

315009

UNIVERSIDAD SALESIANA A.C. /



DERECHO

"LA OBTENCION DE LA TUTELA DATIVA EN LOS
MENORES DE 16 AÑOS A TRAVES DE LA DENUNCIA
DE UN TERCERO"

293829

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A N :

MARIA DEL CONSUELO AGUILAR SANCHEZ

KARINA VILLALBAZO GUERRERO

ASESOR: LIC. GUSTAVO GARDUÑO NAVARRO

MEXICO, D.F.,

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECEMOS A:

DIOS: " POR HABERNOS GUIADO HASTA AQUÍ, Y SOBRE TODO POR ILUMINAR NUESTRAS VIDAS PARA LLEGAR A ESTE MOMENTO. ASI COMO POR PONERNOS EN EL CAMINO CORRECTO, Y CON LAS PERSONAS CORRECTAS"

A **MARIA AUXILIADORA** Y A **SAN JUAN BOSCO** POR DARNOS SU BENDICION Y SU CUIDADO... GRACIAS.

AL R.P. **THELIAN ARGEO CORONA CORTEZ** POR SU CARIÑO, AMISTAD Y CONFIANZA.

AL LIC. **GUSTAVO GARDUÑO NAVARRO** POR TODO EL TIEMPO INVERTIDO PARA ESTE PROYECTO, POR SUS CONSEJOS Y SU AMISTAD, EN VERDAD GRACIAS.

AL LIC. **IGNACIO QUEZADA CASTILLO** POR SU APOYO. Y A NUESTRA QUERIDA UNIVERSIDAD POR LOS AÑOS EN ELLA TRANSCURRIDOS.

A TI MAMITA POR SER EL ANGEL QUE DESDE EL CIELO ME CUIDA, GRACIAS POR HABER SIDO NO SOLO MI MAMI, SINO SOBRE TODO MI AMIGA, POR TODAS LAS COSAS QUE ME ENSEÑASTE, Y LA ALEGRIA QUE ME DISTE Y LO MAS IMPORTANTE POR HABERME DADO LA VIDA. TE QUIERO MUCHO POR SIEMPRE TU BEBE.

HORACIO GRACIAS POR TODO TU AMOR, CARIÑO, APOYO Y LA PACIENCIA QUE ME HAZ BRINDADO, POR SER NO SOLO EL HOMBRE AL QUE AMO SINO EL SER QUE ME HIZO NUEVAMENTE SONREIR, GRACIAS POR TODOS LOS BELLOS MOMENTOS QUE HEMOS VIVIDO, POR ENSEÑARME A DISFRUTAR CADA INSTANTE Y POR HACER DE MI VIDA ALGO MARAVILLOSO. ESTE LOGRO ES DE LOS DOS... TE AMO.

PAPI POR TODO TU APOYO A LO LARGO DE ESTE DURO CAMINO, POR ESTAR A MI LADO, Y POR AYUDARME A LLEGAR HASTA AQUÍ, EN VERDAD MUCHAS GRACIAS, TE QUIERO.

A TI HERMANITO QUE AUNQUE LEJOS SIEMPRE ESTAS EN MI CORAZON, GRACIAS POR TU CARIÑO. POR PENSAR EN MI SIEMPRE Y POR HABERME CUIDADO HASTA HOY. TE QUIERO MUCHO KENA.

**GRACIAS A MI ABUELITA, A MIS TIOS,
A MIS PRIMOS, AMIGOS Y DEMAS
SERES QUERIDOS QUE HAN ESTADO
PRESENTES EN CADA MOMENTO DE MI
VIDA.**

**A LA FAMILIA PARRA, POR ACOGERME
EN SU HOGAR Y POR TODO EL CARIÑO
QUE ME HAN DADO. EN ESPECIAL A LA
SRA. JULIETA, MUCHAS GRACIAS.**

**A JESUS ARRIETA POR SER PARTE DE
NUESTRA FAMILIA, Y POR TODO EL
CARIÑO A LO LARGO DE ESTOS AÑOS
GRACIAS.**

A TI PAPA, POR HABERME DADO UNA GRAN PARTE DE TU VIDA, POR SER SIEMPRE UN EXCELENTE PADRE, Y PORQUE AUNQUE YA NO TE TENGO AQUÍ FÍSICAMENTE, SE, QUE EN DONDE QUIERA QUE AHORA ESTES, DEBES SENTIRTE MUY ORGULLOSO POR ESTE PEQUEÑO GRAN LOGRO.....TE AMO.

A TI MAMA, POR TU DIVINA PRESENCIA EN MI VIDA, PORQUE GRACIAS A TU APOYO ESTE PEQUEÑO SUEÑO ES HOY UNA REALIDAD, POR SER MI MAS GRANDE ORGULLO, POR SER LA MEJOR CREACIÓN DE DIOS, PERO SOBRE TODO POR TU ETERNO AMOR.

ERES MI MEJOR MOTIVO PARA VIVIR.....TE AMO CON TODA EL ALMA.

**A MIS HERMANOS: ALEJANDRO,
VERÓNICA Y HECTOR; POR SU
APOYO, POR CREER EN ESTE
PROYECTO Y POR NO PERDER LA FE
EN QUE ESTE MOMENTO LLEGARIA.**

**A TI, POR TODO TU APOYO, POR
CONFIAR EN MI Y EN ESTE TRABAJO,
POR TODOS LOS ANIMOS Y LAS
"PORRAS", POR IMPULSARME A
CONCLUIR CON ESTE PROYECTO.
POR SER UNA PARTE
IMPORTANTISIMA DE MI VIDA, POR
TODO LO QUE HA SIDO, ES Y
SERA.....UN MILLON DE GRACIAS.**

LA OBTENCION DE LA TUTELA DATIVA EN LOS MENORES DE 16 AÑOS A TRAVES DE LA DENUNCIA DE UN TERCERO

CAPITULO 1 ANTECEDENTES DE LA TUTELA

- 1.1. La Tutela en el Derecho Romano
 - 1.1.1. El Tutor
 - 1.1.2. Funciones del Tutor
 - 1.1.3. Clases de Tutela
 - 1.1.4. Acciones
 - 1.1.5. Obligaciones y Requisitos del Tutor
 - 1.1.6. Excusas para el desempeño de la tutela
 - 1.1.7. Fin de la tutela
- 1.2. La Tutela en la Legislación Española
 - 1.2.1. Sujetos sobre los cuales recae la Tutela
 - 1.2.2. Clases de Tutela
 - 1.2.3. Organos de la Tutela
 - 1.2.4. Terminación de la Tutela
- 1.3. La Tutela en México
 - 1.3.1. Código Civil de 1870
 - 1.3.2. Código Civil de 1928

CAPITULO 2 TUTELA

- 2.1. Definición
- 2.2. Objeto
- 2.3. Características de la Tutela
- 2.4. De las personas que desempeñan la Tutela
 - 2.4.1. Concepto de Tutor
 - 2.4.1.1. Diferencias entre Tutor y Curador
 - 2.4.2 Características del Tutor
 - 2.4.2.1. De los impedimentos y excusas para ser Tutor
 - 2.4.2.2. La separación del cargo
- 2.5. Clases de Tutela
 - 2.5.1. Tutela testamentaria
 - 2.5.2. Tutela legítima

CAPITULO 3. LA TUTELA DATIVA Y SU REPERCUSIÓN EN LA FIGURA DEL MENOR

- 3.1. Concepto de Tutela Dativa
 - 3.1.1. Características
- 3.2. Medios de Obtención
 - 3.2.1. De acuerdo a la legislación
- 3.3. Concepto de menor
- 3.4. La tutela en los menores de 16 años
- 3.5. Aspecto Psicológico y social del menor ante la tutela dativa

CAPITULO 4. FUNCIONES DEL TUTOR Y LA REGULACION DE LA TUTELA DATIVA

- 4.1. Derechos y Obligaciones del Tutor
 - 4.1.1. Respeto del menor
 - 4.1.2. Respeto de la representación del pupilo
 - 4.1.3. Respeto de sus bienes
- 4.2. Garantía que debe prestar el tutor
 - 4.2.1. Remuneración económica del tutor
- 4.3. Cuentas de la Tutela.
- 4.4. Juez de lo Familiar
- 4.5. Consejo local de tutelas
- 4.6. Ministerio Público

CAPITULO 5 LA DENUNCIA DE UN TERCERO

- 5.1. Concepto de Tercero Interesado
- 5.2. Denuncia en materia civil
- 5.3. la obtención de la tutela dativa en los menores de 16 años a través de la denuncia de un tercero
- 5.4. Reforma a los artículos 497 y 500
- 5.5. Jurisprudencia

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TUTELA

1.1. LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO

En la historia del derecho romano, las personas se dividían en dos grupos sociales que son a saber: los Alieni iuris y los Sui iuris.

Las personas Sui iuris, eran en el Derecho romano aquellas sobre las cuales no existía autoridad alguna y tampoco estaban sometidas a ninguna potestad sino que dependían de ellas mismas, sin embargo, dentro de éstas existían los incapaces, que el estado romano protegía, dándoles un tutor o un curador. Servio Sulpicio contemporáneo de Cicerón definió a la tutela del siguiente modo:

“Tutela est, vic ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civile data ac permissa, ¹”

Lo cual significa: la tutela es una autoridad y un poder que el derecho civil da y permite sobre un individuo libre, con el propósito de brindarle un apoyo y protección a la impotencia de hacerlo por él mismo en razón de su edad.

En todos los pueblos civilizados, se había reconocido la necesidad de establecer un sistema de protección hacia los impúberos, para administrar su patrimonio e

¹ BRAVO González, Agustín et al; “Derecho Romano primer curso”; México D.F., Porrúa, 15 edición, 1997 p. 171

impedir a un tercero abusar de su debilidad, la conservación de sus bienes era de grandísima importancia para los miembros de la familia civil, en esta organización se encontraban unidos por lo tanto el interés de la familia con el del incapaz llamados a heredarle a su muerte; por eso la Ley de las XII Tablas, confiaba la tutela a los agnados o al patrono del impúbero.

Al principio dentro del Derecho romano, los tutores no estaban obligados a defender o administrar los derechos del menor como persona, sino de conservar los bienes de éste, sin embargo más tarde dicho concepto cambió y el tutor fue obligado a administrar en beneficio del pupilo.

La tutela recae sobre las personas por razones de edad, sexo o enfermedad mental por lo cual se les priva o limita de su capacidad. Gayo ante esto señala que la tutela no es una fuerza o potestad sino un derecho, dentro de ésta siempre existe la figura de la persona del pupilo.

La tutela se aplicaba a los sui iuris infans de ambos sexos hasta la edad de siete años, a los impúberes hasta los doce años en el caso de los hombres y hasta los catorce en las mujeres, y en razón del sexo a las mujeres púberas, dicha tutela era llamada tutela mulierum, la mujer púbera bajo tutela no es incapaz, puede actuar sola en la mayoría de los casos, excepto aquellos en los cuales se comprometan el patrimonio, el testamento, la venta de una cosa o de un bien, etc.

Esta tutela poco a poco fue decayendo, en razón de la incompatibilidad que surgió con las nuevas costumbres y la nueva organización de la familia romana, por lo

que, en el año 410 por una constitución de Honorio y Teodosio se les concedió a las mujeres el *ius liberorum* que traía consigo el fin de la tutela.

1.1.1.- EL TUTOR

En la antigua Roma, la figura del Tutor se definía como: "autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur", lo cual significa que los Tutores son aquellas personas que tienen autoridad y poder, su nombre se deriva de la naturaleza misma de éste, es decir protectores, defensores etc., generalmente era un oficio que correspondía a los hombres ya que las mujeres no pudieron ser nombradas tutoras, (debido a que el carácter social de la mujer, fue por mucho tiempo, el de dependiente del hombre, incapaz de tomar por sí sola ningún tipo de decisión), sin embargo, conforme el derecho evoluciono el emperador podía aceptar su solicitud.

La tutela era "*manus publicum*", es decir, era un cargo público, siendo necesario para poder cumplirlo el ser una persona libre, ciudadano, y del sexo masculino, por lo que casi todas las personas podían serlo, excepto en determinadas circunstancias, como lo era el caso de los ciegos y sordos, ya que no podrían actuar con éxito en los asuntos del pupilo, dado que el tutor no se designaba solo

para ciertos casos o actos, sino para todo lo referente al patrimonio y la realización de actos del pupilo; sin embargo, el tutor no tenía injerencia en la educación del incapaz, como si sucede actualmente, tal acción generalmente se daba a un Cognado o pariente próximo, quedando el tutor exclusivamente al cuidado de los intereses pecuniarios del pupilo y en todo caso, con la obligación de completar la personalidad jurídica del pupilo.

1.1.2.- FUNCIONES DEL TUTOR

Una vez que el tutor había tomado posesión de su cargo, debía entonces intervenir en el cumplimiento de los actos jurídicos necesarios para la conservación y, administración de los bienes del pupilo, los cuales se llevaban a cabo a través de la Auctoritas y de la Gestio.

Auctoritas era que cuando el pupilo cumplía una determinada edad, se le permitía realizar por sí solo ciertos actos; pero siempre mediante la ayuda, vigilancia o cooperación del tutor, ya que éste, tenía por obligación de una u otra manera estar siempre pendiente del pupilo; con lo cual se completaba la personalidad de éste y se realizaba mediante su presencia.

La Gestio, tenía lugar cuando el tutor actuaba, no para completar la personalidad del pupilo, sino por cuenta propia haciendo las funciones de un mandatario y sin la necesidad de ningún acto del pupilo a diferencia de la Auctoritas.

El tutor no era libre de usar arbitrariamente la Auctoritas o la Gestio, en cada uno de estos casos era la edad del pupilo primordialmente lo que hacía que se decidiera entre una u otra, es por eso que se distinguen ciertas etapas dentro de la vida del pupilo según su edad, las cuales deciden el grado de capacidad de éstos, como eran:

1. Los infans, en esta clasificación se encontraban aquellos que no podían hablar, por lo que de ninguna forma figuraban en actos jurídicos.
2. El infantiae proximus, que eran aquellos cercanos a la infancia.
3. El maior infantiae, dentro de ésta clasificación se encontraban los pupilos que ya habían cumplido los siete años de edad, por lo tanto, ya se consideraban como que habían salido de la infancia.
4. Y por ultimo se encontraba al pubertati proximus, al cual ya se le consideraba capaz de obligarse por si mismo.²

1.1.3.- CLASES DE TUTELA

La designación del tutor fue hecha al principio por la ley, después por testamento y posteriormente por el magistrado, con lo que hoy en día se tienen tres clases de tutela: legítima, testamentaria y dativa.

² BIALOSTOSKY, Sara; "Panorama del Derecho Romano"; México D.F, UNAM, 2a edición, 1985, p. 94.

a) Tutela Legítima: Se le llamaba así, porque el tutor era llamado por la ley representada por algún magistrado; esta tutela era la que se reconocía a falta de un tutor testamentario, la ejercía el agnado más cercano y a falta de éste se establecía al gentil más próximo, dicha tutela principalmente buscaba la buena administración del patrimonio, que interesaba particularmente a las personas que algún día podían ser llamados a heredarle, por tal motivo el tutor debía ser alguien que ante ese interés buscara el mejor aprovechamiento de los bienes del pupilo.

b) Tutela Testamentaria: En la ley de las XII Tablas se permitió que los padres nombraran tutores dentro de su testamento para sus hijos impúberes, los cuales a su muerte se convertirían en sui iuris, cabe señalar que éstos deberían estar bajo su potestad, por tanto sólo se podía nombrar tutor en el testamento; para aquel que al morir tenía derecho a heredarle, su designación debía ser hecha antes de la institución de los herederos.

Como los padres de familia solían designar como tutores de sus hijos a las personas más leales e idóneas, el magistrado los confirmaba sin necesidad de realizar ninguna investigación sobre su solvencia y costumbres por lo que no se les pedía que otorgaran caución alguna.

c) Tutela Dativa: Ésta tenía lugar cuando no existía ni tutor testamentario ni tutor legítimo, en Roma este nombramiento era hecho por el pretor urbano y la mayoría de los tribunos de la plebe en virtud de una Ley llamada Lex Atilia anterior

al año 186 a.C. En las provincias el nombramiento lo hacía el presidente, por disposición de la Ley Iulia Titia del año 31 a. C.; posteriormente Claudio transfiere estas atribuciones a los cónsules y la designación del tutor debía ser precedida de una información sobre la moralidad, capacidad y fortuna del tutor. Marco Aurelio elimina esta atribución a los cónsules y la da a un pretor especial llamado "praetor tutelaris". En las provincias los presidentes siguieron haciendo el nombramiento de tutores, pero Marco Aurelio por un senadoconsulto da esta facultad al legado del gobernador legatus praesidis. Al comienzo del reinado de Justiniano, cuando el pupilo no tenía fortuna o ésta era pequeña el tutor era dado por el magistrado, bajo una orden especial o general del Presidente sin información de su condición, capacidad, etc., pero se exigía una caución que no era difícil de conseguir dados los escasos bienes del pupilo; sin embargo, cuando tenía una fortuna regular el mismo magistrado nombraba al tutor una vez revisada la información, pero sin exigir caución. Justiniano simplificó esta legislación, en dos decisiones:

- 1) Los magistrados municipales pudieron en adelante, nombrar los tutores sin necesidad de ser autorizados por una orden del presidente.
- 2) No pudieron nombrar tutor más que a los pupilos cuya fortuna no excediera de quinientos sólidos.

1.1.4.- ACCIONES

Existían varios tipos de acciones, que se podían interponer en contra del tutor, en caso de que éste no estuviera realizando debidamente la facultad otorgada. Dentro de estos tipos, se tienen las siguientes:

1. La "Postulatio Pública", no es más que una acción pública por la que se acusaba al tutor de estar malversando los fondos del pupilo, cualquier persona podía exigirla excepto el mismo pupilo, según lo estipulado en la Ley de las XII Tablas, sin embargo, posteriormente en el Derecho Justiniano ésta procedía de oficio.
2. La "Rationibus distrahendis", provenía también de la Ley de las XII Tablas; y consistía en una acción penal, que sólo se ejercía en un principio contra el tutor legítimo, posteriormente también se hizo extensiva a los demás; era ejercida por el pupilo en contra de su tutor y éste en castigo tenía que dar una cantidad igual al doble de lo que hubiese sustraído del patrimonio del pupilo.
3. La "Actio tutelae", fue creada a partir del Derecho clásico, en un principio sólo era aplicada a los tutores dativos, sin embargo más tarde también se aplicó a los testamentarios; a través de esta acción el pupilo podía una vez finalizada la tutela pedir la restitución de las cosas y los resultados de la tutela, para dicha acción el tutor tenía una llamada actio tutelae contraria con la que podía satisfacer los créditos que tuviera contra el pupilo.

4. La "Actio utilis", era cuando el pupilo una vez que llevaba a cabo las medidas procesales, no estaba de acuerdo con el resultado, entonces acudía con el pretor para exigir de él una respuesta a sus inconformidades.
5. Otra acción más era la "Privilegium exigendi", la cual tenía lugar sólo si el tutor llegaba a caer en estado de quiebra, el pupilo tenía entonces dicha acción con la que se le garantizaba el derecho de ser pagado antes que los demás acreedores.

1.1.5.- OBLIGACIONES Y REQUISITOS QUE SE IMPONIAN AL TUTOR

Las obligaciones y los poderes del tutor se refieren al patrimonio pupilar el cual debe conservar el tutor y si es posible, acrecentarlo. El primer paso que el tutor debía seguir, era hacer un inventario de todos los bienes del pupilo, él que no cumpliera con este requisito, estaba obligado a indemnizar al pupilo de todos los perjuicios que le hubiere causado.

En el Derecho de Justiniano se imponía al tutor, la obligación de informar al Magistrado de las deudas que pudiera tener con el pupilo o viceversa, el que no hiciera así, obtenía como castigo a dicha acción la pérdida de su derecho.

El Tutor debía recobrar los créditos del pupilo y también respondía de la insolvencia de los deudores si ésta era causada por no haberlos perseguido oportunamente.

Todas aquellas ganancias que se obtuvieran de la venta de los bienes, cobro de los créditos, herencia, donaciones, etc. No debían permanecer sin ser productivas deberían ser depositadas en un templo para ser invertidas y de no hacerlo el tutor debería de pagarle al pupilo los intereses perdidos por dicha omisión.

La obligación del tutor, era entre otras las de rendir cuentas, en los inicios del Derecho romano, no la tenía, sino que se confiaba en su buena fe, aunque en ocasiones había un manejo deshonesto de los bienes el cual estaba castigado por las costumbres de la época, posteriormente con la Ley de las XII Tablas se estipulo que, el tutor podía ser separado de su cargo y tachado de infamia, en el caso de que se comprobara la mala administración y el pupilo tenía derecho a ser indemnizado, hacia el final de la República el tutor debía entregar al pupilo su patrimonio intacto, según el inventario realizado, así como indemnizarle en caso de haberle causado algún perjuicio.

La obligación del pupilo por el contrario no es más, que la de restituir los gastos y anticipos hechos por el tutor, durante la administración de su patrimonio y guardar el debido respeto a su tutor.

De entre todos los requisitos que debía cumplir el tutor, la principal de todos era la obligación de suministrar la Satisfatio, que era la promesa de conservar íntegramente todos los bienes del pupilo, prestando fiadores que tendrían que tomar el mismo juramento o promesa, sin embargo, algunos estaban excluidos de dicha formalidad, tales como los testamentarios y los legítimos. Esta promesa se hacía al pupilo con las solemnidades que la Ley establecía.

1.1.6.- EXCUSAS PARA EL DESEMPEÑO DE LA TUTELA

Un ciudadano capaz podía hacerse valer de excusas, es decir obtener del magistrado ser dispensado de la tutela por ciertas causas especialmente determinadas, tal como el número de hijos, un cargo público, una enfermedad, la extrema pobreza, encontrarse en campaña, tener un proceso pendiente en contra del pupilo, por analfabetismo, por estar ya desempeñando tres tutelas o tres curatelas o en su defecto, por haber cumplido la edad de setenta años.

Respecto de la edad, cabe señalar que la minoría de veinticinco años, conceptuada como una excusa en el Derecho clásico, llegó a ser en tiempos de Justiniano un motivo de incapacidad.

1.1.7.- FIN DE LA TUTELA

La tutela terminaba "ex parte pupilli", que significa por parte del pupilo, la cual tenía lugar por la llegada de la pubertad del pupilo, aunque sin embargo en el Derecho antiguo, la mujer púbera estaba en tutela perpetua, por razón del sexo, también por la muerte del pupilo o por que sufriera una capitis deminutio máxima, media o mínima.

La tutela terminaba "ex parte tutoris", es decir por parte del tutor; esto es, por la muerte del tutor, porque sufra una capitis deminutio máxima o media en todos los

casos y por la mínima tratándose de un agnado, de un patrono, por la llegada de un término o de una condición limitando con eso las funciones del tutor testamentario y por consecuencia de una excusa presentada en el curso de la tutela o de la destitución.

1.2. LA TUTELA EN LA LEGISLACION ESPAÑOLA

El Código Civil Español no define a la tutela, así como en las Partidas tampoco se expresa la definición de esta institución, es el Rey Sabio quien la toma de las leyes romanas para implementarla en el Derecho Español. Se dice que se trata de una institución de Derecho Natural y es deber social su observancia.

Tiene su objeto en el artículo 199 del Código Civil Español, el cual tiene como antecedentes al Fuero Juzgo, el Real y a las Siete Partidas, que a la letra decía... "Es la guarda de las personas y bienes de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos..."³

³ALMARAZ Gallardo, Hector; "Algunos Aspectos de la Tutela"; México, UNAM, 1963, p. 74

1.2.1 SUJETOS SOBRE LOS CUALES RECAE LA TUTELA

Menores de edad: Recae sobre los no emancipados legalmente, atendiendo las disposiciones del Derecho Romano, la legislación española señalaba “ Patrem Habenti, tutor, non datur...” lo que significa que si existe el padre no se les otorgara tutor y abarca esta disposición a la madre.

Los locos o dementes: Aunque tengan intervalos lúcidos y los sordomudos que no sepan leer ni escribir. No podían efectuar actos jurídicos, toda vez que se prestaría a malas interpretaciones, con respecto a la tutela de los locos y sordomudos, no se les podía nombrar tutor si son mayores de edad, sin que antes se llevara a cabo la declaración de incapacidad para administrar por sí mismos sus bienes, esto lo establecía el artículo 213 del Código Civil español. Dicha declaración la podían solicitar, el cónyuge, los parientes que tengan derecho a sucederle y el Ministerio Público, la tutela correspondía en este caso al cónyuge si no se han divorciado, al padre y en su caso a la madre, a los hijos, abuelos y a sus hermanos hombres o mujeres, siguiendo el orden señalado, dando preferencia a los hombres sobre las mujeres, al de mayor edad y de línea paterna. Según el grado de incapacidad de los sordomudos, se fijaba entonces las limitaciones o extensiones de la tutela.

Pródigos: La Ley de las Siete Partidas definía la calidad de pródigos, éste término proviene del latín "Prodigus" que quiere decir dilapidador del patrimonio destinado casi siempre a proveer además de sus necesidades individuales, las de las personas colocadas por naturaleza o por Ley bajo su protección.

Ésta Legislación exigía que la dilapidación perjudicara al cónyuge o a los herederos forzosos del que dilapida, para que éste pudiera ser declarado pródigo. Así que aquel que fuera viudo o soltero, que careciera de herederos forzosos no podía ser declarado pródigo. La declaración de prodigalidad tenía que hacerse en juicio, la sentencia determinaba los actos que quedaban prohibidos al incapaz, las facultades que debía ejercer el tutor en su nombre y los casos en que, por uno o por otro habría de ser consultado en el consejo de familia.

El pródigo no quedaba según el Derecho español completamente incapaz, sino que sólo perdía la administración de sus bienes y podía ser que la sentencia no lo privara completamente de todos sus derechos, ya que los demás eran mantenidos intactos y que el tutor sólo se limitaba a administrar los bienes en cuestión.

La declaración de prodigalidad solo podía pedirla los afectados, o sea las personas que podían sufrir menoscabo con la actitud del pródigo, como lo eran el cónyuge y los herederos forzosos y en algunas ocasiones el Ministerio Fiscal; la tutela de éstos, correspondía en primer término al padre y en su caso a la madre, en su defecto al abuelo paterno y al materno o al mayor de los hijos varones emancipados. El pródigo podía solicitar que se extinguiera la tutela y, el juez una vez escuchando el parecer del consejo de familia daba su resolución.

1.2.2. CLASES DE TUTELA

El Código Civil Español mencionaba 3 tipos de tutela:

1. Por testamento
2. De ley
3. Por Consejo de familia

Dentro de la regulación de la tutela existía un Registro de tutores en el cual se debían registrar el nombramiento del tutor, para que pudiera ejercer su cargo, ya que de no ser así carecía de personalidad; no obstante, si esa personalidad no era debatida en juicio, entonces sería válida aunque no la haya registrado el tutor.

a) Tutela por Testamento (Testamentaria): Como su nombre lo indica era la designación de un tutor mediante testamento; quienes tenían derecho a nombrar tutor testamentario eran el padre y la madre, en el caso de la madre no tenía plenos poderes para hacerlo sino cuando se encontrara viuda, de lo contrario era necesario que el Consejo de familia diera su consentimiento para tal efecto.

El extraño podía nombrar tutor cuando dejare herencia o legado de importancia, pero éste nombramiento no surtía efecto hasta que el Consejo de familia había resuelto aceptar para el incapaz la herencia o legado.

En ocasiones se daba el caso de que existieran varios tutores para un mismo menor, por lo que de presentarse dicha situación se elegía de acuerdo al orden jerárquico:

- 1.- Al elegido por el padre o la madre.
- 2.- El nombrado por extraño que lo hubiere instituido heredero, no importando la cuantía de la herencia.
- 3.- Al que eligiere el que deje autoridad de importancia.

b) Tutela de Ley (Legítima): La Legislación Española no define lo que debía entenderse por tutela legítima, sin embargo, se puede decir que era la que ejercían el abuelo paterno, el abuelo materno, las abuelas maternas y paternas prefiriéndose a las paternas, siempre que se conservaran viudas, el mayor de los hermanos varones de doble vínculo ó a falta de estos al mayor de los hermanos consanguíneos o uterinos. En caso de que apareciera un tutor testamentario se excluía al tutor legítimo.

c) Tutela Diferida por el Consejo de Familia (Tutela Dativa): Se daba a falta de tutor legítimo o testamentario y, era el Consejo de familia quien lo nombraba, su ejercicio podía recaer en cualquier persona sin sujeción a orden alguno, solo bastaba que tuviera capacidad; estas características de la tutela dativa se encontraban en los artículos 231 y 232 del Código Civil Español, que a la letra establecían que: "No habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley a ejercer la tutela vacante, corresponde al consejo de familia la elección de tutores en todos los casos" ⁴

1.2.3 ORGANOS DE LA TUTELA

Los órganos de la tutela en la legislación Española eran tres:

- ☛ Tutor
- ☛ Protutor
- ☛ Consejo de familia.

El tutor: Podía ser cualquier persona que no estuviese sujeto a tutela, o que hubiesen sido condenados a alguna pena corporal, por delitos de robo, estafa, falsedad, corrupción de menores o escándalo público, en el caso de las mujeres excepto si la ley las llamaba, el Derecho español no las consideraba aptas para ejercer el cargo de tutoras, ya que algunos legisladores españoles decían que la mujer era débil y no tenía la suficiente experiencia. Estaban obligados el tutor testamentario, el legítimo, y el nombrado por el Consejo de familia, a hacer del conocimiento del Juez Municipal el hecho que daba lugar a la tutela en el momento que lo supieren, de no hacerlo eran responsables por los daños y perjuicios ocasionados y deberían indemnizar por estos.

Consejo de Familia: Era un medio de velar por los intereses de los menores o incapacitados, tiene como antecedente histórico las regiones del Alto Aragón, Navarra, entre otras; en las cuales se constituía para los esposales al tiempo de entregar sus capitulaciones matrimoniales para que se conviniera en todo lo necesario a su vida conyugal.

⁴ DE Ruggiero, Roberto; "Instituciones de Derecho Civil"; Madrid, Traducción de la 4ª edición italiana, tomo I, s/f, p.544

El Consejo de familia se reunía a petición del Juez Municipal, tan pronto tenía noticia o se le hiciera saber de la existencia de un menor que se encontrare en alguna situación de las previstas en la ley, para que fuera protegido mediante la tutela, lo mismo para los incapaces sin ascendientes.

Se compone de las personas que el padre o la madre en su caso hubieren designado en su testamento, y en su defecto a los ascendientes y descendientes varones, los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor o incapaz.

Protutor: Era una institución relativamente nueva en la Legislación española, representaba el mismo papel que el Curador Especial realizaba en Roma, pero tenía además otras facultades, que lo convertían en un verdadero guardián de la tutela del menor, el Protutor podía ser nombrado por las personas que tuvieran derecho a nombrar al tutor testamentario, y en su defecto lo nombraba el Consejo de familia.

El tutor no podía empezar el ejercicio de la tutela sin que se hubiese nombrado al Protutor, los cuales no podían ser parientes.

1.2.4.- TERMINACION DE LA TUTELA

La tutela llegaba a su fin, porque el menor de edad llegará a la edad de 23 años, por adopción ya que el menor al ser adoptado quedaba bajo la patria potestad del

adoptante, cuando la causa que motivó la tutela hubiera cesado tratándose de incapaces, sujetos a interdicción o pródigos.

Algunos autores opinaban respecto de la terminación de la tutela de los interdictos que para que se pudiera levantar debería de darse una declaración judicial, con todas las formalidades que se necesitaban para imponerla, pero la legislación española era omisa al respecto.

1.3. LA TUTELA EN MEXICO

Una vez consumada nuestra independencia, y transcurrido casi medio siglo, el país no había soltado del todo los lazos que lo unían con la Metrópoli (España), la antigua legislación española, que fue aplicada tanto para la península como para las Indias, seguía siendo Derecho vigente dentro de nuestro País. Existieron algunos intentos aunque frustrados de elaborar leyes propias, Códigos como el del estado de Zacatecas en 1828 o el de Oaxaca entre 1828-1829, los cuales constituyen los primeros antecedentes de la legislación en materia civil, pero no obstante su esfuerzo por legislar, estos quedaron sin aplicarse.

1.3.1.- CODIGO CIVIL DE 1870

El 28 de mayo de 1870, el primer Código Civil estaba terminado y fue promulgado el 8 de diciembre de ese mismo año, tuvo vigencia desde el primero de mayo de 1871 como ley del Distrito Federal y Territorio de Baja California, sus principales fuentes fueron, el Derecho Romano, la Legislación Española, y el Código de Napoleón, entre otros.

Dentro de éste Código, es que se habla por primera vez de la Institución Tutelar, - cuyas disposiciones no han cambiado mucho, de hecho son casi idénticas, solo con algunas diferencias motivadas por la evolución de la sociedad y la forma de hablar, la tutela se encontraba regulada en el título IX llamado "De la Tutela" en su capítulo I, que abarcaba del artículo 430 al 439, donde se encontraban todas las disposiciones generales y fue ahí donde plasmaron el objeto de la tutela, diciendo en su artículo 430..."El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solo la segunda para gobernarse por si mismos"⁵

Existían 3 clases de incapacidad natural y legal, que son a saber:

- Los menores de edad no emancipados.
- Los mayores de edad privados de inteligencia por razones de locura, idiotismo o imbecilidad aún cuando tuvieran intervalos lucidos.

⁵ MÉXICO, Leyes y Decretos: "Código Civil del Distrito Federal y del Territorio de Baja California" México, Tomo IX - I, 1870, p. 324.

- Por último los sordomudos que no sabían leer ni escribir.

Se establecía también, que ningún incapaz podía tener más de un tutor al mismo tiempo, sin embargo, éste si podía desempeñar el cargo de tutor de más de un solo individuo.

El tutor, no podía ser persona que tuviera parentesco con el pupilo ya fuera en línea recta o hasta el cuarto grado en la colateral. El cargo de tutor se daba, por testamento, por ley, o por la elección del mismo incapaz, de conformidad con el Juez y por el nombramiento exclusivo de éste. No podían tampoco ser tutores aunque quisieran desempeñar el cargo, las mujeres excepto si el Juez lo permitiere, los menores de edad, y los mayores que se encontraran bajo tutela. El tutor debía otorgar antes de que comenzara en su cargo garantía (caución), esto con la única finalidad de asegurar el buen desempeño de su encargo, dicha caución podía ser Hipoteca o Fianza.

Respecto de las diversas clases de Tutela que existen dentro de los antecedentes del Derecho Mexicano, nos abocaremos principalmente a la Tutela Dativa, (que en este caso es el tema de nuestra tesis), por lo que a tutela se refiere solo haremos mención de esta clasificación, sin dejar de señalar que existían también la testamentaria y la legítima.

El tutor dativo era nombrado por el juez, si el menor no había cumplido 14 años de edad, de ser mayor el mismo sería quien eligiera y nombrará a su tutor, por tanto el juez solo confirmaría el nombramiento, esto en caso de no tener ningún

inconveniente, dicha tutela tenía lugar según lo establecía el artículo 557 del Código...

I.- Cuando no hay tutor testamentario, ni persona a quien conforme a la ley le corresponda la tutela legítima.

II.- Cuando el tutor testamentario este impedido temporalmente para ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 546 (Hermanos varones por ambas líneas, y a falta de estos los tíos, hermanos del padre o madre)⁶

Siempre era dativa, para asuntos judiciales del menor emancipado, y en este caso el tutor tenía el derecho de cobrar los mismos honorarios que el de los procuradores.

Entre las obligaciones del tutor se encontraban, las de alimentar y educar al menor, cuidar de su persona, administrar sus bienes y representarlo en juicio. Y por lo que se refiere al menor, éste debía respetar a su tutor, el cual tenía las mismas facultades que los ascendientes.

De acuerdo con éste Código, la tutela se extinguía por:

- ☞ Muerte del tutor.
- ☞ Ausencia declarada en forma legal.
- ☞ Por la muerte del pupilo.

⁶ Ibid p. 373

- ☞ Porque cese el impedimento por lo cual estaba sujeto a tutela.
- ☞ Por emancipación.

Cabe señalar que conforme a lo dispuesto por éste Código, todos los sujetos que tenían tutela, no importaba si esta era testamentaria, legítima o dativa, además del tutor tendrían a un curador, el nombramiento era igual que para el tutor, y lo mismo procedía con los impedimentos y las excusas.

El Curador se encargaba de defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, vigilaba también la conducta del tutor y daba conocimiento al juez cuando creía que alguna situación podría ser considerada como dañosa para el incapaz.

1.3.2.- CODIGO CIVIL DE 1928

Dicho código en realidad no apporto una definición diferente a la del Código de 1870, sólo le agregó que... "La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley"⁷

La tutela recaía sobre los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura idiotismo e imbecilidad, aun cuando tuvieran intervalos

⁷MUÑOZ, Luis et al; "Comentarios al Código Civil para el Distrito Federal y Territorio Federal de 30 de Agosto de 1928"; México, Publicaciones Jurídicas Oficiales, 1972, p. 147.

lúcidos, también sobre los sordomudos que no supieran leer ni escribir, lo mismo sucedía con los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacían uso inmoderado de drogas y enervantes; a estos últimos este código les dedicó un capítulo especial (IV).

El código de 1928 ya establecía una legislación más específica de las tres clases de tutela, que desde el Derecho Romano se han venido manejando, como lo son la Testamentaria, Legítima y Dativa.

- De la testamentaria, señalaba que el ascendiente que sobreviviera de los dos que debían ejercer la patria potestad, tenía derecho a nombrar en su testamento a un tutor para la persona sobre la cual la ejerza.
- De la Legítima, le correspondía a los hermanos prefiriéndose a aquellos que lo sean por ambas líneas y que a falta de estos o por su incapacidad, serán los parientes colaterales hasta el cuarto grado.
- De la tutela Dativa, tendría lugar cuando no había tutor testamentario, ni persona a quien conforme a la ley le correspondiera ejercer la tutela legítima. Asimismo cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente para ejercer su cargo, en el Código de 1870 se establecía que el mayor de catorce

años podía designar a su tutor, pero en éste nuevo Código es reformada la edad ya que a partir de 1928 la edad para poder designarlo será de dieciséis años, y en caso de no tener esa edad o que el Juez no aprobara la designación hecha por el menor, entonces el Juez de lo pupilar lo dará de entre las personas que estuvieran en una lista del Consejo Local de Tutelas.

De acuerdo con el Código de 1928, la tutela se extinguía:

- * Por muerte del pupilo,
- * Porque desapareciera su incapacidad,
- * Asimismo cuando el menor fuera adoptado toda vez que por ese hecho quedaba bajo la patria potestad del adoptante.

CAPITULO II

TUTELA

2.1 DEFINICIÓN

La palabra tutela proviene del verbo latino *tueor* que quiere decir defender o proteger.

La protección de la familia y de los menores es de rango constitucional, con lo cual se da una garantía para los menores de la satisfacción de sus necesidades físicas y mentales, no solamente amparando su defensa o auxilio, sino también incluye su desarrollo integral, este derecho lo ejercen los padres y el Código Civil lo extiende a los abuelos y ante la pérdida de la patria potestad o cuando no exista persona que pueda ejercerla conforme a la ley, encontramos al menor en un estado de desprotección a lo cual el Estado creo la institución llamada **Tutela**.

El código civil para el Distrito y Territorio de Baja California vigente en el año de 1884 en su título noveno reglamentaba la tutela y la entendía como: "El cargo personal del cual nadie podía eximirse sino por causa legítima", y dentro de estas causas legítimas encontramos que podían ser algunas de las siguientes:

☞ Ser empleados y funcionarios públicos.

- ☞ Ser militar y estar en servicio activo.
- ☞ Tener bajo su patria potestad tres o más descendientes.

Para poder entender el concepto de la palabra Tutela haremos referencia a las definiciones que hacen algunos autores:

Los autores alemanes Enhecerus-Kipp Theodor y Martin Woeff en su libro Derecho de Familia, citan esta definición de tutela:

“Es el cuidado llevado bajo la inspección del Estado por una persona de confianza, llamada tutor; sobre la persona y el patrimonio de quien no ésta en situación de cuidar sus asuntos por sí mismo o por lo menos se le trate jurídicamente como si estuviera en tal situación”.⁸

En dicho concepto se incluye a la persona que esta con incapacidad legal o natural para cuidarse por ella misma y a otra que ejerce el cuidado sobre la persona y los bienes del incapaz que es designada tomando en consideración sus cualidades y su disposición para atender a ese incapaz en la forma y términos que imponga la legislación civil al respecto.

EL maestro Julio J. López del Carril define a la tutela de la siguiente forma:

⁸ ENHECERUS-KIPP Theodor y Martin Woeff; Derecho de Familia; Barcelona, Casa editorial Barcelona, 1979,pag 263.

“ La Tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad, el cual no esta sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil.”⁹

El maestro Argentino Borda emite su concepto diciendo que:

“La tutela es una institución de amparo, que procura, dentro de lo humanamente posible, que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres, que cuide del menor, velando por su salud moral, atendiendo a su educación, administrando sus bienes, y que supla su incapacidad llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural”¹⁰

En nuestro Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal no existe en el titulo noveno un concepto de lo que se entiende por tutela, pero si nos habla de su objeto, por lo que si nos apoyamos en las diversas definiciones que algunos de los autores nos han proporcionado a lo largo de la historia jurídica podríamos definir a la tutela como:

“Una institución de carácter público, cuya función es la de cuidar y proteger todo lo relacionado con el menor o incapaz, en cuanto a su persona y sus bienes, a través

⁹ LOPEZ DEL CARRIL, Julio; “ Patria Potestad, Tutela, y Curatela”; Madrid, Editorial Depalma, 1985, pag 165.

¹⁰ BORDA Guillermo A.; “ Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia”; Buenos Aires, Editorial Perrot, 5 edición, pag 205.

de la figura del tutor, pero con la vigilancia del Estado y los órganos dependientes del mismo.”

2.2. OBJETO

El estado de indefensión del menor, y la necesidad de protegerlo y proporcionarle la formación adecuada para integrarlo a la sociedad; es lo que ha motivado a la comunidad y a las autoridades para la creación de una institución como lo es la Tutela, con lo cual, esa protección pasa de ser un interés individual a ser un interés público.

“La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y los bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural o legal para gobernarse por sí mismos, como lo señala el artículo 449 del código civil”.¹¹

La tutela es una forma de brindar una protección dentro de la sociedad a los individuos que ante la ley poseen una incapacidad. Según el autor Calixto

¹¹ Código Civil del Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal; México, Ediciones fiscales

Valverde, “la razón fundamental de ésta es *un deber de piedad*, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano”¹².

La incapacidad legal y natural la poseen:

- ☞ Los menores de edad
- ☞ Los mayores de edad que se encuentran disminuidos o perturbados en su inteligencia aunque tengan intervalos lúcidos y aquellos que padezcan afección alguna originada por enfermedad o deficiencia sea de carácter físico, psicológico o sensorial y, debido a esta alteración les provoca que no puedan gobernarse y obligarse por si mismos a manifestar su voluntad por algún medio.

Si bien la ley establece como hemos visto que la minoría de edad, la interdicción y la incapacidad son motivos por los cuales una persona posee una restricción jurídica, está no debe menoscabar la dignidad de la persona ni atentar en contra de la integridad de la familia, ya que pueden realizar sus obligaciones y ejercer sus derechos a través de sus representantes, que en este caso es el Tutor.

Por lo que se refiere a la incapacidad del menor de edad para ejercer libremente derechos y obligaciones, esta desaparece con el cumplimiento de la mayoría de

¹² Valverde y Valverde Calixto; Tratado de Derecho Civil Español Derecho de familia; Ediciones Valladolid, tomo IV parte especial, 1938 pag. 535

edad, que en nuestro País, es considerada cuando se cumplen los 18 años, si no existe de por medio alguna clase de interdicción de las anteriormente mencionadas.

La tutela pretende garantizar una correcta y honesta administración de los bienes, de modo que el mal desempeño de las funciones o gestiones administrativas de estos, ocasiona responsabilidades y sanciones para el tutor deshonesto.

Sin embargo, hemos podido observar que se han preocupado más por el buen desempeño administrativo que por el desarrollo psicológico, mental e intelectual del menor, lo cual debería de estar en un rango de igualdad ya que lo que se busca es el **desarrollo integral** del menor y eso abarca tanto lo administrativo como lo emocional, esto es que en efecto la figura jurídica a estudio va más allá del simple cuidado patrimonial, es requisito indispensable que nuestras leyes consideren también la parte emocional y afectiva del menor.

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA

Una de las características que podemos observar es que esta institución jurídica tiene límites más marcados y definidos en comparación con los de la patria potestad, esto se debe a la preocupación por la persona del incapaz y sus bienes,

puesto que no se posee un vínculo afectivo con el menor, como se encuentra en la patria potestad, por lo que nos podemos enfrentar con esto a situaciones de abuso y mal manejo de los bienes y de la persona del menor, el Estado a través del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas están encargados de la vigilancia y del buen desempeño de la tutela.

Dentro de las características que tiene la tutela, encontramos las siguientes:

A) Limitada: Ya que restringe su régimen a los menores en los que no exista persona alguna que pueda desempeñar la patria potestad, el Código Civil nos menciona que son los Padres del menor y a falta de éste los ascendientes en segundo grado.

B) Organismo de Representación: Quien la ejerce lo hace en nombre y beneficio del menor o incapaz.

C) Institución jurídica: Por ser un conjunto de normas establecidas con la finalidad de ayudar jurídicamente a los incapaces, esta vigilada por el Estado y es regulada por normas de Derecho.

D) Protección o defensa: Ya que su interés primordial es el cuidado de la persona y de su patrimonio, de las cuales se van a derivar relaciones jurídicas entre el tutor y el menor incapacitado.

E) Cargo Remunerado: En nuestro derecho el cargo es remunerado, ya que el tutor tiene derecho a una retribución de carácter económico, que podrá ser fijada por el ascendiente o extraño, que conforme a derecho lo nombre en su testamento, en el caso de los tutores legítimos y dativos la fijará el propio Juez pero en ningún caso bajara dicha retribución del 5% ni excederá el 10% de las rentas líquidas de dichos bienes.

F) General: En la tutela se otorgan las facultades de un representante legal, estas son generales pues comprenden la persona del menor o incapacitado, para lograr el sustento, la protección y la educación, además de todo esto, tiene a su cargo la administración de sus bienes y no obstante la generalidad anteriormente descrita posee ciertos límites, es decir, que el tutor requiere de autorización judicial para la realización de determinados actos.

La tutela como hemos visto es una institución de suma importancia en el sistema jurídico de un país, por tanto en nuestro caso, se encuentra regulada por el Derecho Positivo Mexicano, dentro de nuestro Código Civil del Distrito Federal vigente, en el Título Noveno, de los artículos 449 al 640.

2.4. DE LAS PERSONAS QUE DESEMPEÑAN LA TUTELA

De acuerdo a las disposiciones que se encuentran estipuladas en el Código Civil la tutela será desempeñada por el Tutor con la intervención del Curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, por ahora nos enfocaremos únicamente de la figura del Tutor, de los anteriormente señalados hablaremos más detalladamente en capítulos posteriores.

2.4.1 CONCEPTO DE TUTOR

Por lo que se refiere a la persona del tutor debemos primeramente señalar que y quien es, para lo cual daremos la siguiente definición:

“El tutor es el órgano básico de la tutela, por lo tanto es el cargo más importante de esta Institución, tienen bajo su responsabilidad el cuidado y guarda de la persona y de los bienes de los menores e incapacitados”.

Para ser tutor se requiere ser una persona capaz en el pleno uso de sus facultades y de conducta intachable, existen dentro de nuestro Derecho ciertos impedimentos por los cuales no se puede acceder al cargo de tutor de los cuales hablaremos más adelante.

Durante la tutela el tutor tiene ciertas limitaciones dentro de su capacidad de goce, como son, que no se puede contraer matrimonio con su pupila o pupilo sino hasta que se aprueben las cuentas definitivas, no se puede disponer de los bienes del pupilo sino a través de autorización judicial y almoneda pública en la cual no podrá participar como comprador por sí o por interpósita persona.

2.4.1.1. DIFERENCIAS ENTRE TUTOR Y CURADOR

Mediante la curatela se instituye un vigilante al tutor para la protección permanente del pupilo, sin perjuicio de que llegue a sustituir a aquél en sus funciones defensivas, cuando se produzca oposición de intereses entre el tutor y el pupilo.

La palabra curatela deriva del latín "curare", que significa curar y es similar a la de "tutor" que significa proteger, se aplicó a tipos especiales de tutela que no se comprendían en la generalidad de esta función, confirmándose la finalidad de garantizar los intereses de la familia frente al incapacitado con predominio de los de éste, frente a sus familiares y terceros.

Además la tutela presuponía la existencia de una persona sujeta a ella y en cambio la curatela en su origen sólo se refería a los bienes de dicha persona, fundada en el aforismo romano de que "el tutor se da a la persona y el curador a la cosa".

La Ley de las XII Tablas previene múltiples variedades de curatela, que son a saber:

- La del "cura furiosi" que por Ley o decisión del magistrado, se encomendaba a los agnados y gentiles, y para los dementes;
- La del "cura prodigi" que se asignaba a quienes dilapidaban sus bienes;
- La del "cura minori" para los menores que fueren demandados por negocios lesivos;
- La del "cura ventris" para el nasciturus que requiera asegurar sus expectativas de derecho;
- La del "cura bonorum" para cuidar bienes en caso de riesgos manifiestos;
- La del "cura impuberum" para los casos de enfermedad, ausencia o imposibilidad temporal del tutor;
- Y por último la del "cura hereditates" para la conservación de la herencia yacente.

En las Leyes de Partidas la curatela se diferenciaba de la tutela en que la primera se daba voluntariamente a los mayores de doce y catorce años, según fueren varón o hembra, hasta la edad de veinticinco años, siempre que no se tratase de locos o desmemoriados.

Con posterioridad, la Ley española de 1818 fijó definitivamente tres tipos de curadores que son:

- La "ad bona" para los púberes menores de veinticinco años;

- La "ejemplar" para los enajenados mentales y
- La "ab litem" para que los incapacitados pudieran intervenir eventualmente en un juicio.

Hoy en día sin haber desaparecido los tipos de curatela antes mencionados, dentro de nuestro sistema legal se clasifica a la curatela por el origen de su nominación en: testamentaria, legítima y dativa, así como definitiva o interna según el tipo de su vigencia.

La curatela es única porque ningún pupilo puede tener más de un curador definitivo, puede ejecutarse simultáneamente sobre un máximo de tres pupilos, salvo que se trate de hermanos, coherederos o legatarios en un mismo asunto.

La curatela es un cargo voluntario a diferencia de la tutela, pero obliga a responder de los daños y perjuicios que se ocasionen al pupilo cuando no se cumplan los deberes prescritos por la Ley, una vez aceptado y discernido judicialmente el cargo.

Es además un cargo remunerado, pero solamente en proporción a sus intervenciones específicas y conforme a un arancel notoriamente obsoleto que hace inconsistente su actividad.

Rigen para el curador las mismas reglas de incapacidad y excusa de los tutores, además de que puede ser renunciado el cargo a los diez años de desempeñarse.

El régimen legal del curador se contrae a la satisfacción oportuna de las siguientes

obligaciones:

1. Defender los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él exclusivamente en el caso de que exista oposición de intereses entre aquél y su tutor.
2. Vigilar la conducta del tutor en el desempeño de sus funciones, denunciando al Juez de lo familiar todo aquello que a su juicio puede causar o haya causado daño al incapacitado.
3. Avisar al Juez para que haga nuevo nombramiento de tutor a falta o abandono de los deberes que a éste le correspondan.
4. Promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores comprometidos con el tutor en garantía de sus responsabilidades.
5. Vigilar el estado de las fincas dadas para asegurar la garantía acabada de citar, así como los bienes dados en prenda por el mismo concepto.
6. Conocer de las cuentas de la tutela haciendo valer las objeciones conducentes en el supuesto de inconformidad con su contenido.
7. En general intervenir en los actos previstos específicamente por la Ley como la formulación del inventario oportuno y la concesión de licencias judiciales para enajenar, grabar, transigir, etc., y las demás que se impongan especialmente como serían las dictadas por el autor del testamento en que se le confirió su cargo.

El cargo del curador concluye con la muerte del mismo, remoción o excusa, por que el pupilo haya recobrado su capacidad o haya llegado a su mayoría de edad,

pues tratándose de un organismo accesorio al de la tutela cesa el cargo automáticamente con la desaparición de ésta, con la salvedad de que si variase sólo la persona del tutor, el curador continuará en sus funciones.

Al respecto, cabe observar que el curador no puede ser removido sin que previamente haya sido oído y vencido en juicio, lo que implica mayor seguridad en su posición frente a la del tutor que puede ser suspendido de plano en el supuesto de encontrarse procesado por cualquier delito.

Priva en la actualidad la corriente de la inutilidad de la curatela, atentas las circunstancias de que su función de control y vigilancia se desempeña también por otros organismos como son el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público y el propio Juez familiar, de que, por otra parte, el pago de su remuneración constituye un gravamen más en el patrimonio del pupilo generalmente limitado, y de que en múltiples ocasiones se colude con el tutor para que no lleguen al conocimiento del Juez las irregularidades cometidas por aquél en el aspecto privado de los negocios que realicen por cuenta del pupilo.

2.4.2 CARACTERISTICAS DEL TUTOR

☛ **Función representativa.-** Es el representante legítimo del menor para la gestión de sus negocios, todos los actos se ejecutan por él y en nombre del menor, prescindiendo de su voluntad.

- ↷ **Potestad Subsidiaria.**- Surge dado que la tutela entra en vigor solamente a falta de las personas que conforme a la ley pueden, deben y tienen el derecho de ejercer la patria potestad, ya sea por que no existe quien pueda ejercer dicho derecho, o bien, porque existiendo, se encuentre en un estado de incapacidad que le impida desempeñar dicho cargo.

- ↷ **Cargo Personalísimo.**- Es intransferible, el tutor no puede ser removido de su cargo sin que previamente haya sido oído y vencido en juicio, que compruebe una ilicitud por parte de éste para con el pupilo.

- ↷ **De interés público.**- El cargo de tutor obliga a la persona a desempeñar el puesto según lo establece el Código Civil; es un cargo de interés público del cual las personas no pueden eximirse, sí no existe alguna causa legítima, en razón de que tiene una finalidad protectora para hacer efectivo el interés no de la persona que la ejerce sino del sujeto que se encuentra sometido a ella.

2.4.2.1. DE LOS IMPEDIMENTOS Y EXCUSAS PARA SER TUTOR

Existen personas que no pueden ser nombradas tutores, aunque estén dispuestas a desempeñar el cargo, lo anterior se debe a un deber de protección que tiene el

Estado con el menor, según lo establece el artículo 503 del Código Civil, el cual determina que no pueden desempeñar el cargo de tutor:

- ☞ Los menores de edad.
- ☞ Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela.
- ☞ Aquellos que hayan sido removidos de otra tutela por haber desempeñado de manera incorrecta ya sea respecto de la persona o de los bienes de ésta.
- ☞ Aquellos que hayan sido condenados por una sentencia que cause ejecutoria a la privación del cargo, o hayan sido inhabilitados para obtenerlo
- ☞ Aquel que haya sido condenado por los delitos de robo, abuso de confianza, fraude o delitos de honestidad.
- ☞ Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido, o sean notoriamente de mala conducta
- ☞ Los deudores del incapacitado, en cantidad considerable a juicio del juez, excepto aquel que haya sido nombrado tutor testamentario y que la persona que lo nombro tenía conocimiento de esta deuda y que lo declare expresamente.
- ☞ El que padezca enfermedad crónica o contagiosa.

2.4.2.2. LA SEPARACION DEL CARGO

Mencionábamos con anterioridad que el tutor no puede ser separado de su cargo si no existe una razón que justifique esa remoción y mediante un juicio, los legisladores han establecido algunas de las causas por las cuales un tutor puede ser separado:

- 1) Si no ha otorgado caución y ejerce la tutela
- 2) Cuando se conduzcan mal al momento de estar desempeñando su cargo, ya se refiera esto a la persona o a la administración de los bienes.
- 3) Si no rinden sus cuentas en el plazo correspondiente. Ya que de acuerdo a como lo establece la ley, los tutores tienen la obligación de hacerlo en el mes de enero.
- 4) Todas aquellas personas que estén dentro de los supuestos en los que por ley no pueden ser tutores, desde el momento en el que se presente dicha situación.
- 5) Cuando el tutor se ausente por más de seis meses.

Personas que pueden pedir la separación:

EL Ministerio público y los parientes del pupilo son los que tienen derecho de promover la separación de los tutores por alguna de las causas señaladas anteriormente.

Si se diera el caso de que algún tutor fuese procesado por cualquier delito, desde el momento que se de aviso del auto de formal prisión, hasta que se sentencie al tutor, el cargo de éste quedará suspendido y "se proveerá la tutela conforme a la ley"¹³

Con estos supuestos podemos observar que el ser tutor y ejercer el cargo es una gran responsabilidad, y que aquellas personas que pudieran acceder a éste, deben de cumplir con una serie de requisitos y características para poder ser nombrados tutores y mejor aún es que los que ya lo son deben de tener un excelente desempeño de otra manera podrían ser separados del cargo.

2.5. CLASES DE TUTELA

Las clases de tutela que actualmente conocemos, (como ya lo hemos señalado en nuestro primer capítulo de antecedentes) surgieron desde Roma, dichas clases tenían un mismo objetivo entre sí, que era el de designar al tutor y regular por lo tanto a la tutela, éstas son tres, la tutela testamentaria, legítima y dativa, dependiendo de diversas circunstancias se da una u otra clase, como puede ser:

¹³ Código Civil del Distrito federal en materia común y para toda la República en materia federal; México, Ediciones fiscales ISEF, 2000, pag.67

- ☛ Que el padre o la madre del menor o alguno de los que ejerza la patria potestad, designen un tutor para cuidar del menor en caso de su muerte dentro de su testamento, por su voluntad decidirán quien deberá a su juicio encargarse del menor.

- ☛ Si los padres no disponen nada en relación del cuidado del menor al igual que los que pueden ejercer la patria potestad, entonces se designara de los parientes establecidos en la ley el que ejercerá el cargo de tutor.

- ☛ Sin embargo, puede suceder que no se haya designado tutor en el testamento y que el menor carezca de los parientes mencionados dentro de la ley, por lo tanto el Juez de lo Familiar tendrá que señalar la persona que desempeñara el cargo de tutor, la cual será una persona ajena al menor.

Como hemos visto aunque la tutela es una institución jurídica bien establecida, en la vida de las personas se presentan diversas circunstancias por lo que cada caso es totalmente distinto, la división de la tutela en clases se hace con el propósito de facilitar la designación del tutor; a continuación hablaremos de las dos primeras clases de tutela: de la testamentaria y de la legítima, con el objeto de que conozcamos los casos en que aplica cada una de ellas; por lo que respecta a la tutela dativa, por ser el tema principal de nuestra tesis, hablaremos de ella más a detalle en el capítulo siguiente.

2.5.1.TUTELA TESTAMENTARIA

Surge dentro del Derecho Romano, en ese entonces únicamente el pater familias era quien podía designar en su testamento al tutor de sus hijos, conforme va evolucionando el Derecho, la madre también puede hacerlo.

Como bien sabemos el testamento es un acto jurídico, unilateral, revocable, de carácter personal, en el que el testador dispone de sus bienes, derechos y declara o cumple con deberes para después de su muerte, por lo que el padre o la madre que ejerza la patria potestad de sus menores hijos o mayores que se encuentren incapacitados, pueden dentro de éste, decidir quien será la persona que cuidará de ellos cuando en un futuro incierto fallezcan, es un privilegio que los padres tienen ya que nadie mejor que ellos sabe con quien estarán mejor sus hijos.

Nuestro Código Civil establece que el cónyuge que sobrevive de los dos que en cada grado deben, conforme a la ley, ejercer la patria potestad, pueden nombrar dentro de su testamento un tutor para aquéllos menores o incapacitados, sobre los cuales ejerzan la patria potestad; no importando el origen de éstos, ya sean hijos nacidos dentro del matrimonio (legítimos), adoptivos, los nacidos en concubinato, o los habidos fuera del matrimonio.

2.5.2.TUTELA LEGITIMA

Tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario, y cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio.- La Ley llama al ejercicio de la tutela, a determinadas personas para que representen al incapaz.

Respecto al llamamiento, debemos considerar dos clases de tutela; la de los menores y la de los mayores declarados incapacitados.

En cuanto se refiere a los menores, la Ley llama a desempeñarla:

1. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;
2. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive y si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez elegirá entre ellos al que le pareciere más apto para el cargo, pero si el menor ha cumplido dieciséis años el mismo será quien haga la elección.

Tratándose de expósitos o abandonados, la ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya acogido, o de los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia que los reciban.

Con relación a los demás incapacitados, la Ley contempla los distintos casos en que tiene lugar la tutela legítima y determina un orden en el llamamiento, que es a saber:

1. El marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer, y esta a su vez lo es de su marido.
2. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre viudos, prefiriéndose en su designación al que viva con el incapaz y siendo varios, el que le parezca al Juez más apto.
3. El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son los tutores legítimos de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela.
4. A falta de las personas anteriores, son llamadas a desempeñar la tutela legítima, el abuelo paterno, el materno, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales.

Cabe señalar que la Ley coloca, además, bajo la tutela legítima de la persona que corresponde a los hijos menores que el incapacitado tuviere bajo su patria potestad.

CAPITULO III

TUTELA DATIVA

3.1 CONCEPTO DE TUTELA DATIVA

Como ya se ha estudiado en capítulos anteriores, desde la antigua Roma, se tiene conocimiento que sólo existen tres tipos de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa.

En el caso de la tutela dativa, se establece que tiene su origen cuando:

1. No existe tutor testamentario.
2. Cuando tampoco existe persona a quien corresponda desempeñar la tutela legítima.
3. Y cuando existiendo tutor testamentario, éste se encuentra impedido de ejercer la tutela temporalmente y no existen hermanos ni parientes colaterales en cuarto grado.

Por estas razones, se establece que cuando un menor o un incapacitado, se encuentra en alguno de los supuestos anteriores, la propia autoridad judicial es la encargada de designar al tutor para que se haga cargo del cuidado de éstos.

Cabe señalar que este nombramiento no se da por el libre arbitrio del juez, sino mediante de un cuidadoso y exhaustivo estudio de las personas, con el único fin de poder elegir a la más adecuada para desempeñar dicho cargo.

Obvio es que sobre esta tutela recaen más responsabilidades que sobre las otras dos clases, debido a que la persona que se encuentra al cuidado y protección del menor o incapaz, es totalmente ajena a él; y por tanto la observancia legal debe ser más inquisitiva.

Torrent afirma que es esencia de la tutela dativa, considerar el cargo como un honor, un cargo de confianza privado y personal.

3.1.1 CARACTERÍSTICAS

Las notas que caracterizan a la tutela dativa son:

- a) Que es subsidiaria de la tutela testamentaria y de la tutela legítima.
- b) Que el tutor dativo es designado por el menor, si éste ha cumplido dieciséis años, confirmándose esta designación por el propio Juez familiar, si no tiene causa justa para reprobársela. Es obvio establecer que si el menor no ha cumplido la edad antes citada, la designación del tutor la hará el propio Juez de lo familiar.

- c) Que puede recaer en cualquier persona en el caso del inciso anterior, y sólo en alguno de los que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, en el segundo.

3.2 MEDIOS DE OBTENCIÓN

Como ya hemos mencionado anteriormente, la tutela dativa tiene lugar, sólo si no existen ni la tutela testamentaria ni la tutela legítima.

Por tanto, la tutela dativa se obtiene, cuando el menor o incapaz no tienen a nadie que se pueda hacer cargo de ellos, a efecto de que su persona, no sufra daño alguno y si tienen bienes, estos tampoco tengan ningún tipo de menoscabo.

Debemos recordar que el ser humano, por el simple hecho de existir entra ya bajo la protección de la ley, tal y como se manifiesta en el artículo 22 del Código Civil, el cual a la letra dice:

“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”¹⁴

Por tanto, queda claramente establecido, que siempre que alguien se encuentre en una situación de desamparo, la ley debe protegerlo; en este caso, si el menor o

¹⁴ Código Civil para el Distrito Federal, 68 Edición, Edit. Porrúa.

incapaz carecen de alguien que pueda hacerse cargo de su persona y de sus bienes, es obligación de las autoridades competentes, designarle un tutor dativo, a efecto de que se le cuide y se le proteja. Tal situación está legalmente establecida en los artículos 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501 y 502 del Código Civil, los cuales analizaremos más a detalle en el punto siguiente.

3.2.1 DE ACUERDO A LA LEGISLACIÓN

La tutela dativa está reglamentada dentro de nuestro Código Civil, de los artículos 495 al 502; para hacer más explícito lo que la ley enmarca respecto de nuestro tema, redactaremos a la letra lo que dicen los artículos 497 y 500, ya que son los que claramente establecen como es que la ley refleja su protección hacia los menores o incapaces que carecen de alguien que pueda cuidar tanto de su persona como de sus bienes, es decir, establecen como se puede legalmente obtener la tutela dativa.

ART. 497.- "Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento del tutor lo hará el Juez de lo familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público,

quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor”¹⁵

ART. 500.- “A los menores que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes se les nombrará un tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación y asistencia que requiera. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, en su caso, y aún de oficio por el propio juez de lo familiar”.¹⁶

Cabe señalar, que cuando el menor carece de bienes y no está sujeto ni a patria potestad ni a tutela, la ley establece que tienen obligación de desempeñar el cargo de tutores, las siguientes personas:

1. El presidente municipal del domicilio del menor,
2. Los demás regidores del ayuntamiento,
3. La autoridad administrativa del domicilio del menor,
4. Los profesores oficiales del lugar donde vive el menor,
5. Los miembros de beneficencia pública o privada que perciban un sueldo proveniente del Erario.
6. Los directores de establecimientos de beneficencia pública.

¹⁵ Código Civil para el Distrito Federal, 68 Edición, Edit. Porrúa.

¹⁶ Código Civil para el Distrito Federal, 68 Edición, Edit. Porrúa

Los jueces de lo familiar serán los encargados de nombrar de entre las personas mencionadas las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas conformadas por el Consejos Locales de Tutela, siempre que estos últimos estén conformes de desempeñar gratuitamente el cargo.

Si el juez no hace oportunamente el nombramiento del tutor, será responsable de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esa falta.

3.3 CONCEPTO DE MENOR

La palabra menor, proviene del vocablo latín "minor natus" referido al menor de edad, al joven de pocos años, al pupilo no necesariamente huérfano sino digno de protección, pues esta última voz proviene a su vez de "pupus" que significa niño y que se confunde con la amplia aceptación romana del hijo de familia sujeto a patria potestad o tutela.

Desde el punto de vista biológico, se llama menor a la persona que por efecto del desarrollo gradual de su organismo no ha alcanzado una madurez plena, y desde el punto de vista jurídico es la persona que carece de plenitud biológica, que por lo general comprende desde el momento del nacimiento viable hasta cumplir la

mayoría de edad, la ley le restringe su capacidad dando lugar al establecimiento de jurisdicciones especiales que lo salvaguardan.

Sin embargo, cabe observar, al decir de Guillermo Cabanellas, que no puede caracterizarse en una situación simplista al menor de edad contraponiéndolo con el mayor de edad, pues aunque hay fronteras decisivas como la patria potestad y la tutela, las legislaciones han fijado una serie de etapas progresivas con el crecimiento individual para apreciar el grado de capacidad y responsabilidad de los menores.

El vocablo "minoridad" que comprende el concepto abstracto de la menor edad, se distingue del de "minoría" por cuanto éste se aplica ordinariamente al grupo de miembros de un conglomerado de personas que votan contra el acuerdo de la mayoría de sus integrantes.

Es notorio que para las organizaciones sociales primitivas, la minoridad careció de relevancia como no fuera para justificar la prestación de alimentos y el control educativo a cargo de los ascendientes; pero el derecho romano se encargó de distinguir tres períodos durante el transcurso de aquella, y son a saber:

- infancia
- impubertad
- pubertad

Los infantes que etimológicamente debieron ser en su origen los que no sabían hablar, comprendían a los menores de siete años, que fueron considerados como incapaces totales para la proyección de sus actos.

Los impúberes, que inicialmente debieron incluir a los infantes por su inaptitud fisiológica para la reproducción, formaban el siguiente sector, que abarcaba desde la conclusión de la infancia hasta los doce años tratándose de mujeres y catorce años tratándose de varones.

Los púberes integraban un último tipo encuadrado de la salida de la impubertad a los veinticinco años, en el cual junto con los impúberes están estimados como capaces exclusivamente para la celebración de actos que los beneficiaran.

Por lo que se refiere a nuestro país, la época precortesiana, se caracterizó con relación a los menores en el derecho que tenía el padre para vender al hijo colocándolo en la condición de esclavo, costumbre que desapareció con la imposición de la legislación española de marcada influencia romanista francesa.

A este respecto es digna de mencionarse la labor humanitaria del obispo Fray Juan de Zumárraga, quien desde 1537 promovió importantes programas en beneficio de los menores, pues rechazó la miserabilidad de los indios como fuente de la protección que éstos merecían por parte del Estado, sustituyéndola por el reconocimiento de un verdadero derecho dentro del estatuto de privilegios que en última instancia vino a convertirse en la tutela colectiva actual del indígena.

Con el fin de ordenar la compleja regulación dada a los menores, procede su ubicación dentro de las más importantes disciplinas legales. Así observamos que en el aspecto sustantivo civil, el artículo 646 de nuestro Código Civil, señala hasta que años, y el artículo inmediato siguiente, agrega que el mayor de edad dispone libremente de su persona y bienes, por lo que a contrario sensu cabe entender que la minoridad abarca desde el nacimiento viable hasta los dieciocho años cumplidos, es decir, a la hora cero del día siguiente en que se vence dicho plazo.

El artículo 23 del propio ordenamiento citado, indica que la menor edad constituye una restricción a la personalidad jurídica "pero que los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes".¹⁷

Más adelante, se confirma que los hijos menores de edad no emancipados, se encuentran bajo la patria potestad de sus ascendientes hábiles y en defecto de dicha sujeción estarán sometidos a tutela, en la inteligencia de que para el ejercicio de ambas instituciones en materia de guarda y educación, se respetarán las modalidades previstas por resoluciones que se dicten conforme a la Ley sobre Previsión Social de la delincuencia Infantil para el Distrito Federal, abrogada y substituida sucesivamente por la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares y la Ley vigente que crea los Consejos Tutelares del Distrito Federal, la cual entró en vigor el 26 de diciembre de 1973. Esta última ley faculta a los mencionados Consejos para dictar medidas

tendientes a la readaptación social de menores de conducta irregular o abandonados, las cuales no pueden ser alteradas por acuerdo de los juzgados o de cualquier otra autoridad.

Como dato adicional, mencionaremos que respecto a la responsabilidad de los menores por la comisión de actos ilícitos toca a sus ascendientes, tutores y encargados, aunque fueren transitorios como los directores de escuelas y talleres, cubrir los daños y prejuicios que aquéllos causen, siempre que se hallen bajo un efectivo control de dichos representantes, quedando al arbitrio del juzgador determinar las providencias conducentes en el caso de una supuesta irresponsabilidad a su vez de dichos representantes, ya que el menor no debe quedar definitivamente exonerado sobre todo sí es solvente.

En orden al aspecto penal, es indispensable partir del principio de que los menores son completamente inimputables hasta que cumplan 18 años de edad principio al que se llegó tras una larga evolución iniciada con el Código de 1871 que limitaba dicho término en nueve años, seguida por la Ley de Previsión Social de 1928 que señalaba quince años, y el Código Almaraz de 1929 que lo aumentó hasta los dieciséis.

No obstante, ya dijimos que para los menores infractores de disposiciones punitivas o de reglamentos de policía y buen gobierno y; para quienes se

¹⁷ Artículo 23 del Código Civil para el Distrito Federal.

encuentren en estado de peligro o de mero abandono, se justifica la intervención del Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, y de otros organismos similares constituidos para efectos federales o locales llamados tribunales o comisiones, con fines preventivos o correctivos de protección y vigilancia.

En materia procesal es de precisarse que la actuación de los menores dentro del trámite civil o penal respectivo, se limita a la necesidad de auxiliarlos a través de sus representaciones permanentes o eventuales y para apreciar el alcance probatorio de sus informaciones directas.

Los más importantes de tales auxilios corresponden al Juez Familiar, al Ministerio Público, a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social y al Consejo Local de Tutelas como entidades de orden público (artículos 776, 895 Fracción II y 901 del Código de Procedimientos Civiles, así como los artículos 225 y 674 del Código de Procedimientos Penales). Independientemente de la injerencia privada atribuida a los ascendientes, tutores y curadores.

Al efecto, aparte del Consejo Tutelar mencionado y del Patronato para Menores del Distrito Federal, dependientes de la Secretaría de Gobernación, existe un llamado Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, el cual agrupa la colaboración protectora de los Gobiernos de los Estados de la República e

incorpora bajo su control al Consejo Local de Tutelas para el Distrito Federal, previsto por el Código Civil. (artículo 631)

Asimismo, el ahora Gobierno del Distrito Federal, mantiene diversos asilos, talleres y refugios en coordinación con intereses de la iniciativa privada.

La minoridad se extingue por la llegada ordinaria de la mayoría de edad, por la habilitación eventual que produce la emancipación a causa de matrimonio y obviamente por la muerte del pupilo.

Por último, como datos complementarios puede agregarse que, de acuerdo con estadísticas oficiales recientes, la población de menores de catorce años en nuestro país es del cuarenta y seis punto veintidós por ciento (46.22%) de su totalidad y que la del mundo en menores de veinticuatro años, es del cincuenta y cuatro por ciento (54%) de la totalidad de sus habitantes, lo que pone de relieve la trascendencia del tema aquí analizado.

3.4 LA TUTELA EN LOS MENORES DE 16 AÑOS

Como ya observamos en el punto anterior, la regla general en el aspecto civil, es que el menor se encuentra colocado en la condición de incapaz, pero a pesar de

ello se le otorgan posibilidades emergentes conforme a disposiciones que con carácter de excepción y en razón de su edad, se anticipan.

Así podemos entender que no obstante la aparente incapacidad del menor, ésta sólo es relativa, pues si bien, cabe declarar la nulidad de los actos de administración ejecutados y de los contratos que celebre sin la autorización de su representante y sin su consulta personal cuando fuere mayor de dieciséis años y goce de discernimiento, la administración de los bienes que el pupilo adquiriera con su trabajo le corresponden directamente a él y no a su representante.

Por otra parte, la ley faculta al menor desde los referidos dieciséis años para:

1. Hacer su propio testamento,
2. Licitar la declaración de su estado de minoridad ante el Juez competente,
3. Proponer a su propio tutor dativo y a su curador,
4. Elegir carrera u oficio,
5. Y en general, para denunciar las irregularidades en que se considere víctima, siempre que no se trate de obligaciones en que haya sido perito o hubiere actuado dolosamente apareciendo como mayor de edad.

También, como dato adicional mencionaremos que la ley concede a los menores de catorce años si son mujeres y de dieciséis años si son varones, el derecho para contraer matrimonio con la asistencia de sus representantes, pedir la suplencia del

juez para obtener el referido consentimiento con el fin de celebrar capitulaciones dentro de su régimen matrimonial, para reconocer hijos y en fin, para objetar la adopción que de ellos quisiere hacer cualquier persona.

3.5 ASPECTO PSICOLOGICO Y SOCIAL DEL MENOR:

Apego es el sentimiento que une al padre y a su hijo; es el vínculo emocional que existe entre ellos, el deseo de mantenerse en contacto por medio de la cercanía física, de tocarse, mirarse, sonreírse, escucharse o hablarse.

Para sentirse emocionalmente seguros, los niños necesitan una relación cálida, cariñosa y estable con un adulto responsivo del que puedan depender.

La mayor parte de los estudios sobre el tema muestran que los niños pequeños pueden y a menudo lo hacen apegarse por igual a su madre y a su padre, lo que representa dos apegos significativos.

Cabe señalar que los niños no apegados, los que tienen una demora en su desarrollo del apego, pueden no hacer distinciones entre sus padres y otros miembros del hogar o de un cuidador.

Los signos de la ansiedad por la separación varían de acuerdo con cada niño, su edad y la frecuencia y duración del tiempo que permanece separado de su figura de apego.

Después de que los infantes desarrollan apegos hacia personas específicas, empiezan a mostrar signos de aflicción cuando éstas los abandonan.

Si una separación se repite o si se prolonga demasiado los síntomas se hacen más serios. La fase inicial de protesta y búsqueda es seguida de un período de desesperación, durante el cual el niño se muestra quieto, apático, indiferente, desdichado y no responde a sonrisas o cariños.

Por último, si la separación continúa es fácil que el niño llegue a perder peso y adquiera infecciones, esto implica un deterioro considerable en su desarrollo general. El trauma causado por una separación prolongada sin un cuidado sustituto adecuado puede ser muy severo.

El temor a los desconocidos, cuando se desarrolla, suele empezar alrededor de los 6 o 7 meses de edad, y se incrementa aproximadamente a los 2 años, después de lo cual disminuye.

Los niños difieren considerablemente en sus reacciones a los desconocidos. Algunos nunca parecen sentir mucho temor, sonríen con facilidad, rara vez rechazan el contacto e incluso pueden acercarse a los desconocidos luego de unos cuantos minutos de contacto.

Las diferencias individuales se relacionan con lo seguro que sea el niño y con sus antecedentes de experiencias sociales.

El mejor momento para exponer al niño a gente nueva es antes de que se desarrolle o luego de que el niño empieza a perder el temor por los desconocidos.

Para que la confianza y la seguridad puedan desarrollarse es necesario cumplir una serie de requisitos, que son a saber:

- Que los niños reciban alimentos adecuados de manera regular.
- Que los bebés puedan succionar lo suficiente. Como succionar es una fuente de bienestar y de seguridad emocional, los momentos en que se les alimenta deben ser una experiencia relajada, sin prisas.
- Otra necesidad emocional importante es recibir caricias y contacto físico, necesitan calidez, escuchar el sonido de una voz agradable y ver la imagen de una cara feliz.
- El requisito más importante para el desarrollo en los niños es que demuestren que los aman.

Una vez que los niños han formado un vínculo emocional cercado con alguien cualquier separación prolongada tiene efectos adversos;- Los niños que han sufrido esta experiencia suelen describirse como emocionalmente alejados y aislados, con aire de frialdad e incapacidad para mostrar calidez y afecto sincero o para hacer amigos de una manera afectuosa.

Otra causa importante de inseguridad emocional es el hecho de ser cuidado por padres tensos, nerviosos, ansiosos e irritables. Los padres deben estar conscientes de que los altercados entre los miembros de la familia trastornan a los niños, especialmente si las peleas son frecuentes y violentas.

La desaprobación y las críticas frecuentes pueden tornar a los niños inseguros de sí mismos, ya que estas situaciones según psicólogos prestigiados pueden ser devastadoras y dar por resultado inseguridad y baja autoestima profundamente establecidas.

La personalidad es la suma total de las características físicas, mentales, emocionales y sociales de un individuo. La personalidad es un concepto global que incluye a todas las características que hacen de cada persona un individuo diferente de cualquier otro.

El temperamento se refiere a las disposiciones básicas, relativamente consistentes, inherentes y que subyacen y modulan gran parte de la conducta.

Rothbart define al temperamento como "las diferencias individuales en la reactividad y autorregulación relativamente estables y con una base principalmente biológica"

Todo el mundo necesita sentirse amado, que gusta a los demás, aceptado, valorado, capaz y competente. La autoestima es la forma en que los niños sienten acerca de sí mismos, el agrado y respeto que sienten por sí mismos.

Existen cuatro fuentes principales de autoestima: la relación emocional del niño con los padres, su competencia social con los compañeros, su progreso intelectual en la escuela y las actitudes de la sociedad y la comunidad hacia ellos.

Los niños no se desarrollan en el vacío, sino en el contexto de su familia, su comunidad, país y el mundo. Los niños reciben la influencia de sus padres o tutores, hermanos y de otros familiares; de amigos y compañeros; de otros adultos

con los que entran en contacto, y de la escuela, la iglesia y los grupos de los que forman parte. Son influidos por los medios de comunicación: los periódicos, las revistas, la radio y la televisión por los líderes comunitarios y nacionales, por la cultura en la que están creciendo e incluso por las cosas que están sucediendo en el mundo.

Para nuestro análisis, podemos describir a la familia como "cualquier grupo de personas unidas por los vínculos del matrimonio, sanguíneos, adopción o cualquier relación sexual expresiva, en que las personas compartan un compromiso en una relación íntima e interpersonal".

En conjunto la familia es el principal transmisor del conocimiento, los valores, actitudes, roles y hábitos que una generación transmite a la siguiente.

Mediante la palabra y el ejemplo, la familia moldea la personalidad de los niños y les instila modos de pensamiento y formas de actuar que se vuelven habituales.

La socialización es el proceso por medio del cual las personas aprenden los estilos de comportamiento de la sociedad o los grupos sociales de modo que puedan funcionar dentro de ellos. Los niños aprenden las costumbres y valores de su sociedad por medio del contacto con los individuos ya socializados, inicialmente la familia.

No todos los padres ya sean biológicos o adoptivos tienen una influencia positiva sobre sus hijos, ni son capaces de crear un ambiente familiar positivo y saludable en el que sus hijos puedan crecer.

Por ejemplo, los padres autoritarios hacen énfasis en la obediencia, utilizada la fuerza para poner freno a la voluntad de los niños, los mantienen subordinados, restringen su autonomía. Este tipo de paternidad tiende a producir alejamiento, niños temerosos que exhiben poca o ninguna independencia y que son en general irritables, hostiles, malhumorados y abiertamente agresivos.

Los padres permisivos no ponen ninguna restricción a sus hijos, aceptan sus impulsos y acciones sin tratar de moldear su conducta. Esos niños tienden a ser rebeldes, autoindulgentes, agresivos, impulsivos y socialmente ineptos.

Los padres autoritativos tratan de dirigir las actividades de sus hijos de manera racional, fomentando la discusión pero a la vez ejerciendo un control firme cuando los niños desobedecen, sin ser por ello abiertamente restrictivos. Los niños de estos padres tienen mejor control, más seguridad y más confianza en sí mismos, y su competencia social es mayor.

La palabra **disciplina** viene de la misma raíz que "discípulo" que significa "el que aprende". Por ello, disciplina es un proceso de aprendizaje, de educación, por medio del cual tiene lugar la socialización. Más que castigar, su propósito es enseñar la conducta o acción apropiada, sin embargo, no siempre quienes ejercen la patria potestad o la tutela, tienen claro este concepto y lo tergiversan llenando de culpas a los niños.

En el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, el número de niños bajo el cuidado de padres sustitutos se ha disparado de 360,000 en 1990 a un estimado de 840,000 en 1995. Las principales razones son que existen muchos niños que requieren el respaldo de un tutor, que se ha incrementado el abuso y la negligencia con los niños, el número de embarazos en adolescentes y los nacimientos fuera de matrimonio, así como el número de padres incapaces de responsabilizarse del cuidado de sus hijos, por lo que el Estado debe encargarse de ellos colocándolos en hogares sustitutos.

A los padres adoptivos se les pide que tomen a su cuidado niños con severos problemas conductuales y emocionales a los que resulta muy difícil manejar. Muchos de esos niños han sido cambiados de casa en casa y han aprendido que no pueden confiar en nadie, ya que el cuidado sustituto está muy lejos de ser lo ideal.

Aproximadamente la mitad de quienes hacen solicitud de adopción están emparentados con el niño que desean adoptar, cosa que en México no sucede.

Una consideración importante es lo que los padres sienten respecto a tener hijos adoptivos y la forma en que éstos responden. ***El factor crucial aquí no es si el niño es adoptado o no, sino la calidad del ambiente familiar en que el niño es criado.***

Si un niño que está bajo tutela o adopción y este no es tratado debidamente, puede ser víctima de conflictos y los niños que son diferentes son socialmente invisibles, son solitarios.

Un niño que es socialmente reservado puede alejarse de la ansiedad social o de sus percepciones de ineficacia social.

Los niños que son rechazados, reportan significativamente más soledad que los niños populares y los que reciben aceptación promedio.

Los problemas se agravan a los 10 y 11 años de edad cuando los niños empiezan a juntarse en clubes y pandillas. Por lo general las pandillas se organizan a lo largo de líneas sexuales. Los niños forman sus pandillas y las niñas sus clubes sociales. Que los grupos sean útiles o peligrosos depende de su naturaleza, su propósito y de sus componentes.

Algunos niños de esta edad pueden ser muy crueles, se excluyen insensiblemente unos a otros de sus grupos, o dicen cosas que avergüenzan o empequeñecen a los demás. Los pendencieros que atacan a los más pequeños o a los más débiles son un problema. Su principal motivo parece ser obtener control sobre los demás como una forma de sentirse importantes.- Debido a sus propios sentimientos de enojo, a menudo atribuyen intenciones hostiles a las acciones de los demás cuando no existen.

Las emociones son sentimientos subjetivos que se experimentan en respuesta a estímulos. La palabra emoción significa literalmente "el acto de ser removido o agitado". Un estado emocional es un estado de conciencia que se experimenta como una reacción integrada del organismo, las emociones son acompañadas por activación fisiológicas y dan por resultado cambios conductuales.

Las emociones también son importantes porque afectan la conducta en las relaciones con los demás son incluso fuente de placer, gozo y satisfacción, las emociones se clasifican en tres diferentes categorías, que son a saber:

1. **Estados de júbilo.**- emociones positivas de afecto, amor, felicidad y placer.
2. **Estados inhibitorios.**- Temor o espanto, preocupación o ansiedad, tristeza o pena, vergüenza, arrepentimiento o culpa y disgusto.
3. **Estados hostiles.**- ira, aborrecimiento, disgusto y celos.

Todos estos sentimientos de los que se hizo mención anteriormente, son algunas de las causas psicológicas a las que los menores están expuestos cuando no crecen en un ambiente familiar adecuado, en donde se les preste la debida atención, el debido respeto y el completo cariño, que cualquier persona necesita para desarrollarse plenamente.

CAPITULO IV

FUNCIONES DEL TUTOR Y LA REGULACION DE LA TUTELA DATIVA.

4.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TUTOR

Ante todo, primeramente, debemos entender el significado de derecho y de obligación, para que una vez analizados ambos conceptos, nos demos a la tarea del estudio concreto, de las facultades y deberes a los que está constreñido el Tutor.

DERECHO:

La explicación del término "derecho" no puede ser restrictiva (arbitrariamente restrictiva). La determinación del alcance de la expresión "derecho" constituye la delimitación de un sector de la experiencia que debe corresponder al objeto descrito por la ciencia jurídica (dogmática) y su historia. Para este propósito no existe procedimiento más apropiado que la exposición de las caracterizaciones que, siendo lógicamente consistentes no se desvían del uso del lenguaje (ordinario como técnico).

Cierto es, que si las características consideradas son insuficientes, entonces "derecho" podría aplicarse indiscriminadamente a todo, privando a la ciencia jurídica (dogmática) y a su historia de objeto y sustantividad.

Si, por lo contrario, las características atribuidas son exageradas (por razones metodológicas o concepciones ideológicas) podría excluirse un buen número de cuestiones que han sido consideradas, desde siempre, parte de la experiencia jurídica.

La palabra "derecho" proviene del latín "directum" el cual deriva de "dirigere" que significa enderezar, dirigir encaminar, a su vez de "regere", "rex", "rectum", que significan conducir, guiar.

Por extraño que parezca; "derecho" no descende de una palabra latina de morfología semejante e igual significado. La palabra latina que corresponde a "derecho" (o a sus equivalentes en las lenguas modernas) es "ius" de antigua raíz indoiránica.

Igualmente por extensión, ius se aplicaba no sólo a la decisión del iudex (juez) sino a los preceptos o fórmulas que éste aplicaba o adoptaba en el proceso.

Ciertamente, "ius" implica una intervención humana; "ius" es creación positiva; se opone a "fas", ya que, "ius" es el ordenamiento creado por el hombre, "fas" el creado y protegido por los dioses.

Al lado, y en contraposición, con el uso referido, "ius" se usa para indicar los derechos (iura) de los cuales goza un individuo, como el derecho de adquirir o

disponer de alguna cosa. Proveniente del "ius" (derecho) dictado por el iudex (juez), los iura (derechos) entran al patrimonio del beneficiario y se extienden a otros. Este uso se percibe claramente, en expresiones como "iura in re aliena" que significa derechos sobre los bienes de otro; el ius conubi que es el derecho a celebrar matrimonio.

En ese último sentido "ius" aparece como sinónimo de facultas y potestas significando con ello el poder que se tiene para realizar cierto acto válido.

Por otro lado, "ius" se usa también para indicar el status personal de un individuo como aparece en las expresiones "sui iuris" o "alieni iuris", indicando cuando alguien actúa por su propio derecho o se encuentra bajo el poder (tutela o potestad) de otro.

El derecho también guía la conducta confiriendo derechos subjetivos y facultades a los individuos; pero, contrariamente a las disposiciones que imponen deberes, las normas que confieren derechos y facultades, guían la conducta de forma no decisiva (no excluyente); la pauta proporcionada por estas disposiciones depende de otras razones del agente (el deseo de que las cosas ocurran como sería el caso si el agente, así lo quisiera, hiciera uso del derecho o facultad). El mismo orden jurídico determina en qué consiste "tener" un derecho o una facultad vinculando consecuencias jurídicas a su ejercicio (o a su omisión). Es precisamente en virtud de estas consecuencias por las que el individuo decide qué hacer. Los individuos

(titulares de derechos o facultades) decidirán que hacer (por ejemplo celebrar un contrato) sobre la base de tales consecuencias.

El término "derecho", además de designar un orden jurídico o una parte significativa del mismo. Se usa para referirse a una ventaja o beneficio normativo conferido a un individuo o a una clase de individuos. En este sentido, "derecho" designa una permisión otorgada a alguien o algunos para hacer u omitir cierta conducta, con la garantía de la protección judicial. Así, se dice "el pupilo tiene derecho de....". Es este sentido, en que se dice que el comportamiento se encuentra jurídicamente tutelado.

La idea de pretensión o exigencia inseparable a este uso de "derecho" proviene de que, en un principio, un "derecho" era pedido (al praetor o al chacellon) y, en virtud de los méritos del caso, un actio era concedido. De esta forma, un interés, un "petitum", era jurídicamente protegido. Este es el sentido que tiene el aforismo latino: "ahí donde hay derecho, existe protección judicial"¹⁸

Una vez judicialmente establecidos, los derechos (iura e infra) "pertenecían al individuo, al derechohabiente". Después, los "derechos" compilados o codificados se convierten en disposiciones legislativas conferentes de derechos: se convierten en formulaciones más o menos amplias de conducta humana (libertades,

¹⁸ DICCIONARIO JURIDICO: INSTITUTO DE CIENCIAS JURIDICAS DE LA UNAM: Edit. Porrúa, Tomo II, 1997.

inmidades, prerrogativas) protegida no sólo frente a la intervención de los demás individuos sino, inclusive, frente al Estado.

El sentido de pretensión, petición o reclamo que se encuentra en su origen, ha dado ocasión a un uso abusivo y perturbador de "derecho", Así, cualquier pretensión que se considera justificada no sobre la base de un alegato o interpretación jurídica, ni en argumentos de moral positiva en casos de lagunas, sino de cualquier manera pretende reivindicar el nombre "derecho" y cubrir dicha pretensión con el significado técnico de derecho subjetivo en el sentido de permisión o potestad jurídicamente protegida.

Debe tenerse presente que los diferentes usos de "derecho" que hemos reseñado no son intercambiables. Tampoco pueden reunirse bajo un género común; se refieren a cosas diferentes. Lo que se puede predicar correctamente del derecho en sentido subjetivo no se puede predicar del derecho como orden jurídico. Asimismo, lo que se puede predicar de un conjunto de normas positivas, no se puede predicar del derecho natural, entendido como el conjunto de formulaciones sobre lo que el derecho debe ser.

El termino "derecho" no se aplica siempre en el mismo sentido: es como vimos vago y ambiguo. Ciertamente esta ambigüedad y equívocidad en ocasiones quedará oculta creando grandes problemas de comprensión.

OBLIGACIÓN:

La palabra obligación proviene del latín "obligatio" y "onis".

El derecho civil se refiere a la persona, entre otras cosas, en relación con su actividad económica y ésta puede ser en un plano de exclusividad o en un plano de colaboración. Cuando los actos económicos se realizan en exclusividad estamos en presencia de derechos reales, más cuando la actividad se realiza en colaboración de unos hombres con otros, estamos en presencia de derechos personales que ameritan la distinción entre deudor y acreedor y vínculo que los relaciona.

La obligación dicen las Institutas es:

"Un vínculo jurídico por el que somos constreñidos por la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad".¹⁹

Por esa razón mientras que los derechos reales tienen por contenido el poder que el sujeto tiene sobre un bien, en los derechos personales se persigue la satisfacción que el deudor va a realizar en interés del acreedor.

La obligación es un vínculo y por lo tanto, como dice Gayo, nadie se obliga por un consejo y de una recomendación o de un consejo general, no se deriva obligación alguna: pero el texto de las Institutas añade que la obligación es un vínculo jurídico con lo que quiere decirse que es un ligamento de derecho no un ligamento religioso o ético.

El vínculo nos constriñe a la necesidad de pagar, por esa razón el orden jurídico exige que las obligaciones tengan una fuente de donde nazcan. La imposición de una obligación sin una fuente no tendría razón de ser, ni estaríamos en presencia de un orden jurídico sin ella, pues bien, las obligaciones nacen de un acuerdo de voluntades o de un ilícito, bien de cierto derecho propio, según las varias especies de causas (Gayo) y por esa razón se habla de la necesidad de pagar alguna cosa, añadiéndose que el pago debe hacerse según las leyes de nuestra ciudad, lo que significa que el vínculo está reconocido por el orden jurídico.

Debemos observar a la luz del derecho actual, que la obligación se distingue del débito y la responsabilidad, entendiéndose que aquél es la prestación o deuda mientras que la responsabilidad es la sujeción patrimonial. Con esta distinción se puede observar que habrá obligaciones que tengan débito sin responsabilidad como acaece en las llamadas obligaciones naturales, tales como el pago de una deuda prescrita o el cumplimiento de un deber moral, que no dan derecho a repetir por pago de lo indebido; en otros términos las obligaciones naturales no sólo se caracterizan porque no producen acción, sino porque lo que se ha pagado no puede ser repetido. Asimismo podría haber responsabilidad sin deuda como es el caso de la responsabilidad del que da garantía en cumplimiento de una deuda ajena.

¹⁹ BEJARANO, Sánchez Manuel; "Obligaciones Civiles"; México Edit. Harla, 1980.

En el derecho civil mexicano encontramos que no sólo son fuentes de obligaciones las contenidas en el Título Primero de la Primera Parte del Libro Cuarto del Código Civil, sino que también las relaciones familiares producen obligaciones cuyo contenido es en ocasiones, a la vez patrimonial y extrapatrimonial.

En todo caso las obligaciones (de acuerdo al artículo 1824 del Código Civil) sólo pueden ser de tres tipos:

- de dar,
- de hacer, y
- de no hacer

Toda obligación puede estar sujeta a diferentes modalidades, una relativa a su eficacia como son el plazo, el término y la condición; otras relativas al objeto de la obligación como son las obligaciones conjuntivas, alternativas o facultativas. Y otras más relativas a los sujetos de la obligación como son las mancomunadas y las solidarias.

Con respecto al ejercicio de la Tutela; el tutor debe cumplir las obligaciones y ejercer las facultades que la Ley le otorga y abstenerse de realizar los actos que expresamente se le prohíben.

Podemos clasificar las facultades en cuanto a los derechos y obligaciones del tutor, en tres grupos:

- a) Respeto de la persona del pupilo;
- b) En relaciones a la representación del pupilo, y
- c) Por lo que se refiere al patrimonio del incapaz.

4.1.1.- RESPECTO DE LA PERSONA Y BIENES DEL MENOR

Los deberes y facultades que tiene el tutor respecto a la persona del pupilo, son aquéllos necesarios para la guarda, cuidado y educación del mismo.

La Ley 16, Título XVI, Partida VI, la cual a la letra dice:

"Trabajar se deue al guardador de fazer el mozo que touiere en guarda que aprenda buenas maneras, e desi deuele facer aprender leer e ecreuir, e después desde deuel poner que aprenda a use aquel menester euq mas le conuiniere según su natura, e la riqueza e el poder que huiere"²⁰

Esto es que el tutor debe alimentar y educar al menor o incapaz con arreglo a la condición de éste, según lo establece el artículo 537 fracción I y 538 del Código Civil.

²⁰ GALINDO, Garfias Ignacio; "Derecho Civil"; México, Edit. Porrúa, 13 Edición, 1994.

Tratándose de menores, los alimentos comprenden además de comida, asistencia en casos de enfermedad, los gastos necesarios para la educación primaria, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales, según lo establece el artículo 308 del Código Civil; e incluso se debe añadir que el mismo tutor está obligado a dar alimentos al pupilo, cuando sea el obligado por razón de su parentesco con el incapacitado y éste tuviere necesidad de ellos, en cuyo caso el curador ejercitará la acción correspondiente.

El tutor respecto de la persona del pupilo, deberá atender a su salud mental y corporal procurando, si fuere demente o sordomudo, destinar de preferencia, los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o, a su regeneración si fuese un ebrio consuetudinario o que abuse habitualmente de las drogas y enervantes como claramente lo dispone el artículo 537 fracción II del Código Civil.

El tutor está obligado a presentar al Juez de lo familiar en el mes de enero de cada año, un certificado de dos facultativos que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción, a quien para ese efecto, lo reconocerá en presencia del curador. El juez se cerciorará del estado que guarda el incapacitado y tomará todas las medidas que estime convenientes para mejorar su condición; además el tutor está facultado para tomar las medidas que juzgue oportunas para la seguridad, alivio y mejoría del incapacitado, previa la autorización judicial otorgada

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

con audiencia del curador y si la adopción de las medidas fuese urgente, pueden éstas ser ejecutadas por el tutor, quien dará cuenta inmediata al juez para obtener la aprobación, de acuerdo con el artículo 547 del Código Civil.

Además, el tutor deberá cumplir con sus obligaciones con estricta sujeción a las disposiciones del prestador, cuando se trata de tutela testamentaria, a no ser que el juez de lo familiar oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas, de acuerdo al artículo 479 del Código Civil.

Cuando el menor de edad o el mayor de edad incapacitado fuesen indigentes o careciesen de los recursos económicos para su educación y alimentación, el tutor deberá exigir judicialmente la suministración de los gastos necesarios a los parientes que tienen la obligación de alimentar al menor o incapacitado.

Cuando el propio tutor sea el deudor alimentario, la acción judicial para exigir el pago de esas expensas corresponde al curador.

En el caso de que los menores de edad o los mayores de edad incapacitados, que no tengan personas obligadas a prestarle alimentos o cuando estas últimas no pudieren hacerlo, el tutor previa autorización del juez de lo familiar y oyendo el parecer del curador y del Consejo Local de Tutelas, pondrá al tutelado en una Institución de Asistencia Pública o Privada, donde pueda alimentarse y educarse. Cuando esto no fuere posible, el tutor procurará que los particulares proporcionen

al incapaz o al incapacitado, un trabajo compatible con su condición física e intelectual, asumiendo la obligación de alimentarlo y educarlo convenientemente, sin perjuicio de la obligación del tutor de cuidar que el tutelado, no sufra daño alguno por el trabajo que se le asigne, por insuficiente alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta, y esto queda claramente regulado en nuestro Código Civil, dentro de los artículos 543 y 544.

Tratándose de pupilos indigentes y que se encuentren en el mismo supuesto que el señalado en el párrafo anterior, el tutor, con autoridad del Juez de lo Familiar quien oirá al curador y al Consejo Local de Tutelas, lo pondrá en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse; si ello tampoco fuere posible el tutor procurará que los particulares proporcionen trabajo al pupilo compatible con su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo y si ninguno de estos medios es posible, los incapacitados indigentes serán alimentados y educados a costa de las rentas públicas del Distrito Federal.

4.1.2.- RESPECTO DE LA REPRESENTACION DEL PUPILO

La fracción V del artículo 537 del Código Civil, dispone que el tutor está obligado a representar al incapacitado en juicio y fuera de él y, en todos los actos civiles, con

excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales.

Representación, es, según Clemente de Diego, la realización de un acto jurídico por otro ocupando el lugar de éste, es por tanto, la tutela 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, sino que éste deberá consultar al pupilo para los actos importantes de la administración, cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años y la administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo (debe decir el menor); le corresponde al menor y no al tutor.

Otro problema que plantea la representación del tutor, es determinar si es personalísima o puede delegarse. Indiscutiblemente los cargos de tutor y de curador, no son delegables, puesto que en su designación se atiende a sus cualidades personales, para garantizar la consecución del fin que con ella se propone la tutela o sea que se realice por personas idóneas.

4.1.3.- RESPECTO DEL PATRIMONIO DEL PUPILO

A este respecto el tutor tiene la obligación, que no puede ser dispensada, ni aún por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario; de formar inventario

solemne y circunstancial de cuanto constituye el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, el cual no podrá exceder de seis meses y que deberá hacerse con intervención del curador y del mismo menor o incapacitado si éste goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años. Esto apegado a lo establecido por la Ley en la fracción III del artículo 537 del Código Civil.

En el caso de que el tutor tenga que administrar bienes, sólo debe entrar en la administración si se hubiere nombrado curador. El tutor que entra en administración de los bienes sin que se haya nombrado el curador será responsable de los daños y perjuicios que se causen al incapacitado.

Como el tutor es el administrador de los bienes del pupilo, es necesario precisar las facultades que al mismo se le confieren, consistentes en administrar el caudal de los incapacitados, es decir delimitar el concepto de acto de administración, con respecto a los actos de disposición, que generalmente le están prohibidos y los cuales pueden realizar mediante licencia judicial.

El tutor necesita autorización judicial, la que sólo se concederá si es de evidente utilidad para el pupilo, para realizar los siguientes actos:

- 1.** Para fijar dentro del primer mes de ejercicio la cantidad que haya de invertirse en gastos de alimentación y el número de los dependientes necesarios (artículo 554 del Código Civil).
- 2.** Para enajenar o gravar los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos del menor o del mayor de edad incapacitado, el tutor requiere autorización judicial además de la conformidad del curador. El juez no podrá autorizar la enajenación o gravamen sino por causa de absoluta necesidad o de evidente utilidad o beneficio del menor o del mayor de edad incapacitado (art. 561). La venta de bienes raíces de los menores o de los mayores de edad incapacitados, deberá hacerse siempre en subasta pública judicial bajo la sanción de nulidad. La venta de valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado pertenecientes al menor de edad a al mayor de edad incapacitado, no se hará en ningún caso, por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta. Cabe señalar que se prohíbe al tutor dar fianza a nombre del menor de edad o incapacitado que se encuentre bajo su tutela (Art. 563).
- 3.** Para hacer todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación (artículo 565 del Código Civil)
- 4.** Para transigir o comprometer en árbitros de negocios del incapacitado (artículo 566 del Código Civil).
- 5.** Para que el tutor transija, cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o valores mercantiles o industriales cuya

cuantía excede de mil pesos se necesita el consentimiento del curador (artículo 568 del Código Civil).

6. Para hacerse pago el tutor de sus créditos contra el incapacitado (artículo 571 del Código Civil).

7. Para arrendar por más de cinco años los bienes del incapacitado (artículo 573 del Código Civil)

8. Para recibir dinero a nombre del incapacitado (artículo 575 del Código Civil)

Así bien, el tutor también tiene prohibiciones que la propia Ley le impone, con efecto de proteger aún más al pupilo, y son a saber:

1.- Contraer matrimonio con el pupilo a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. La prohibición comprende al curador y a los descendientes de éste y del tutor (artículo 559 del Código Civil).

2.- Comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto a ellos. Si lo hiciere, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente causa para que se le remueva del cargo (artículo 569 del Código Civil). Sólo cesa esta prohibición, en caso de que el tutor o sus parientes sean coherederos partícipes o socios del incapacitado (artículo 570 del Código Civil).

3.- Aceptar para sí a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia (artículo 572 del Código Civil).

4.- Hacer donaciones a nombre del incapacitado (artículo 576 del Código Civil).

5.- Rechazar las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado (artículo 579 del Código Civil).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 909 del Código Procesal Civil, en los juzgados de la familiar, bajo el cuidado y responsabilidad del juez y a disposición del Consejo de Tutelas, habrá un registro en que se pondrá testimonio simple de todos los discernimientos que se hicieren del cargo del tutor y curador.

La inscripción en dicho registro responde a una doble finalidad; la primera, facilitar la publicidad de la tutela y de la curatela, en consideración a los efectos importantísimos que de tales estados se derivan y segunda, dotar al juez de lo familiar, al Consejo de Tutelas y al Ministerio Público de un medio de control y vigilancia de los actos realizados por el tutor y por el curador, a cuyo efecto dentro de los ocho primeros días de cada año, procederá a examinar dicho registro y a tomar las medidas que les autoriza el artículo 910 del mismo Código.

4.2.- GARANTÍA QUE DEBE PRESTAR EL TUTOR:

El tutor debe manifestar si acepta o no el cargo dentro de los cinco días que sigan a la notificación de su nombramiento y debe prestar las garantías exigidas por la ley para que se le discierna el cargo.

Estas garantías para asegurar su manejo pueden consistir en hipoteca, prenda o fianza. Se encuentran exceptuados de darla, los tutores testamentarios, cuando hayan sido relevados de esta obligación por el testador, a no ser que sobrevenga una causa ignorada por él, que a juicio del juez y con audiencia del curador, haga necesaria la garantía; los tutores que no administren bienes; en el caso de tutela legítima del padre, la madre y los abuelos del incapacitado, salvo que el juez con audiencia del curador y del Consejo de Tutelas, lo crea conveniente; y los que acojan a un expósito por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

Solamente se admitirá fianza al tutor, cuando no tenga bienes en qué constituir hipoteca o prenda (artículo 526 del Código Civil).

La garantía debe comprender el importe de las rentas de los bienes en los dos últimos años y los réditos de los capitales impuestos por el mismo tiempo; el valor de los muebles e inmuebles; el producto de las fincas rústicas en dos años, calculado por peritos o por el término medio de un quinquenio a elección del juez;

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, en las negociaciones mercantiles o industriales (artículo 528 del Código Civil).

La garantía podrá aumentarse o disminuirse durante el ejercicio de la tutela según las variaciones del caudal del pupilo y los valores en que la garantía está constituida (artículo 529 del Código Civil).

Cabe señalar que el juez es responsable subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela (artículo 530 del Código Civil).

Si el tutor no otorga la garantía dentro de los tres meses contados a partir de la aceptación de su nombramiento, se procederá al nombramiento de un nuevo tutor y entre tanto, se designará un tutor interino quien recibirá los bienes por inventario y su gestión se reducirá a la conservación de los bienes y percepción de los productos. Es necesario licencia judicial para cualquier otro acto de administración, la que en su caso se concederá oyendo al curador (artículo 532 del Código Civil) y la garantía que otorgue el tutor interino, no se cancelará, sino hasta que las cuentas de la tutela hayan sido aprobadas (artículo 604 del Código Civil).

4.2.1.- REMUNERACION ECONOMICA DEL TUTOR:

Nuestro derecho, a diferencia de otros extranjeros que consideran la tutela como un cargo gratuito, se pronuncia abiertamente por el principio de la retribución del tutor, tal y como lo establece el artículo 585 de nuestro Código Civil, el cual determina, que dicha retribución podrá ser fijada por el ascendiente o extraño que lo nombre en su testamento y para los tutores legítimos o dativos autoriza al juez a fijarla, ordenando que en ningún caso bajará del cinco por ciento, ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del pupilo; a no ser que por la industria y diligencia del tutor, los bienes del incapacitado hayan tenido un aumento en sus productos, en cuyo caso puede aumentarse la remuneración hasta un veinte por ciento de los productos líquidos.

Para el Maestro Julio J. López del Carril, el pago de honorarios lo establece en la siguiente Jurisprudencia:

“El tutor o el curador percibirá por sus trabajos y cuidados la décima parte de los frutos líquidos, debe entendersele comprensivo el importe de aquéllos una vez deducidos los gastos invertidos en su producción y explotación, cargas e impuestos, pero sin que quepa excluir las rentas invertidas para realizar adquisiciones, pues en tales supuestos no se trata más que de una reinversión de capital. Sin perjuicio de ello, existiendo otros bienes improductivos significativos,

cuya administración motivó diligencias laborales adicionales del tutor, corresponde incrementar prudencialmente el monto que resultaría de aquélla norma²¹

A la remuneración sólo se tiene derecho cuando el tutor desarrolla la actividad completa, que comprende:

- la guarda del menor,
- la administración de sus bienes y
- la representación en todo tiempo.

En el caso de que el menor o incapaz (según se trate) fuere indigente o careciere de suficientes bienes para los gastos de su alimentación, el tutor deberá reclamar a quienes por ley tienen obligación de proporcionar los alimentos; en caso de que el tutor fuere obligado por razón del parentesco, el curador podrá exigírselos; si no hubiere obligados a proporcionar alimentos o si lo hubiere y no pudiera proporcionarlos, se pondrá al pupilo en establecimientos de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse, si tampoco esto fuera posible, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatible a su edad y circunstancias personales, con la obligación de alimentarlo y educarlo; si no pudiere ser alimentado ni educado, lo anteriormente previsto será a costa de las rentas públicas del Distrito Federal. En todos estos casos el tutor no queda eximido de su cargo, pues continuará vigilando al menor a fin de que no sufra daño por el trabajo que tuviere que realizar, pero en este caso no tendrá remuneración alguna.

²¹ ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy; "La Tutela"; Madrid, Revista de Derecho Privado, 1983

El pago de los honorarios del tutor, cuando su actuación se contrae a la representación interina del incapacitado durante el juicio sucesorio, es completamente diferente; para entenderla es necesario establecer que, este tipo de actuación es cuando la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los incapacitados que no están sujetos a la patria potestad, y de la que sólo tiene por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que la ley señala.

Los artículos 585 y 586 del Código Civil determinan que el tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, pero esos preceptos se relacionan con la tutela general a que alude la primera parte del artículo 449, en cuyo desempeño el tutor desarrolla una actividad completa que incluye no solo la guarda de la persona del incapacitado, sino la administración de sus bienes y no con la tutela especial en la que la actividad del tutor es limitada a procedimiento judicial sin administración de bienes, y sólo tiene por objeto la representación interina en vista de la posible oposición de intereses entre los incapacitados y la persona que ejerce sobre ellos la patria potestad, según lo disponen los artículos 440 y 457 del Código Civil.

4.3.- CUENTAS DE TUTELA:

Es necesario establecer que conforme a lo que señala la ley el tutor tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión, cuando administra bienes del pupilo.

Rendir cuentas significa, como expresa Ruggiero, dar razón, con documentos, con estado de ingresos y salidas, del movimiento de capitales, rentas y valores, débitos y créditos que se producen en el patrimonio del administrado, de modo que se pueda acreditar el resultado de la gestión tutelar y si ésta se cierra con saldo a favor o en contra del tutor; la cuenta da razón justificada de los actos de administración y de disposición, de los negocios jurídicos celebrados por el administrador y de los litigios sostenidos y las operaciones hechas, etc., de modo que sea posible al dueño o al nuevo administrador, fiscalizar la actuación tutelar y ejercer contra el tutor las acciones que correspondan cuando haya responsabilidad de éste; y viceversa, hacer posible al tutor el ejercicio de las oportunas acciones contra el administrado, por anticipos o desembolsos hechos por aquél en interés de éste; con la limitación, sin embargo, de que en lo referente a los gastos y demás desembolsos, no basta justificarlos, sino que precisa además probar que han sido útiles al pupilo.

Las cuentas que debe rendir el tutor de acuerdo con nuestra ley, se clasifican en tres, que son a saber:

- anuales u ordinarias
- extraordinarias o especiales
- generales de administración.

Las primeras se encuentran previstas en el artículo 590 de nuestro Código el cual establece que:

"El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta, en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del tutor."²²

El tutor tiene la obligación de rendir cuentas de su gestión en cualquier momento del desempeño a su cargo, cuando por causas graves que calificará el juez, lo exija el curador, el Consejo Local de Tutelares, el Ministerio Público o el mismo incapacitado, si es mayor de edad, o cuando lo pida el menor sujeto a tutela, si ha cumplido dieciséis años de edad (artículo 391 del Código Civil), y también la ley los obliga a él o a sus herederos cuando es reemplazado, a rendir una cuenta general de la tutela, a quien le reemplaza dentro del término de tres meses contados desde el día en que fenezca la tutela, la que podrá prorrogarse por el juez por tres meses más (artículos 601 y 602 del Código Civil).

²² CODIGO CIVIL, PARA EL DISTRITO FEDERAL, Edit. Porrúa, 68 Edición.

Las cuentas de administración deberán comprender no sólo las cantidades en numerario que hubiere recibido el tutor por producto de los bienes y aplicación que les haya dado, sino en general, todas las operaciones que se hubieren practicado irán acompañadas de los documentos justificativos y de un balance del estado de los bienes (artículo 592 del Código Civil).

La rendición de cuentas es obligatoria, así lo previene el artículo 590 del Código Civil, que en términos generales se aplica para cualquier clase de cuenta.

La obligación de rendir cuentas no puede ser dispensada en contrato o última voluntad, ni aún por el mismo tutelado; y si esa dispensa se pusiere como condición en cualquier acto, se tendrá por no puesta (artículo 600 del Código Civil).

La garantía dada por el tutor no se cancelará sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas y la obligación de rendirlas pasa a sus herederos (Artículos 603 y 604 del Código Civil); hasta pasado un mes de la rendición de cuentas es nulo todo convenio entre el tutor y el pupilo.

La cuenta debe rendirse al Juez de lo Familiar del lugar en donde se desempeñe la tutela. Deben conocer de la cuenta el curador, el Consejo Local de Tutelas, el mismo menor que haya cumplido dieciséis años de edad, el tutor que reemplace al otro y el pupilo que deje de serlo; esto no significa que deban rendirse cuentas por

separado. Se rinde ante el Juez, quien debe dar vista a las partes anteriormente señaladas, para que manifiesten lo que corresponda según su responsabilidad.

El importe de los gastos que el tutor erogue debida y legalmente con motivo del desempeño de la tutela deben serle reembolsados, aunque de esos gastos no haya resultado utilidad al menor o al mayor de edad incapacitado, siempre que fuere necesario o conveniente hacerlos para el adecuado desempeño de la tutela; y siempre que esa falta de beneficio no obedezca a culpa negligencia o inadvertencia del tutor.

4.4.- JUEZ FAMILIAR:

La palabra Juez, proviene del latín "iudex".

El Juez es la persona designada por el Estado para administrar justicia, dotada de jurisdicción para decidir litigios. En nuestro medio la palabra juez puede tener dos significados: el primero de ellos y el más general es aquél que lo referimos a todo funcionario titular de jurisdicción. Por otro lado y de manera más particular y precisa, juez es el titular de un juzgado, tribunal de primera instancia unipersonal. De modo tradicional se ha señalado que son cuatro los requisitos fundamentales para poder ser juez y, son a saber:

1. Edad

2. Competencia
3. Capacidad y
4. Ciencia

Por lo que se refiere a la edad, nuestras leyes orgánicas de tribunales ordinariamente exigen entre 25 y 30 años; la competencia está señalada en las propias leyes orgánicas, pudiéndose referir a materia, territorio, cuantía o al grado, aunque en ocasiones habrá que remitirse a la Ley sustantiva de la materia para precisar la competencia de un Juez; la capacidad del mismo, se refiere a ciertos requisitos que en ocasiones señalan las respectivas leyes orgánicas, como pueden ser: pleno goce de sus derechos civiles, no pertenecer al estado eclesiástico, no haber sido condenado por la comisión de ciertos delitos, generalmente patrimoniales, etc.; finalmente por ciencia se entiende que el candidato tenga el título de Licenciado en Derecho, expedido por la autoridad competente, más cierto tiempo de experiencia profesional. Muy relacionado con todo ello, es que el juez no tenga impedimento legal, aunque esto se refiere a un negocio muy particular que tenga que resolver, no tanto a situaciones o condiciones generales de la persona del juzgador u objetivos del cargo.

Las clasificaciones de los jueces más comunes son:

1. Seculares o eclesiásticos.
2. Comunes, especializados y especiales.
3. Civiles, familiares, mercantiles, penales, etc.

4. Ordinarios y extraordinarios.
5. Legos y letrados.
6. Inferiores y superiores.
7. Competentes e incompetentes.
8. A quo y Ad quem.

Dentro de nuestra estructura política, que respeta la división de los poderes, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ninguna institución puede ser ajena al pueblo por dimanar de la soberanía que le corresponde. Dentro de las atribuciones de cada Poder, el Judicial es el encargado de aplicar las disposiciones dictadas por el Legislativo, dentro de las que se encuentran, las relativas a la tutela y, así lo ratifica el artículo 633 del Código Civil, que expresamente dispone:

“Los Jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas exclusivamente de intervenir en los asuntos relativos a la tutela. Ejercerán una supervigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes”.²³

FUNCIONES

Existen 3 tipos de funciones en relación con el juzgador, como son:

- **Función Directa:** La ejerce el juez al momento de que es constituida la tutela y en el nombramiento del tutor (consideramos que esta parte es una

de las más importantes ya que de esta buena decisión depende el funcionamiento óptimo de la tutela ya que el tutor es la persona en la cual van a recaer los derechos y obligaciones del menor).

- **Función indirecta:** Esta tiene lugar durante el desempeño del cargo por parte del tutor.
- **Función decisiva:** Atiende a la rendición de cuentas

El juez debe decretar las medidas precautorias necesarias para salvaguardar los intereses del menor, en cuanto esté tenga conocimiento de que un menor quedó en estado de indefensión, en razón de estar bajo los supuestos del artículo 449, del Código Civil para el Distrito Federal.

Dentro de las funciones e intervenciones que el Juez de lo Familiar debe tener en la supervigilancia de los actos del tutor, la ley consigna las siguientes:

- 1. AVISOS.-** Se debe avisar al juez de lo familiar cuando fallezca una persona que ejerza patria potestad sobre un incapacitado, a quién por ley debe nombrársele tutor. Tienen obligación de dar aviso, dentro de los ocho días siguientes al fallecimiento, quien conozca el hecho, los Jueces del Registro Civil, las Autoridades Administrativas y Judiciales. (artículo 460 del Código Civil)

²³ CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa, 68 Edición.

2. MEDIDAS PROVISIONALES.- El Juez de lo Familiar, del domicilio del menor o del incapacitado, cuidará provisionalmente de la persona y bienes hasta que sea nombrado un tutor y, dictará las medidas necesarias para que el incapacitado o menor no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses y, cabe señalar que si el Juez no cumple con lo anteriormente dicho, independientemente de estar sujeto a las penas señaladas por ley, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los menores o incapaces

3. NOMBRAMIENTO.- El juez, debe hacer las declaraciones de minoría o incapacidad en los términos de los artículos 903 y 904 del Código de Procedimientos Civiles. El juez de lo familiar es el responsable directo del nombramiento del tutor; nombrará tutor especial en caso de que haya conflicto entre tutor y pupilo. El juez que no haga oportunamente el nombramiento del tutor dativo, será responsable de daños y perjuicios causados directa o indirectamente al menor o al incapaz. En caso de muerte del tutor, avisado el Juez de lo Familiar de tal hecho, deberá proveer inmediatamente de un tutor para el menor o incapacitado.

4. GARANTIAS.- El Juez debe cuidar de que el tutor otorgue la garantía legal. Independientemente de la Garantía a moción del Ministerio Público, del Consejo Local de Tutelas, de los parientes del incapacitado, o de éste, si ha cumplido ya los dieciséis años deberá tomar las disposiciones útiles para la conservación de

bienes del pupilo. Si no ha exigido que el tutor caucione su manejo, el Juez responde subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que se causaren al menor.

5. ALIMENTOS.- El juez de lo familiar deberá fijar, con audiencia del tutor, la cantidad que haya de invertir éste en alimentos y educación del menor. El pupilo tiene derecho a elegir una carrera, si el tutor infringe esta disposición el juez deberá tomar las medidas convenientes. También participa para exigir a quienes tengan obligación alimenticia darla a los pupilos indigentes o para ponerlos en una institución de beneficencia pública o privada, donde pueda educarse.

6. ADMINISTRACION.- El juez deberá aprobar la cantidad que se deba invertir para gastos de administración, número y sueldo de los dependientes necesarios, y para aumentarlos. Si por ejemplo el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez deberá decidir si se continúa o no con el negocio. También participa en la decisión sobre la imposición o inversión de capitales, participa primordialmente, en la enajenación de bienes inmuebles y muebles preciosos, ya que estos sólo podrán ser enajenados con autorización judicial y por causa de absoluta necesidad y evidente utilidad al menor (artículo 561 y 562 del Código Civil). El Juez vigilará la inversión de lo que se obtenga con la enajenación, se requiere autorización judicial para erogar gastos

extraordinarios en la conservación y reparación de los bienes. También se requiere de dicha autorización para poder dar en arrendamiento bienes del pupilo por más de cinco años, así como también para recibir dinero prestado. Cuando el tutor de la persona incapaz sea el cónyuge, participara el juez para suplir el consentimiento de la persona incapaz cuando éste se requiera conforme a Derecho.

7. INCAPACIDAD.- El juez debe cuidar todo lo relativo a la mejoría de los incapaces y debe estar al pendiente de que se presente en enero de cada año el certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado del individuo sujeto a interdicción

8. CURADOR.- El juez también interviene en el nombramiento del curador en los términos fijados por la ley y será la autoridad quien reciba las quejas del curador en relación a la actitud del tutor.

Como ya se ha señalado, nuestro régimen tutelar está encuadrado, dentro de los sistemas de autoridad, porque intervienen, decisivamente, la autoridad judicial a través de los Jueces de lo Familiar y la autoridad administrativa por conducto de los Consejos Locales de Tutelas.

La competencia está determinada en la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, en cuyo artículo 58, se señala que los jueces familiares conocerán de los negocios de jurisdicción voluntaria, relacionados con el Derecho Familiar y también de los juicios contenciosos relativos al estado de interdicción y de tutela.

4.5.- CONSEJO LOCAL DE TUTELAS:

Haciendo un poco de historia, respecto del Consejo Local de Tutelas, diremos que en un principio el legislador previó, como auxiliar del Poder Judicial, la existencia de organismos intermedios, que sin ser parte del Poder Judicial, ni tener relación con las personas que intervienen como interesados en los juicios, sirviera de órgano de información y vigilancia en beneficio tanto del propio Juez como de los interesados, a los que denominó "Consejos Locales de Tutela". En el Código Civil vigente cubren hoy cada una de las Delegaciones Políticas en que fue subdividido administrativamente el Distrito Federal.

Estos organismos, como ya quedó dicho, constituyen órganos de información y vigilancia que coadyuvan con las autoridades en beneficio de los intereses de los menores e incapaces; velan por el cumplimiento de los deberes de los tutores, avisan al Juez de las faltas, omisiones y peligros a que estuvieren expuestos los

bienes de los menores e incapaces, investigan quien carece de tutor para que se les nombre uno y vigilan el registro de tutelas para que sea llevado en debida forma.

Sin embargo, cabe señalar que estas disposiciones, dictadas con carácter preventivo, por diversas razones nunca tuvieron la aplicación que para ellas se había previsto inicialmente.

La integración de los Consejos Locales de Tutela, se entregó al Gobierno del Distrito Federal (antes Departamento del Distrito Federal), es decir, al Poder Ejecutivo Federal y, es de entenderse que se hizo en esta forma, porque se pretendió sustraerles del ámbito judicial, como organismos independientes, que sin tener relación con las autoridades judiciales ni con las partes en los juicios, tuvieran la posibilidad de entregar actuaciones imparciales sólo apegadas a la Ley.

Sin embargo, el Consejo originalmente previsto, y los quince que posteriormente fueron agregados por la Reforma de la Ley Orgánica del ahora Gobierno del Distrito Federal, nunca tuvieron una integración real y su inexistencia convirtió enugatorias diversas disposiciones del propio Código, que con relación a los Consejos se encuentran comprendidas desde el Capítulo I, hasta el Capítulo XV del Título Noveno, Libro I, del Código Civil.

El organismo estaba creado; las facultades otorgadas, y entre ellas, la elaboración anual de las listas de personas que podían fungir como tutores o curadores en el

Distrito Federal. Empero, la única atribución que parcialmente fue cumplida, se encontró en la elaboración de la referida lista, que por última vez se hizo pública en el año de 1973.

La inactividad de los aludidos Consejos, significaba más que una laguna administrativa, era una omisión administrativa, que dejaba en la imposibilidad de cumplir diversos artículos reglamentarios de la tutela, por no tener quien ejerciera las facultades previstas por el Legislador.

Surgen a la real vida Institucional los Consejos Locales de Tutela, como consecuencia de un Convenio Interinstitucional suscrito en enero de 1979, entre el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia y el entonces Departamento del Distrito Federal, ambos dependientes del Poder Ejecutivo Federal. La integración de éstos organismos, viejos en el espíritu de la Ley, pero novedosos en la esfera administrativa, están llamados a intervenir en el imparcial cumplimiento de la Ley.

La creación actual de estos Consejos, da a su estructura interna, nuevos contenidos. El organismo que recibe hoy la facultad de organizar los Consejos, ha profundizado el verdadero espíritu que inspiró su creación y los beneficios que puede reportar directa o indirectamente a los menores e incapaces.

Hoy en día se considera al Consejo Local de Tutelas, como un órgano de vigilancia e información para cumplir las funciones que expresamente le confiere el Código Civil, en relación con la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen alguna incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse así mismos.

En la actualidad hay dieciséis Consejos existentes en el Distrito Federal, aglutinados en un puesto colegiado que depende de una oficina central a cargo de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, dependencia que a su vez forma parte del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, organismo público descentralizado con personalidad y patrimonio propios creados por decreto del Ejecutivo Federal, el 10 de enero de 1977, más conocido como "DIF" (Desarrollo Integral de la Familia).

El artículo 631 del Código Civil, previene que cada Consejo Local de Tutelas, estará compuesto de un presidente y de dos vocales, que durarán un año en el ejercicio de su cargo y serán nombrados por el Jefe del entonces Departamento del Distrito Federal, o por quien él autorice al efecto, o por los delegados según el caso. Actualmente por convenio celebrado el día 22 de enero de 1979, entre el titular del Departamento del Distrito Federal y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia a favor del Procurador de la Defensa del Menor y la Familia, corresponde designar a éste último a los integrantes del Consejo Local de Tutelas.

Las funciones de dicho Consejo están consignadas en el artículo 632 del Código Civil, además de las funciones que expresamente le asigne algún otro artículo de dicho ordenamiento. Entre ellas encontramos las siguientes:

- Deberá formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas de la localidad que pueden desempeñar la tutela y la curatela, en los casos que estos nombramientos correspondan al juez.
- Velar porque los tutores cumplan sus deberes, haciendo referencia primordialmente a la educación de los menores y dando aviso al juez de las faltas u omisiones en que intervengan.
- Avisar al juez cuando conozcan que los bienes de un incapacitado están en peligro, para que se dicten las medidas provisionales correspondientes.
- Poner en conocimiento del juez a aquéllos incapacitados que carezcan de tutor para los efectos de su nombramiento.
- Cuidar que los tutores cumplan con la alimentación y educación del incapacitado y que destinen recursos para la curación de enfermedades o regeneración de los ebrios o drogadictos
- Que se haga el inventario del patrimonio de los incapacitados, se administre el caudal de los mismos y se presente al incapacitado en juicio y fuera de él y, solicitar la autorización judicial en los casos que proceda.
- Se deberá vigilar que se efectúe y actualice la inscripción de las tutelas en los libros que al efecto deben llevar los jueces familiares para que se desarrolle regularmente y se esté en posibilidad de observar el desempeño ordinario de

los cargos de tutor y curador, haciendo saber a las autoridades competentes las omisiones en que incurran.

4.6.- MINISTERIO PÚBLICO:

El Ministerio Público es la Institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención de otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados y, finalmente, como consultor y asesor de los jueces y tribunales.

Si bien es cierto, la figura del Ministerio Público suele relacionarse más con la rama penal y la persecución de los ilícitos, ya que en las leyes orgánicas del Ministerio Público, tanto en la esfera Federal, como en la de las entidades federativas, se advierte la preocupación esencial de regular de manera predominante la función de investigación y persecución de los delitos, y se deja en un segundo término tanto la asesoría jurídica del gobierno introducida en la Constitución de 1917 como la intervención en otras ramas procesales.

Sin embargo, y pese a lo anteriormente dicho, hay otros dos aspectos que debemos tomar en cuenta, que son los relativos a la intervención del Ministerio

Público tanto en el procedimiento civil como en el juicio de amparo, en los cuales la situación del llamado "representante social" es todavía indefinida. Por lo que se refiere al enjuiciamiento civil (comprendido el mercantil y más recientemente el de las controversias familiares), el Ministerio Público, puede intervenir como parte principal cuando lo hace en defensa de los intereses patrimoniales del Estado, ya sea como actor o como demandado.

En otra dirección, el Ministerio Público interviene en los procesos civiles, en representación de ausentes, menores o incapacitados, en la quiebra y suspensión de pagos, así como en los asuntos de familia y del estado civil de las personas, y lo hace, ya sea como parte accesoria o subsidiaria o como simple asesor de los tribunales, a través de una opinión cuando existe interés público en el asunto correspondiente.

El Ministerio Público es también parte de los órganos tutelares, ya que participa en nombre y representando a la sociedad. Es frecuente su intervención en los asuntos relativos del Derecho de la Familia, por lo que también se observa su presencia en la tutela. Está presente para deducir la acción correspondiente para que se reembolsen al gobierno los gastos que hubiere hecho con relación a los incapacitados indigentes que hubieren sido mantenidos a costa de las rentas públicas.

Tiene facultad para promover la separación de los tutores que se encuentren en alguno de los casos previstos por los artículos 504 y 507 del Código Civil. Puede actuar ante el Juez de lo Familiar para que éste dicte las providencias que estime útiles para la conservación de los bienes del pupilo. Tiene acción para solicitar que la garantía consistente en hipoteca, prenda o fianza, se aumente o disminuya proporcionalmente en los casos en que si proceda en los términos del artículo 529 del Código Civil.

Lo que resulta más extraño, es que a pesar de que el papel del Ministerio Público es el de ser un representante social, los Códigos de Procedimientos Civiles respectivos, refiriéndonos principalmente al Código de 1932, que es al que siguen un buen número de Códigos de las entidades federativas, así como al Código Federal de Procedimientos Civiles de 1942, al regular la situación del Ministerio Público en el proceso civil mexicano, determinan de manera deficiente esta intervención procesal del "representante social", y en la práctica su actividad es todavía más restringida en cuanto a que generalmente adoptan una actitud pasiva y hasta indiferente, por lo que se refiere a sus atribuciones consultivas, significan salvo excepciones, un trámite al cual los juzgadores le conceden escasa importancia por su superficialidad y, además, debido a que carecen de carácter vinculante.

CAPITULO V

LA DENUNCIA DE UN TERCERO

5.1.- CONCEPTO DE TERCERO INTERESADO:

La tercería se define como la participación de un tercero que tiene un interés propio, distinto o concordante con el del actor o con el del demandado en un juicio preexistente, dicha participación puede tener cuatro finalidades:

1. Ejercitar una acción o pretensión diferente a la del actor o a la del demandado.
2. Ayudar a uno o al otro en el ejercicio de su acción.
3. Oponerse a la ejecución de una sentencia.
4. Promover que la sentencia dictada en el juicio, tenga efectos en otro preexistente.

Las tercerías se pueden clasificar doctrinalmente en:

1. Tercerías de nueva intervención, que son aquéllas que tienen lugar antes de que se haya dictado sentencia, y
2. Tercerías de oposición que tienen lugar después de dictada la sentencia.

Se clasifican también atendiendo a la libertad u obligatoriedad del tercero para intervenir en el juicio en:

1. Tercerías necesarias, que son aquéllas en las que el tercero se ve obligado por disposición de la ley a intervenir en el juicio.
2. Tercerías voluntarias, que son aquéllas en las que el tercero interviene en forma espontánea para hacer valer su derecho en el juicio que se sigue.

Finalmente el Código de Procedimientos Civiles las clasifica, con relación al interés que el tercero alega en el juicio, y son a saber:

1. Tercerías excluyentes de dominio, en ellas se reclama la propiedad del bien material del secuestro o del derecho sobre la acción que se ejercita (artículo 659 del Código de Procedimientos Civiles)
2. Tercerías de preferencia, en ellas se reclama un mejor derecho para ser pagado (artículo 660 del Código de Procedimientos Civiles)
3. Tercerías coadyuvantes, en ellas la intervención de un tercero tiene por objeto ayudar a una de las partes en el ejercicio de su acción, de ahí que sean considerados como asociados en la parte cuyo derecho coadyuvan (artículo 656 del Código de Procedimientos Civiles)

El artículo 673 del Código de Procedimientos Civiles precisa que, cuando el interés de la tercería exceda de los límites de la competencia del juez que conoce del

juicio principal, éste deberá remitir lo actuado hasta ese momento y la tercería al juez competente designado por el tercer opositor.

TERCERO INTERESADO:

Se da el carácter de tercero interesado a la persona que sin ser parte en el juicio, interviene en él para deducir un derecho propio, para coadyuvar con alguna de las partes si es llamada a ello, o cuando tenga conocimiento de que cualquiera que sea la resolución que se dicte por la autoridad judicial competente pueda causarle algún perjuicio irreparable.

El Doctor Alcalá-Zamora, lo llama simplemente “tercerista” y define su intervención como: “la persona que participa en el proceso en forma espontánea o cuando es llamada al mismo o en los casos en que es provocada su intervención”.²⁴

Para él, el derivado *tercerista* impide confundir al tercero-litigante con los demás terceros, o sea personas ajenas a la relación jurídico-procesal que en el proceso participen (testigos, auxiliares, encargados, peritos e incluso meros poseedores de medios u objetos de prueba).

El tercero interesado es, en resumen, un ser litigante que se encuentra obligado, en todo tiempo, a prestar auxilio a los tribunales en la averiguación de la verdad;

²⁴ ALCALA-ZAMORA y Castillo, Niceto; “Cuestiones de terminología Procesal”; México, Edit. UNAM, 1972.

por esta razón no solamente las partes sino los propios tribunales tienen el deber y la facultad de compeler a terceros, mediante los apremios más eficaces, para que cumplan con esta obligación, y en caso de oposición atenderán las razones en que la funden, para resolver sin ulterior recurso; salvo claro está, la exigencia de responsabilidad en que incurran si cometiesen alguna falta grave o fuese dolosa su intervención.

5.2.- DENUNCIA EN MATERIA CIVIL:

La palabra denuncia proviene del verbo denunciar, el cual a su vez proviene del latín "denuntiare", el cual significa "hacer saber", "remitir un mensaje".

La expresión *denuncia* tiene varios significados. El más amplio y difundido es el que la entiende como un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o los reglamentos para tales hechos. Dentro de este significado amplio se puede ubicar el que se da a esta expresión dentro del derecho procesal penal, como el acto por medio del cual una persona pone en conocimiento del órgano de la acusación (el Ministerio Público) la

comisión de hechos que pueden constituir en delito perseguible de oficio, o bien, por querrela.

Por su parte, en materia civil, la palabra *denuncia* no tiene gran relevancia, debido a que en pocas ocasiones se requiere utilizar dicha expresión; sin embargo, y como materia de nuestra tesis, nosotras podríamos definir a la denuncia en materia civil como: "El acto por el cual, una persona ajena al juicio hace del conocimiento del Juez alguna observación, irregularidad, o intención; a fin de que se tome en cuenta su presencia y pueda así ser considerada parte activa dentro del juicio"

5.3.- LA OBTENCIÓN DE LA TUTELA DATIVA EN LOS MENORES DE 16 AÑOS A TRAVÉS DE LA DENUNCIA DE UN TERCERO:

Este punto es quizá el más importante de éste trabajo, ya que es en sí la propuesta que nosotros hacemos de tesis y la cual - como el título lo indica - es que la Ley permita la obtención de la tutela dativa en menores de 16 años a través de la denuncia de un tercero.

Si lo analizamos debidamente, nos daremos cuenta que la idea no es errónea, actualmente nuestra legislación (Código Civil), no contempla esta situación, por tanto nosotros proponemos que se instaure dicha reforma en el mencionado ordenamiento; si bien es cierto, la Ley tiene la obligación de proteger al individuo

desde el momento de su concepción, también se obliga a vigilar que dicho individuo crezca dentro de un entorno sano, en donde predomine el respeto, el cariño y la educación, como factores primordiales para un correcto desarrollo biológico, psicológico y social.

Hablando específicamente a cerca de la tutela dativa, es de todos sabido, que actualmente cuando un niño se queda sin tutor testamentario y sin familiar alguno que pueda hacerse cargo de él, es deber de la autoridad competente, que en este caso es el Juez de lo familiar, nombrar a una persona para que responsabilice del menor o incapaz, hasta hoy en día esta persona que es completamente ajena al menor se elige de la Lista de Tutores que publica el Consejo Local de Tutelas, pero la pregunta en cuestión es ¿caso esta persona puede darle todo el respeto, cariño y educación que el niño necesita? francamente nosotras pensamos que no, por el contrario el menor o incapaz puede ser víctima de abusos tanto a su persona como a sus bienes, maltratos y lo primordial puede carecer de amor y respeto; por tal circunstancia nosotras proponemos que si existe alguna persona que **SIN FIGURAR** en la Lista de Tutores antes mencionada pero que por razón de lazos de amistad o afinidad quiera hacerse cargo del menor, la Ley le otorgue la tutela del mismo, a efecto de que así se procure no sólo el cuidado de la persona y de los bienes del menor o incapaz, sino también un mejor desarrollo biopsicosocial; a efecto de que la persona sujeta a tutela crezca bajo el cuidado y la protección de una familia que lo quiera, lo respete y lo eduque como es debido.

5.4 REFORMA DE LOS ARTICULOS 497 Y 500 DEL CODIGO CIVIL:

En base a lo que anteriormente se dijo, nosotras proponemos que los artículos 497 y 500 del Código Civil se modifiquen, a efecto de que se tome en cuenta la denuncia de un tercero para la obtención de la tutela dativa, quedando redactados de la siguiente forma:

- **ARTICULO 497.-** "Si el menor no ha cumplido dieciséis años, el nombramiento del tutor lo hará el Juez de lo Familiar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas, o bien, atendiendo a la denuncia de un tercero que por lazos de amistad o afinidad desee cuidar del menor, atendiendo ante todo al Ministerio Público quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor"
- **ARTICULO 500.-** "A los menores que no estén sujetos a la patria potestad, ni a tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombrará un tutor dativo. La tutela en este caso tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la educación y asistencia que requiera. El tutor será nombrado atendiendo a la denuncia de un tercero, a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor, en su caso, y aún de oficio por el Juez de lo Familiar".

5.5 JURISPRUDENCIA:

Novena Epoca

Instancia: OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Julio de 1997

Tesis: I.8o.C.138 C

Página: 436

SUPLENCIA DE LOS PLANTEAMIENTOS DE DERECHO EN MATERIA FAMILIAR. TRATÁNDOSE DE DERECHOS DE MENORES ES OBLIGACIÓN DE LOS TRIBUNALES EFECTUARLA. El artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal impone, tratándose de la materia familiar, la obligación a los Jueces y tribunales de suplir la deficiencia de que adolezcan los planteamientos de derecho que formulen las partes, facultando al órgano jurisdiccional para intervenir de oficio en los asuntos que afectan a la familia, especialmente, tratándose de menores y de alimentos; por tanto, debe concluirse que cuando el órgano jurisdiccional suple las deficiencias que presentan los planteamientos de derecho de los menores, tanto en primera como en segunda instancia, no viola las garantías constitucionales de la contraparte de éstos, sino que, por el contrario, cumple con una obligación que les impone la ley.

OCTAVO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 877/96. Sergio Rincón Gallardo Rodríguez. 17 de enero de 1997.
Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretaria: Luz
Delfina Abitia Gutiérrez.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo IV,
Materia Civil, tesis 510, página 361, de rubro: "CONTROVERSIAS DE LO FAMILIAR.
INTERPRETACIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 941 DEL CÓDIGO DE
PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL."

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV-Febrero

Tesis: VIII.2o.76 C

Página: 225

TUTOR DATIVO. SU DESIGNACION EN JURISDICCION VOLUNTARIA DEBE
HACERSE CON AUDIENCIA DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD
(LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA). A los padres del menor, en ejercicio

de la patria potestad, se les viola la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, en relación con los artículos 894 y 896 del Código de Procedimiento Civiles del Estado de Coahuila, si no se les llama por el juez de lo familiar a las diligencias de jurisdicción voluntaria antes de nombrar tutor dativo, ya que ello les impide oponerse a dichas diligencias para aportar pruebas y hacer valer sus derechos, con motivo de la representación legal que tienen sobre su menor hijo al ejercer la patria potestad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión 473/94. Rosa Elena Mendoza Quiroz. 19 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretaria: Laura Julia Villarreal Martínez.

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII-Junio

Página: 540

COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA EN MATERIA FAMILIAR. DESIGNACION DE TUTOR (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA). El artículo 35, de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Coahuila,

establece la competencia de los juzgados de primera instancia en materia familiar, en los lugares donde residan, para resolver sobre las circunstancias modificativas de la capacidad de representación de quienes ejercen la patria potestad; de tal manera, ante dicho imperativo legal, resulta inexacto que un juez de primera instancia del ramo civil, ante quien comparezca un menor esté facultado para declarar el estado de minoridad, y designarle un tutor, puesto que para poder establecer una restricción o modificación de la capacidad de representación en quienes ejercen la patria potestad, deberá seguirse procedimiento ante el juez de lo familiar para obtener la declaración judicial cuando existan intereses opuestos, quien procederá a designar al menor de edad un tutor y tomar las medidas necesarias, respecto a la administración de los bienes.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.

Amparo en revisión 43/94. Héctor Gerardo Fernández Fernández. 20 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretaria: Laura Julia Villarreal Martínez.

Octava Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII-Marzo

TUTELA DATIVA. NO SE EXTINGUE AUTOMATICAMENTE, CUANDO EL MENOR ALCANZA LA MAYORIA DE EDAD DURANTE EL LITIGIO EN EL QUE ES REPRESENTADO POR SU TUTOR. Conforme a lo dispuesto en el artículo 556 del Código Civil del Estado de San Luis Potosí, la tutela se extingue cuando desaparezca la incapacidad del pupilo, entre otros casos, cuando alcance la mayoría de edad. Pero tal disposición no tiene el alcance de que el tribunal que conozca de un juicio en que intervenga un menor de edad, representado por tutor dativo, desconozca personalidad a éste, por el sólo hecho de que aquél alcanzó la mayoría de edad durante el procedimiento; pues lo correcto es que al conocer de esta circunstancia, el tribunal requiera al pupilo para que comparezca en el juicio por sí mismo, o bien por conducto de diversa persona que lo represente legítimamente; y sólo después de ese requerimiento, en el supuesto de que no compareciera a juicio por sí o por representante legal, podrá negarse la subsiguiente intervención del tutor dentro del procedimiento en que había venido compareciendo como tutor.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 32/94. Sucesión intestamentaria a bienes de Baltazar Herrera García. 10 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: José Luis Solórzano Zavala.

Octava Epoca

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIV-Septiembre

Tesis: XX. 372 C

Página: 312

DESIGNACION DE TUTOR EN EL INCIDENTE DE AUTORIZACION JUDICIAL PARA ENAJENAR BIENES DE MENORES. TRAE COMO CONSECUENCIA LA NULIDAD DE ACTUACIONES POSTERIORES A ESA DESIGNACION, SI NO HAY CONSTANCIA EN AUTOS DE QUE ACEPTO, PROTESTO Y SE LE DISCERNIO EL CARGO DE TUTOR. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS). Si bien es cierto que en el incidente de autorización judicial para enajenar bienes de menores, no existe contienda de parte, también lo es, que el artículo 917 del código adjetivo civil para el Estado de Chiapas impone al juez de la causa la obligación de designar un tutor especial para

que intervenga en el procedimiento; de ahí, que si no hay constancia de que el tutor designado, aceptó, protestó y se le discernió el cargo, es evidente que esa omisión se traduce en falta de representación del menor, en razón de que su designación no se limita exclusivamente a su aceptación, protesta y discernimiento, ya que lleva inmerso la facultad de efectuar otras actuaciones en defensa de los intereses de su representado, que pudieran tener influencia en la resolución que al efecto se pronuncie, por tanto, tal omisión se traduce en una violación al procedimiento, mismo que es de orden público por ventilarse cuestiones que puedan afectar derechos del menor en su patrimonio y que trae como consecuencia la nulidad de las actuaciones posteriores a aquellas en que se hizo la designación de tutor.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo en revisión 147/94. Orlando Brindis Gordillo y Delfina Espinoza Moreno, en ejercicio de la patria potestad de su menor hija Angélica Odilia Brindis Espinoza. 12 de mayo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ronay de Jesús Estrada Solís.

Novena Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Marzo de 1998

Tesis: II.2o.C.91 C

Página: 800

MENORES, REPRESENTACIÓN DE LOS. CUÁNDO ES INNECESARIO QUE SE NOMBRE TUTOR ESPECIAL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Conforme a los artículos 396, 407 y 422 del Código Civil del Estado de México, la patria potestad es la institución que ejercen los padres y a falta de éstos los abuelos, sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados. Quienes la desempeñan tienen la administración de los bienes y la legítima representación del incapaz; sin embargo, en los casos en que los ascendientes que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el Juez; no obstante, si son dos personas las que ejercen la patria potestad (padres) y sólo hay conflicto respecto de uno de ellos, el otro representará al menor y no será necesario el nombramiento de un tutor interino, como lo invoca el último de los numerales mencionados; por tanto, la madre en ejercicio de la patria potestad puede perfectamente representar a sus menores hijos y accionar en contra de su ex esposo y padre de éstos, cuando ambos en el convenio de divorcio voluntario determinaron donar los bienes de la sociedad conyugal a los menores y luego el padre se niega a otorgarles la escritura respectiva, pues en tal hipótesis es

implícita la voluntad de la madre de cumplir con su obligación en favor de los hijos y válido que obligue a su cumplimiento al ex cónyuge, siendo innecesario el nombramiento de tutor para ese efecto en favor de los menores, pues quién mejor que la madre para ello, que tácitamente está aceptando su obligación y, de esa manera, no tiene un interés contrario a sus hijos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 980/97. María Isabel García de la Rosa y coags. 28 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Solís Solís. Secretario: Agustín Archundia Ortiz.

CONCLUSIONES

La experiencia que nos ha dejado este trabajo, ha sido en verdad muy gratificante, ya que en él están contenidas muchas horas de investigación y concentración, que han permitido se pueda crear un proyecto de modificación de los artículos 497 y 500 del Código Civil.

En este momento podemos concluir que, como bien lo dijo Aristóteles, el ser humano es un ser político por excelencia, el cual debe desarrollarse dentro de una sociedad que le permita satisfacer sus necesidades; obviamente ese entorno social del que hacemos mención, debe ser el más apropiado para que dicho individuo tenga un desarrollo integral y biopsicosocial sano; nosotras como jóvenes estudiantes de la carrera de Derecho, entendemos que la mente de un niño es muchísimo más vulnerable que la de un adulto, por eso mismo este trabajo va encaminado a lograr se aplique una reforma a los artículos antes mencionados para conseguir dicho objetivo, y así procurar, que la figura jurídica de la tutela no sea vista como el simple cuidado liso y llano del menor o incapaz y de sus bienes, sino que la labor del tutor vaya más allá, esto es que se tenga en cuenta el desarrollo emocional (sentimientos y necesidades) del pupilo, para que su cuidado

este encaminado a proteger y vigilar en su totalidad la persona del menor o incapaz.

Esto se explica de forma muy sencilla, ya que si el menor crece en un ambiente familiar como tal, es decir, como un integrante más de la familia, **rodeado de gente que verdaderamente lo quiera, lo procure y lo conozca;** va a ser más fácil la asimilación y la superación del choque emocional causado por la pérdida de sus padres y por la falta de algún familiar cercano que pueda hacerse cargo de sus bienes y su persona.

Atendiendo a la psicología del menor, la cuestión es muy sencilla de entender, ya que si el niño crece rodeado de amor y dentro de una familia que sienta un verdadero afecto por él, en el futuro será un adulto seguro de sí mismo y amoroso, pero, si por el contrario, el menor crece en un ambiente poco familiar rodeado de gente que no se interesa al cien por ciento en su persona ni en cubrir sus necesidades, este pequeño a futuro se convertirá en un adulto reprimido, inseguro, falto de amor y resentido ante la sociedad que lo rodea, ya que en su infancia careció de lo más esencial que es el cariño y verdadera atención de la gente que funge como su tutor.

Es por tanto que le objetivo de este trabajo radica en hacer conciencia ante las autoridades competentes, para que se den cuenta que el problema de la tutela va

más allá de otorgarle un tutor al pupilo que se encargue de cuidarlo a él y a sus bienes, el problema en realidad radica en que ese tutor debe ser elegido en base a un estudio verdaderamente exhaustivo, del que se obtenga una información certera de la calidad moral y ética del tutor; ya que hay que tener en cuenta que en manos de esa persona se está dejando la vida y la formación del menor o incapaz, por tanto la persona que se encargue de su cuidado y protección, debe ser alguien que en verdad quiera al pequeño, (ya sea porque en su momento se ligó a un fuerte lazo de amistad con los padres del niño, o porque conociendo a la familia sentía un verdadero aprecio por ellos), que tenga principios morales muy sólidos, que conozca y que quiera al menor, que se sienta verdaderamente comprometido con el cargo que se le está confiriendo, y sobre todo, que posea una gran ética para saber manejar debidamente los bienes del que el menor sea propietario; para que así las autoridades estén seguras que esta persona aún sin ser un familiar directo, va a cuidar debidamente al menor o incapaz, rodeándolo de verdadero cariño y atención, tal y como si estuviera dentro de su propia familia.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, Manuel; "Derecho Civil"; Barcelona, Edit. Bosch, 1965.
- ALCALA-ZAMORA, Niceto; "Area de la Tutela"; México, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo IX, No. 33, 1947.
- ALCALA-ZAMORA y Castillo, Niceto; "Cuestiones de terminología Procesal"; México, Edit. UNAM, 1972.
- ALMARAZ Gallardo, Hector; "Algunos Aspectos de la Tutela", México, UNAM, 1963.
- ARANGIO Ruiz, Vicente; " Historia del Derecho Romano"; Madrid, 4ª edición, Instituto Electoral Reus, 1980.
- ARANGIO Ruiz, Vincenzo; "Instituciones de Derecho Romano"; Buenos Aires, Traducción de la 10ª edición italiana, Ediciones Depalma, 1973.
- BECERRA, Bautista José; "El Proceso Civil en México"; México, Edit. Porrúa, 6 edición, 1977.
- BEJARANO, Sánchez Manuel; "Obligaciones Civiles"; México Edit. Harla, 1980.
- BERNAL, Beatriz et al; "Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas"; México, UNAM, Tomo I, 1981.
- BIALOSTOSKY, Sara; "Panorama del Derecho Romano"; México, UNAM, 2ª edición, 1985.
- BORDA, Guillermo; "Tratado de Derecho Civil argentino y Familia"; Edit. Perrot 5 edición, Buenos Aires.

- BORJA, Soriano Manuel; "Teoría General de las Obligaciones"; México Edit. Porrúa, 8 edición, 1982.
- BRAVO González, Agustín; "Derecho Romano, primer curso"; México, Porrúa, 15ª edición, 1997.
- CABRERA, Luis y PORTES GIL, Emilio; "La Misión Constitucional del Procurador General de la República"; México, Procuraduría General de la República, 3 edición, 1982.
- CASTRO, Juventino V.; "El Ministerio Público en México: Funciones y Disfunciones"; México, Edit. Porrúa, 6 edición, 1985.
- CICU, Antonio; "El Derecho de Familia"; Buenos Aires, Edit. Ediar, 1950.
- CHAVEZ Asencio, Manuel F.; "La Familia en el Derecho Relaciones Jurídicas Paterno Filiales"; México, Edit. Porrúa, 3 edición, 1997
- DE AVILA MARTEL, Alamiro; "Derecho Romano"; Chile, Editoriai Jurídica de Chile, 2ª edición, 1992.
- DE COULANGES, Fustel; "La Ciudad Antigua"; México, Edit. Porrúa, 8 edición, 1992.
- ENHECERUS-KIPP Theodor y MARTIN Woeff; "Derecho de Familia"; Barcelona, Casa Editorial Barcelona 1979.
- ESCOBAR DE LA RIVA, Eloy; "La Tutela"; Madrid, Revista de Derecho Privado, 1983.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor; "La Función Constitucional del Ministerio Público"; México, Anuario Jurídico, Tomo V, 1978.

- GALINDO, Garfias Ignacio; "Derecho Civil"; México, Edit. Porrúa, 13 Edición, 1994.
- GODERCH, Manau Secundino; "Tratado de la menor edad"; Barcelona, Edit. Bosch, 1971.
- GOMEZ LARA, Cipriano; "Teoría General del Proceso"; México, Edit. UNAM, 2 edición, 1979.
- HERNANDEZ, Quiroz Armando; "Derecho Protector de Menores"; Jalapa, Universidad Veracruzana, 1967.
- IBARROLA, Antonio de; "Derecho de Familia"; México, Edit. Porrúa, 1978.
- MACEDO, Pablo; "El Código Civil de 1870"; México, Porrúa, 1971.
- MARGADANT, Guillermo; "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano"; México, Edit. UNAM, 1971.
- MUÑOZ, Luis et al; "Comentarios al Código Civil para el Distrito Federal y Territorio Federal de 30 de Agosto de 1928"; México, Publicaciones Jurídicas Oficiales, 1972.
- MEXICO, Leyes y Decretos; "Código Civil para el Distrito Federal y del Territorio de la Baja California 1870"; México, leyes, Tomo IX - I, 1870.
- MEXICO, Leyes y Decretos; "Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1928"; México, 1928.
- OVALLE, Favela José; "Derecho Procesal Civil"; México, Edit. Harla, 1980.
- PETIT, Eugéne; "Tratado Elemental de Derecho Romano" México, Edit. Porrúa, 13ª edición, 1997.

- PINA, Rafael de; "Elementos de Derecho Civil Mexicano"; México, Edit. Porrúa, Volumen I, 1974.
- RICE, Philip F.; "Desarrollo Humano, Estudio del Ciclo Vital"; Pientice Hall Hispanoamericana, 2 Edición.
- ROJINA, Villegas Rafael; "Derecho Civil Mexicano"; México, Edit. Porrúa, 4 Edición, Tomo V, 1976.
- ROJINA, Villegas Rafael; "Derecho de Familia"; México, Edit. Porrúa, 5 Edición, 1980.
- RUGGIERO, Roberto; "Instituciones de Derecho Civil"; Madrid, Traducción de la 4ª edición italiana, tomo I, s/f.
- SOBERANES, Fernández José Luis; "Los Tribunales de la Nueva España"; México, Edit. UNAM, 1980.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO; "Diccionario Jurídico Mexicano", Edit. Porrúa, 10 ed , México 1997, Tomo I, II, III y IV
- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo xxvi driskill, Buenos Aires, 1981
- Dicc juridico harla dx civil vi edgar baqueiro rojas 1995 viii