legislativo en esta materia. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce las declaraciones de voluntad relativas a la propia incapacidad. Ninguna disposición prevé un procedimiento mediante el cual una persona mayor de edad, pueda nombrar a otra de su absoluta confianza como su representante para que administre sus bienes, previendo en lo futuro su propia incapacidad.

Creemos que no existe nadie mejor que el propio interesado, con plena capacidad y lucidez, para elegir a la persona que administre su patrimonio en el caso de que sea declarado interdicto. Todo esto con fundamento en el respeto a la autonomía de la voluntad pues se trata de actos de autodeterminación que regulan sus propios intereses.

En algunos países como España ya se regula la llamada “autodelación de la tutela” La ley catalana del 29 de julio de 1996 fue la primera legislación española que estableció la normatividad de esta figura, al señalar que cualquier persona previendo su posible incapacidad, puede nombrar en escritura pública uno o varios tutores y designarles sustitutos, así como ordenar la exclusión de dichos cargos a ciertas personas.

Señala Juan José Rivas Martínez ¹¹⁰ que, las disposiciones de esta ley están inspiradas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección de la persona incapaz. Amparan y reconocen que la autonomía de la voluntad es el poder concedido a la persona, por el cual, pueden normar sus propias relaciones y que la libertad es el elemento que califica a esa voluntad.

¹¹⁰ Rivas Martínez, Juan José, Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad Ponencia presentada por el notariado español a la VIII Jornada notarial iberoamericana de la Unión Internacional del Notariado Latino, Consejo General del Notariado Español, Madrid, 1998, p 236

Asimismo, en el derecho estadounidense a través del llamado “*living will*”, también conocido como testamento para la vida o disposiciones vitales, se regulan algunas hipótesis relativas a la propia incapacidad, aunque se refieren principalmente a cuestiones sobre la persona y no sobre los bienes del incapaz.¹¹¹

Una vez analizadas las disposiciones vigentes que regulan la incapacidad y habida cuenta de algunos de los principales problemas de nuestro sistema jurídico en esta materia, estudiaremos nuestras propuestas que buscan facilitar la designación de un representante para administrar el patrimonio del que prevé su propia incapacidad y estructurar un régimen para estos casos.

Consideramos que es indispensable para lograr los fines que en este trabajo nos proponemos, que aquel que prevé su incapacidad pueda determinar el régimen de la tutela y atribuya todas las facultades que considere convenientes al que será su representante, cuidando que éstas no contravengan disposiciones de orden público.

3. Diversas soluciones

3.1 Fideicomiso

Antes de entrar al análisis de nuestra propuesta, expondremos brevemente, algunos planteamientos que se han expuesto como solución al problema que aquí se estudia.

¹¹¹ “...se entiende (el “*living will*”) como un documento que rige el mantenimiento o la suspensión de un tratamiento médico cuyo objeto sea el mantener la vida de una persona (el propio otorgante), en el evento de que se presente una condición incurable o irreversible que haya de producir su muerte en un periodo de tiempo relativamente corto, y cuando tal persona no se encuentre ya capacitada para tomar decisiones relativas a su propio tratamiento médico..” Idem, pág 221

El primero es la constitución de un fideicomiso con las siguientes características:

- Fideicomitente - Aquél sujeto que siendo capaz y previendo su propia incapacidad transmite los bienes que teme puedan ser mal administrados por aquella persona, que en caso de que llegase a devengar incapaz, se designaría como tutor o administrador por la ley.
- Fiduciario.- La institución autorizada para actuar como tal, según lo señalado por la Ley de Instituciones de Crédito, encargada de cumplir con los fines para los que se constituiría el fideicomiso.
- Fideicomisario.- Beneficiario de las ganancias obtenidas por el fiduciario durante la administración de sus bienes (podría ser el propio fideicomitente).
- Fines.- La administración de los bienes del incapaz y la provisión de fondos a este último, como fideicomisario, durante el tiempo que dure su incapacidad y según las instrucciones recibidas por el Comité Técnico.
- Objeto.- El patrimonio del fideicomitente, haciendo la consideración de que, la afectación del patrimonio en el fideicomiso, tendría que hacerse respetando los créditos de los acreedores y las obligaciones alimentarias del fideicomitente.
- Comité Técnico.- Organo no indispensable formado por un grupo de personas designadas por el fideicomisario a cuyas ordenes y acuerdos se debe sujetar el fiduciario.

A pesar de que esta figura podría solucionar los problemas patrimoniales para el caso de la incapacidad sobrevenida, creo que no sería la forma más sencilla de hacerlo. Primeramente porque al estar los efectos del fideicomiso

sujetos a la condición de que el fideicomitente devengue incapaz y pudiendo darse el caso de que nunca suceda tal cosa, no tendría razón de ser el que los bienes del fideicomitente estén afectos a un fideicomiso que no surtiría efectos en ese momento y sobre el cual sólo se tendría una expectativa, considerando que debe constituirse dicho fideicomiso mientras el fideicomitente es capaz y por lo tanto, los gastos y honorarios del fiduciario deberán pagarse desde la constitución del mismo.

En segundo lugar, habría que considerar el hecho de que un banco no va a celebrar un contrato de fideicomiso que esté sujeto a la condición de que se pruebe en un juicio el estado de interdicción de una persona, porque implicaría para él celebrar un contrato en el que de antemano se sabe que habrá un juicio.

3.2 Testamento

Se ha planteado como otra solución la designación de un representante para el caso de la incapacidad sobrevenida en un testamento, argumentándose que la propia legislación civil regula la posibilidad de incluir dentro del testamento actos cuya realización tendrían efectos antes de la muerte del autor, como lo es el reconocimiento de hijos.

Al respecto consideramos que el incluir en un testamento disposiciones de este tipo se rompe con la esencia misma del testamento, que es un acto que tiene efectos a partir de la muerte del otorgante y el hecho de que ya se prevea como excepción una disposición de este tipo, no quiere decir que deba ser la regla.

Además, ¿para que complicar las instituciones jurídicas, si puede crearse un instrumento distinto al testamento y pueden aprovecharse figuras que permiten solucionar de una manera más lógica el problema aquí planteado?.

3.3 Renta Vitalicia

También se ha planteado al contrato de renta vitalicia como posible solución. Sobre este tema podemos señalar que el citado contrato es aquél en el cual una persona entrega bienes o una cantidad de dinero a otra, el deudor, para que éste le pague periódicamente una cantidad de dinero hasta su muerte.

A nuestro parecer este contrato no resuelve el problema, por que el objetivo deseado no es que el incapaz reciba una pensión, sino que una persona que él designe siendo capaz administre sus bienes.

Lo que se requiere es una figura que sin afectar los bienes presentes de un sujeto capaz y sin involucrar a terceras personas, permita designar a alguien que administre sus bienes en el caso de que devengue incapaz.

4. Disposiciones para la propia incapacidad

Primeramente debemos tener presente que el derecho mexicano reconoce ampliamente la existencia de los llamados derechos de la personalidad (vid supra cap primero), y que a pesar de que no tienen un contenido patrimonial, su ejercicio puede traer consecuencias en este ámbito.

Dentro de ellos, se contempla el de libertad y por lo tanto el de la autodeterminación, si bien no en todos los ámbitos como ya hemos señalado, sí al menos en lo patrimonial, en donde cada persona puede decidir si otro sujeto puede administrar sus bienes, la forma de hacerlo y el régimen que normará esa administración.

Dentro del derecho familiar se distinguen dos grandes intereses a proteger, los extra patrimoniales y los patrimoniales. Los primeros, por el interés que tienen para la sociedad y para cada persona, son de orden público y por lo tanto, el ámbito de la autarquía personal está limitado, si no es que casi está excluida por completo. Por otra parte, dentro de los patrimoniales puede ejercitarse con ciertos límites la autonomía de la voluntad.

A la tutela impropia se le ha considerado como una institución de derecho familiar exclusivamente extra patrimonial y, por lo tanto, fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, consecuentemente no se ha contemplado la posibilidad de que los sujetos capaces designen al tutor que habrá de cuidar de ellos y de su patrimonio, para el caso de que llegasen a ser incapaces. Sin embargo, debemos distinguir dentro de la tutela misma las cuestiones que son meramente familiares de las de contenido patrimonial, toda vez que la tutela contempla ambos aspectos, a pesar de que el primero es más acentuado (“Artículo 449.- El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes.... En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados....”).

Podemos afirmar que si la administración de los bienes del incapaz es una cuestión meramente patrimonial, no debiera existir impedimento alguno para que intervenga en su determinación y regulación la autonomía de la voluntad de cada persona.

Además, como vimos anteriormente, dentro del Código Civil se prevén actualmente diversos supuestos en los que las personas designan o eligen para sí (en el caso de los menores) o para otros (en el caso de los que ejercen la patria potestad o tutela sobre incapaces) tutores. Reconociendo en esos casos la norma misma, que no existe un impedimento de orden público para la autodelación de tutela y menos aún si únicamente se afecta el aspecto patrimonial del incapaz.

A pesar de la preferencia que consideramos debe establecerse para la designación de representante por el propio afectado, consideramos que el régimen de representación de los incapaces continúa siendo de interés público, y en consecuencia la única variante que se propone, es que el propio afectado pueda designar a la persona que lo representará en el caso de que devengase incapaz y determinar ciertos aspectos del régimen de esa representación según sus intereses, siendo el régimen legal actual supletorio y subsidiario.

El nuevo régimen de designación de tutor y facultades no afectaría en nada la actuación, facultades y supervisión del tutor, del curador, del Juez de lo Familiar o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus cargos. Únicamente se estaría en primer lugar a lo determinado por aquel a quien sobrevino incapaz, siempre que no contraviniese lo estipulado en la ley, y en el entendido de que a falta de estipulación expresa se estaría a lo señalado por la propia ley.

Para cumplimentar lo anterior nuestra propuesta es en dos sentidos: el primero que se refiere al poder prorrogado, y el segundo referido a la designación del tutor en un instrumento notarial.

4.1 Poder Prorrogado

Con relación a la primera de las propuestas y como vimos anteriormente, el poder es el otorgamiento de facultades que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. Es una declaración unilateral recepticia que puede tener como fuente la ley o la voluntad del sujeto llamado dominus, y normalmente se le relaciona con el contrato de mandato, sin embargo, cuando tiene su origen en la voluntad puede unirse a cualquier otra institución como son el contrato de prestación de servicios, el fideicomiso y la sociedad, entre otros.

Por tanto, el poder es un acto o negocio unilateral que deriva de la voluntad misma y del consentimiento del representado y al cual le es ajena, para su perfección, la voluntad y el consentimiento del apoderado, por tanto, la aceptación o el rechazo del poder hecho por el representante, en nada influye este negocio.

En la institución del poder el principio de autonomía privada o autonomía de la voluntad, constituye la regla general. Sólo hay representación si el representado o principal así lo han querido. La representación es obra de la voluntad del representado, que es quien, mediante un acto de su voluntad, crea la situación respectiva y quien establece el ámbito o cuadro de los poderes del representante.

La única dificultad que se presenta actualmente en la representación conferida a través de un poder, es que según el artículo 2595 del C.C. el mandato termina por interdicción del mandatario, cuestión que se entiende, porque no puede ser representante un sujeto que no tiene capacidad para actuar en el mundo jurídico. Sin embargo, la legislación civil no es absolutamente tajante en cuanto al momento en que la muerte y la incapacidad de una de las partes hacen cesar sus obligaciones y efectos, pues la parte que subsiste debe proveer al cumplimiento de las finalidades propuestas en el negocio, una vez declarada incapaz a la otra parte, hasta que sus causahabientes tomen el ejercicio del negocio.

También termina el mandato por la interdicción del mandante, hipótesis que no tiene porque ser una regla, ya que podría establecerse sin violar ninguna disposición de orden o interés público, como excepción a esta norma, el hecho de que el mandante o el sujeto que pretenda ser representado, disponga expresamente y cumpliendo con las formalidades del caso, que la representación

continúe aún cuando hubiese sobrevenido incapaz, así como la determinación del régimen de esa representación.

Las facultades de investidura podrán referirse a todo tipo de facultades, con exclusión sólo de aquellas que puedan constituir un ilícito o no convengan objetivamente al negocio y desde luego las relativas a la autocontratación.

Asimismo, las facultades pueden limitarse por el mandante en cuanto al objeto y también en cuanto a las facultades mismas, debiendo el representante rendirle cuentas y sujetarse a la vigilancia del tutor, del curador y del órgano judicial. Es decir, el representante deberá ser supervisado por el tutor designado por el propio incapaz o bien por la ley, subsistiendo las facultades y limitaciones tal y como le fueron conferidas. En el entendido de que las obligaciones que corresponden al mandatario pueden exigirse por el tutor una vez incapaz el mandante

4.1.1. Reformas al Código Civil

Para llevar a cabo esta propuesta, es necesario reformar diversos artículos del Código Civil para quedar redactados de la siguiente forma:

“Artículo 2595.- El mandato termina: ...V. Por la interdicción de uno u otro, excepto que se hubiere otorgado con la mención expresa de que habría de subsistir aún cuando el mandante sobrevenga incapaz, según el artículo 2555 Bis.”

“Artículo 2555 Bis.- El mandato debe otorgarse en escritura pública ante notario, cuando el mandante disponga expresamente que el mandato debe subsistir aún cuando sobrevenga incapaz.”

“Artículo 2561 Bis.- Cuando exista un poder prorrogado otorgado en términos del artículo 2555 Bis, las obligaciones a que se refieren los Capítulos II y II del presente Título, podrán ser exigidas al mandatario por el tutor designado en términos de los artículos 904 y 905 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.”

4.1.2. Reformas a la Ley del Notariado

El notario ante el cual se otorgara un poder en los términos anteriores, deberá dar aviso de tal cosa al Archivo General de Notarías, para que tome razón de ello, en el registro que lleve para tales efectos, en los mismos términos que adelante señalamos, al hablar de la designación de tutor.

4.2 Autotutela

Con relación a la segunda propuesta, consideramos que no habría impedimento alguno para que un sujeto nombre al que habrá de ser su tutor en caso de que llegase a quedar incapaz siempre que este nombramiento cumpla con ciertas formalidades y se publicite, ya que como hemos comentado, la institución de la tutela es de orden público.

Proponemos que debe ser hecho en un instrumento notarial y publicitarse a través de su anotación en un registro, que para tales efectos llevaría el Archivo General de Notarías del Distrito Federal, haciendo similitud con las anotaciones que se hacen en ese archivo de los testamentos otorgados ante notario.

Cabe señalar, que sería una propuesta objeto de otro estudio, la creación de algún organismo o institución federal con el carácter de registro de voluntades, en donde se llevara el control y registro a nivel federal, de las declaraciones de voluntad de los sujetos, como son el testamento y las que en esta exposición se

proponen (disposiciones para la propia incapacidad o autotutela). Con el fin de que se tuviera control y certeza de los otorgamientos de este tipo de voluntad, que se hicieren en todo el territorio nacional.

Actualmente para saber si una persona otorgó testamento en algún estado de la República, es necesario pedir informes en cada uno de los Estados, si es que en ellos hay Archivo de Notarías o un organismo similar, y si no hay que estudiar la Ley de Notariado de cada Estado para saber cuál es el sistema de control que para estos efectos se lleva a cabo

Reformando el artículo 73 Constitucional y con fundamento en el 124, se podría atribuir a la federación la facultad de crear un Registro Federal de voluntades dependiente de la Secretaría de Gobernación

En relación con nuestro tema debemos señalar que para poder hacer esta designación se requerirá el raciocinio necesario para obligarse y gobernarse a sí mismo, así como capacidad legal. Sería conveniente que la ley atribuyera capacidad para este supuesto, a todos aquellos que no carezcan de capacidad natural y que hayan cumplido la edad necesaria para contraer matrimonio y otorgar testamento aún cuando no hayan adquirido la mayoría de edad (dieciséis años).

Esta designación, en virtud de que se fundamenta en la autonomía de la voluntad podría revocarse en cualquier momento, sin necesidad de nombrar a nadie y dejando dicha designación a la ley, o bien nombrando a una persona distinta o a sustitutos en su caso. Siempre que se guarden las mismas formalidades y publicidad que se siguieron para el nombramiento y debiendo surtir efectos el último nombramiento

Ahora bien, una vez iniciado el juicio de interdicción el juez deberá pedir al Archivo General de Notarías o a la institución que se crease para tales efectos,

un informe sobre la existencia o inexistencia de dicho nombramiento, haciendo constar tal hecho en el expediente judicial.

En caso de no existir institución alguna en este sentido, el juez continuará con lo establecido por la ley. Por el contrario, si existe dicha estipulación, además de tomarse nota en el expediente, deberá solicitarse al tutor designado que exhiba copia del instrumento en el que conste dicho nombramiento, procediéndose a su nombramiento como tutor interino una vez determinada la incapacidad del afectado, según lo señalado por el artículo 904 del CPCDF.

En caso de que el tutor instituido no aceptara el cargo, se procederá al llamamiento de los tutores nombrados como substitutos, en el orden prescrito. Si tampoco aceptan el cargo, entonces se procedería según lo establecido en ley.

4.2.1. Reformas al Código Civil

Para llevar a cabo lo anterior, es necesario reformar diversos artículos del Código Civil, a saber:

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

“Artículo 481 BIS.- El mayor de edad capaz, o el menor que ha cumplido dieciséis años, podrá designar a la persona que ejercerá la tutela para el caso de que sea declarado incapaz. El nombramiento hecho en los términos de este artículo excluye del ejercicio de la tutela a las personas mencionadas en los artículos 475, 481 y 486 a 491.

Esta designación debe hacerse ante notario público y será revocable en cualquier momento por el propio sujeto que la hizo, siempre que continúe siendo capaz y cumplan las mismas formalidades establecidas para el nombramiento del tutor.

“Artículo 482.- Ha lugar a la tutela legítima: I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, ni tutor designado por el propio incapaz según lo señalado por el artículo anterior.”

4.2.2. Reformas al Código De Procedimiento Civiles del Distrito Federal

Por su parte, el CPCDF deberá reformarse en las siguientes disposiciones:

“Artículo 940.- La declaración de incapacidad por causa de demencia, se acreditará en juicio ordinario que se seguirá entre el peticionario y un tutor interino que para tal objeto designe el juez.

Como diligencias prejudiciales se practicarán las siguientes:

- I. Recibida la demanda de interdicción, el juez ordenará las medidas tutelares conducentes al aseguramiento de la persona o los bienes del señalado como incapacitado. En caso de que existiera poder prorrogado o nombramiento de tutor, se estará a lo señalado en el siguiente párrafo; ordenará que la persona que auxilia a aquél cuya interdicción se trata, lo ponga a disposición de los médicos alienistas o de la especialidad correspondiente, o bien, informe fidedigno de la persona que lo auxilió u otro médico de convicción que justifique la necesidad de estas medidas.

Asimismo, el juez pedirá al Archivo General de Notarías un informe sobre la existencia de disposiciones sobre la propia incapacidad otorgadas por el sujeto cuya interdicción se solicita.

En caso de existir éstas, el juez ordenará al peticionario exhiba copia del instrumento notarial en que conste su nombramiento como tutor o en su caso el poder prorrogado, con la determinación expresa de que el mismo

debe subsistir aún ante la incapacidad sobrevenida al otorgante. En caso de no tenerlo, el juez requerirá al encargado del protocolo o archivo correspondiente, que le remita copia del mismo.

III...el juez proveerá la siguientes medidas. a) Nombrar tutor y curador interinos, cargos que deberán recaer en las siguientes personas, si tuvieran aptitud necesaria para desempeñarlos el designado por aquel cuya interdicción se pide, en términos de lo dispuesto por el artículo 481 Bis del Código Civil vigente para el Distrito Federal; en caso de no existir tal designación el cargo recaerá en las siguientes personas: padre, madre, cónyuge.. b) Poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración del tutor interino. Los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge, en el entendido de que si existiere un poder prorrogado en términos del artículo 2555 BIS del Código Civil vigente para el Distrito Federal, y tomando en cuenta el objeto, las facultades en el mismo establecidas y la existencia de la sociedad conyugal en su caso, el apoderado designado continuará con la realización de los encargos a él encomendados y con la administración de los bienes del incapaz, en su caso. En lo no previsto por el citado mandato, se estará a lo prescrito por el presente ordenamiento...”

4.2.3. Reformas a la Ley del Notariado

Finalmente, a la Ley de Notariado del Distrito Federal deberá adicionarse un artículo en los siguientes términos:¹¹²

“Artículo 80 BIS.- Siempre que se otorguen disposiciones sobre la propia incapacidad, el notario ante quien se otorgaron, presentará aviso al Archivo General de Notarías dentro de los cinco días hábiles siguientes, en el que

¹¹² Nota de la autora. Por la reciente reforma a la Ley de Notariado, las reformas hechas en artículo 80 Bis del citado ordenamiento, se entenderán hechas al artículo 121 Bis de la nueva Ley de Notariado

expresará el número y fecha de escritura; nombre y apellidos, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, nacionalidad, ocupación y domicilio del autor de dicha disposición y recabará la constancia respectiva.

El Archivo General de Notarías llevará un registro especialmente destinado a asentar las inscripciones relativas a las disposiciones sobre la propia incapacidad, con los datos anteriormente citados.

Los jueces ante quienes se tramite el juicio de interdicción, recabarán información, del Archivo General de Notarías sobre la existencia de disposiciones sobre la propia incapacidad otorgadas por la persona cuya interdicción se tramite y, en su caso, la fecha de otorgamiento”

CONCLUSIONES

1. Existe la necesidad de revisar constantemente el Derecho positivo y las instituciones jurídicas, a fin de que se adapten a la realidad cambiante y se encuentren soluciones jurídicas acordes con los problemas que se presentan día a día.
2. La autonomía privada se entiende en sentido genérico como la libertad que permite ejercitar facultades y derechos y en sentido estricto (autonomía de la voluntad) como la libertad de conformar relaciones jurídicas.
3. La persona es el centro del Derecho y la razón de existir del mismo. Es el sujeto al que el orden jurídico, con el fin de que participe en el mundo del Derecho y se le imputen las consecuencias establecidas por la norma, reconoce como tal y como titular de derechos, obligaciones y atributos.
4. El Derecho debe respetar y proteger las características naturales de las personas y de esta manera permitir que se desarrollen como tales para poder lograr el bien común, la justicia y la seguridad jurídica.
5. La persona por el simple hecho de serlo cuenta con los llamados derechos de la personalidad que son naturales, innatos, originarios y esenciales, existen con la persona misma y su fundamento es la naturaleza humana, ya que de ella derivan.
6. El Derecho reconoce, a través de la llamada personalidad jurídica, a la persona como tal. Asimismo, reconoce que tiene ciertas cualidades que le permiten proyectar sus actos en el mundo jurídico, es decir, que tiene ciertos atributos entre los que se encuentra la capacidad jurídica.

7. Se distinguen la personalidad y la capacidad jurídica, toda vez que la primera es el reconocimiento que hace la norma del individuo como persona, mientras que la segunda es una cualidad o atributo de la persona que le permite ser titular de derechos y obligaciones y por lo tanto modificar su situación jurídica.
8. La capacidad jurídica es el atributo de la persona que le permite ser titular y ejercitar derechos y obligaciones. La aptitud que le permite ser titular de derechos y obligaciones se llama capacidad de goce, la que le permite ejercitar esos derechos y obligaciones se denomina capacidad de ejercicio.
9. En sentido genérico, la incapacidad es la falta de aptitud de las personas para ejercitar derechos y obligaciones; es aquella que impide que los sujetos realicen actos válidos y se obliguen por sí mismos.
10. Todas las personas tienen capacidad de goce. En nuestra legislación únicamente se contempla la incapacidad de ejercicio, que es aquella que impide a los sujetos obligarse por sí mismos y expresar de forma libre y consciente su voluntad, requiriendo por tanto, de una persona que exprese dicha voluntad por ellos.
11. Al sobrevenir incapaz una persona, se afectan las relaciones jurídicas derivadas de dos aspectos fundamentales en su vida: su persona y su patrimonio, toda vez que no podrá emitir su voluntad y obligarse por sí mismo respecto a ellos y necesitará del auxilio de otra persona para afectar estas esferas jurídicas.
12. La representación es el medio por el cual una persona llamada representante realiza uno o más actos jurídicos a nombre de otro, con el fin de que los efectos se produzcan exclusiva e inmediatamente en la esfera jurídica de otra persona llamada representado.

13. La representación tiene su justificación por que resuelve tres necesidades: primeramente, en la que tienen los privados de capacidad de ejercicio de actuar en el mundo jurídico; en segundo lugar, en la que tienen las personas morales de ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones; y por último en la que tienen los capaces, de actuar simultáneamente en dos lugares distintos.
14. La representación en razón de su origen puede ser: necesaria, aquella a través de la cual las personas morales ejercitan su capacidad de ejercicio; legal, aquella que tiene su origen en una imposición legal; y voluntaria, aquella que se instituye en interés de un particular y que surge de la autonomía privada.
15. En virtud de la representación legal, la norma legitima directamente a una persona a actuar en el mundo jurídico y por cuenta y en nombre de otro u otros sujetos: los menores de edad y los incapacitados, a través de instituciones jurídicas como la patria potestad y la tutela.
16. La tutela tiene por objeto proteger y representar a los incapaces naturales o legales que no se encuentran sujetos a la patria potestad, cuidando preferentemente de la persona de los incapacitados.
17. Para que pueda conferirse la tutela en el caso de los incapaces a que se refiere la fracción II del artículo 450 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, es necesario que ésta se declare previamente por el órgano jurisdiccional, a través del llamado juicio de interdicción. A diferencia de la declaración de minoridad, que hace prueba plena por sí misma y no es necesario probarla, aunque el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establezca un procedimiento para ello.
18. El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal dentro del título de Jurisdicción Voluntaria, regula el juicio de interdicción como un juicio ordinario. Por lo tanto podemos afirmar que la vía procesal para declarar a una persona interdicta es el juicio ordinario.
19. Antes de proceder a la tramitación del juicio de interdicción y del nombramiento de tutor definitivo, una vez decretadas las medidas de

aseguramiento de los bienes y de la persona del señalado como incapacitado y como una diligencia prejudicial, deben tramitarse los nombramientos de tutor y curador interinos de entre las personas y en el orden señalados por el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

20. Con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, las personas capaces podrían nombrar al sujeto que consideran apto para ejercitar la tutela sobre ellos mismos para el caso de que llegasen a ser incapaces, sin que con ello se afectaran derechos de terceros o se contraviniese alguna norma de orden público.
21. La designación de un tutor para la propia incapacidad en su caso, deberá hacerse en un instrumento notarial y publicitarse a través de una anotación en un registro que para tal efecto deberá llevar el Archivo General de Notarías del Distrito Federal.
22. La designación hecha en términos del inciso anterior, podría revocarse en cualquier momento siempre y cuando se cumpla con las mismas formalidades establecidas para su otorgamiento.
23. El nombramiento de un tutor hecho por un sujeto que prevé su propia incapacidad no afectaría la figura de la tutela que es de orden público.
24. La legislación vigente hoy día reconoce la posibilidad de que ciertos sujetos de derecho designen un tutor que represente a otro (en tutela testamentaria) o a sí mismos (en la tutela dativa y en la tutela legítima).
25. En virtud de la representación voluntaria, las personas con plena capacidad legitiman a otra u otras personas, para que en su nombre y por su cuenta celebren uno o varios negocios jurídicos, a través de figuras como el poder y el mandato.
26. El poder y el mandato son dos instituciones a través de las cuales se actualiza la representación. Se distinguen en tanto que el poder es una declaración unilateral de la voluntad, cuyos efectos dependen de su ejercicio y que

siempre es representativo. El mandato es un contrato que crea una relación jurídica directa entre mandante y mandatario desde que existe un acuerdo de voluntades y que puede o no ser representativo.

27. El poder y el mandato terminan por la interdicción de las partes que intervienen en ellos: poderdante, apoderado, mandante y mandatario.
28. La terminación del poder y del mandato por la interdicción del poderdante o del mandante no tiene por que ser una regla, ya que podría facultarse a estos sujetos a que dispongan expresamente y cumpliendo los requisitos de ley, que la representación que confieren continúe aún cuando devenguen incapaces.
29. La prórroga del poder como una disposición para la propia incapacidad tiene su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad.
30. Las personas con plena capacidad y lucidez debieran poder elegir a la persona que debe administrar su patrimonio en el caso de que devengasen incapaces, ya sea a través del poder prorrogado, ya por el nombramiento de un tutor.

BIBLIOGRAFÍA

ALCALA ZAMORA Y TORRES, Niceto, "Ensayo sobre la tutela", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, enero a marzo de 1974, núm. 3.

BARRERA GRAFF, Manuel, "La representación voluntaria en el Derecho Privado", Instituto de Derecho Comparado, México 1987.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel, "Obligaciones Civiles", Oxford University Press, México, 1997.

BELLMONT Y MORA, José y otros, "Anuario de la Escuela Judicial", Tomo XI, Madrid, España 1974.

BETTI, Emilio, "Teoría General del Negocio Jurídico" Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

BONNECASE, Julien, "Tratado elemental de Derecho Civil", Editorial Harla, México, 1997.

BORJA SORIANO, Manuel, "Teoría General de la Obligaciones", Editorial Porrúa, México, 1996.

CARIOTA FERRARA, Luigi, "El Negocio Jurídico", Madrid, 1956.

CASTAN TOBEÑAS, José, "Derecho Civil Español, Común y Foral", Tomo I, Madrid, 1952.

- CASTAN VAZQUEZ, José María, “La Patria Potestad”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- CERVANTES, Manuel, “Historia y Naturaleza de la Personalidad Jurídica”, Editorial Cultura, México, 1932.
- COLLIN AMBROSIE Y CAPITANT Henri, ”Curso Elemental de Derecho Civil”, versión a español de Demófilo de Buen, Tomo I, Editorial Reus, Madrid, 1952.
- CHAVEZ ASECIO, Manuel E., “El Deber Jurídico Familiar”, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Núm. 13. Tomo I, México 1981.
- DE AQUINO, Tomás, “ Suma Teológica “, Club de Lectores, Madrid, 1990, Tomo I.
- DE BUEN LOZANO Nestor, “La decadencia del contrato”, Textos Universitarios, S.A. México, 1965.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Bienes de la Personalidad”, Madrid, 1974.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Tratado práctico y crítico de Derecho Civil” Tomo X “El Negocio Jurídico”, Instituto Nacional de estudios Jurídicos, Madrid, 1980.
- DE IBARROLA, Antonio, “Derecho de Familia” Editorial Porrúa, México 1990.
- DE PINA, Rafael, “Elementos Derecho Civil Mexicano.” Introducción, Personas, Familia, Editorial Porrúa, México 1980.

DE SANTO, Víctor, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996.

Diccionario jurídico Mexicano del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2ª edición, Tomo I-O, Editorial Porrúa, México, 1988.

DIEZ PICAZO, Luis, "La representación en el Derecho Privado", Civitas, Madrid, 1979.

DOMINGUEZ MARTINEZ, Jorge Alfredo, Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1990.

ENNECCERUS NIPPERDEY, "Derecho Civil", Parte General, Trad. Blas Perez Gonzalez y José Alguer, Vol. I, Barcelona, 1947.

GALINDO GARFIAS, "Derecho Civil", Editorial Porrúa, México, 1995.

GOMEZ LARA, Cipriano, "Derecho Procesal Civil", Oxford University Press, México, 1997.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, "Derecho de las Obligaciones", Editorial Porrúa, México, 1995.

HERVADA, Javier, "Introducción Crítica al derecho Natural", EUNSA, México, 1985.

IGLESIAS, Juan, "Derecho Romano Historia e Instituciones", Editorial Ariel, S.A., Barcelona, España 1900.

JOSSERAND, Louis, "Derecho Civil", versión en Español revisada y completada por Broun, España 1951, 2 tomos en 5 volúmenes.

“Legislación Mexicana o Colección Completa de las disposiciones legislativas”, ordenada por los Licenciados Manuel Dublan y José María Lozano, Edición Oficial, Tomo I, México 1876.

“Leyes y Códigos de México, Código Civil para el Distrito Federal”, Colección Porrúa, Editorial Porrúa, México 1995.

Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones, Tomo III, Editorial Porrúa, México, 1978.

MATEOS ALARCON, Manuel, “Lecciones de Derecho Civil”, Editorial Porrúa, Tolo I, México 1985.

MAZEAUD, Henry, “Lecciones de Derecho” Traducción de Alcalá Zamora, Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959.

MENDIZABAL OSES, Luis, “Derecho de Menores”, Ediciones Pirámide, S.A., Madrid 1977.

MESSINEO, Francesco, “Doctrina General del Contrato”, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1952.

MILLAN PUELLES, Antonio, “Persona humana y justicia social”, Editorial Minos, México, 1990.

MUÑOZ, Luis, “Derecho Civil Mexicano”, Ediciones Modelo, México 1971.

PACHECO ESCOBEDO, Alberto, “La persona en el Derecho Civil Mexicano”, Editorial Panorama, México, 1992.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, “Representación, Poder

- y Mandato”, Editorial Porrúa, México, 1997.
- PLANIOL, Marcelo, “Tratado práctico de Derecho Civil”, Editorial Oxford University Press, México 1999.
- RECASENS SICHES, Louis, “Introducción al Estudio del Derecho”, Editorial Porrúa, México 1985.
- RIPERT GEORGE Y BOULANGER JEAN, “Tratado de Derecho Civil”, Tomo I, según tratado de Planiol, Buenos Aires, 1963.
- RIVAS MARTINEZ, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, Ponencia presentada por el notariado español a la VIII Jornada Notarial Iberoamericana de la Unión Internacional del Notariado Latino, Consejo General del Notariado Español, Madrid 1998.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Derecho Civil Mexicano”, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1993.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón, “De los Contratos Civiles”, Editorial Porrúa, México 1994.
- TRABUCCHI, Alberto, “Instituciones de Derecho Civil”, Traducción de Luis Martínez Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Tomo I, Madris 1967.
- VILLORO TORANZO, Miguel, “Introducción al Estudio del Derecho” Editorial Porrúa, México, 1998.

LEGISLACIÓN

Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de la Baja California, Editorial Económica Limpia y Correcta, México, 1979.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1996.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 1999.

Código de Napoleón, con las variaciones adoptadas por el cuerpo legislativo el día 3 de septiembre de 1807, edición facsimilar de Colegio de Notarios del Estado de Jalisco, 1997.

Ley de Salud, Editorial Porrúa, México 1996.

Ley Sobre Relaciones Familiares, Edición oficial, México, 1936.