



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

**SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO**

**“LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO Y
SU TRASCENDENCIA EN EL DERECHO CIVIL
VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA :

JESSICA VERÓNICA EPIFANIO VIXTHA

ASESORA :

MTRA. ANDREA CASTRO RUIZ



CIUDAD UNIVERSITARIA

2016

CDMX



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO**

**ASUNTO: APROBACIÓN DE TESIS
FDER/SDRHD/59/06/2016**

**DIRECCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
PRESENTE.**

La alumna **JESSICA VERÓNICA EPIFANIO VIXTHA**, con número de cuenta **307075769**, ha elaborado en este Seminario bajo la dirección de la **MTRA. ANDREA CASTRO RUÍZ**, la tesis intitulada **"LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO Y SU TRASCENDENCIA EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL"**, que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciada en Derecho.

La **MTRA. ANDREA CASTRO RUÍZ**, me ha comunicado que el trabajo se concluyó satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos para su presentación en examen profesional.

En mi carácter de Directora del Seminario, y después de haber revisado el trabajo, apruebo la tesis presentada para que sea sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **JESSICA VERÓNICA EPIFANIO VIXTHA**, he inserto la leyenda que dice:

En sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"La persona interesada deberá iniciar trámites para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificación la Secretaría General de la Facultad".

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
CIUDAD UNIVERSITARIA, Cd. Mx., 17 DE JUNIO DEL 2016

**DRA. SARA BIALOSTOSKY BARSHAVSKY
DIRECTORA DEL SEMINARIO**



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
E HISTORIA DEL DERECHO

C.P. ARCHIVO
LA INTERESADA

Mtra. Andrea Castro Ruiz

Arcos Oriente No. 287. Fracc. Jardines del Sur.
Del. Xochimilco. C.P. 16050, México, D.F.
Tel. 5641.4573. Fax 5653-7532

Ciudad Universitaria, mayo 18 de 2016.

Dra. Sara Bialostosky Barshavsky
Directora del Seminario de Derecho Romano
E Historia del Derecho de la Facultad
De Derecho de la U. N. A.M.
P r e s e n t e.


Después de estudiar la tesis intitulada “La Tutela en el Derecho Romano y su trascendencia en el Derecho Civil vigente en el Distrito Federal” que para obtener el grado de Licenciada en Derecho, elaboró la pasante **JESSICA VERONICA EPIFANIO VIXTHA**, con número de cuenta **30707576-9** he llegado a la conclusión de que merece el más amplio **voto aprobatorio**.

Como el trabajo de referencia está acuciosamente confeccionado, con adecuada bibliografía, y en donde se estudian paralelamente los antecedentes históricos y de derecho privado de ésta figura básica y tradicional de nuestro sistema jurídico, creo de justicia extender a ella una cordial felicitación.

Lo que comunico a Usted para los fines reglamentarios correspondientes.

Reciba con este motivo las seguridades de mi elevada y distinguida consideración.

ATENTAMENTE
“POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU”


Mtra. Andrea Castro Ruiz

A mi alma máter.

La Universidad Nacional Autónoma de México, por permitirme formar parte de ella, brindándome la oportunidad de aprender y convivir con excelentes maestros y compañeros, quienes contribuyeron en gran medida a mi formación académica desde mi ingreso a esta máxima casa de estudios.

A mi mamá.

Mi pilar principal, quien es la merecedora de todos mis logros, por darme la vida y por enseñarme a valorar todo su esfuerzo y sufrimiento. Gracias a tus regaños, paciencia y amor, finalizo una etapa importantísima en mi vida.

A Tía Mary.

El apoyo más importante en mi persona, quien me ha inculcado con su ejemplo a esforzarme y no desistir, sobre todo por sus consejos y cariño aplicados en mí día a día.

A mi hermano Fer.

Mi mejor amigo y la persona que siempre ha estado en mis triunfos y fracasos, obligándome a sonreír siempre. Con su ayuda ha sido posible llegar hasta donde estoy.

A mi asesora.

La Mtra. Andrea Castro Ruiz, a quien considero uno de los ejes más importantes en mi vida, pues siempre mostró interés no sólo en la realización de este trabajo sino en mi desarrollo académico, profesional y personal, permitiéndome recurrir a su capacidad, conocimiento y apoyo.

A todos mis amigos.

Quienes han creído en mí y aportaron alguna idea, crítica u opinión, ya que con su ayuda y ánimo fue posible concluir esta tesis.

"LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO Y SU TRASCENDENCIA EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL"

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUCCIÓN | I |
|--------------------|---|

CAPÍTULO PRIMERO LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO

| | |
|---|----|
| 1.1 Antecedentes históricos jurídicos | 1 |
| 1.1.2 La familia | 3 |
| 1.2 Concepto de tutela | 6 |
| 1.2.1 Características | 7 |
| 1.2.2 Objeto..... | 8 |
| 1.3 Clases de tutela..... | 9 |
| 1.3.1 Tutela testamentaria | 9 |
| 1.3.2 Tutela legítima | 13 |
| 1.3.3 Tutela dativa | 15 |
| 1.3.4 Otras tutelas | 17 |
| 1.4 Diferencia entre tutela y otras figuras jurídicas | 21 |
| 1.5 El tutor..... | 26 |
| 1.5.1 Generalidades de un tutor..... | 26 |
| 1.5.2 Requisitos para ejercer el cargo..... | 28 |
| 1.5.3 Excusas e impedimentos | 29 |
| 1.5.4 Funciones y obligaciones..... | 30 |
| 1.5.5 Causas de remoción | 33 |
| 1.6 La tutela ¿sobre quiénes se ejerce? | 33 |
| 1.6.1 Menores de edad | 33 |
| 1.6.2 Mujeres | 34 |
| 1.7 Extinción de la tutela y rendición de cuentas | 36 |

CAPÍTULO SEGUNDO LA TUTELA EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

| | |
|---|----|
| 2.1 Antecedentes históricos jurídicos | 38 |
| 2.2 Concepto de tutela | 45 |
| 2.2.1 Características | 46 |

| | |
|--|----|
| 2.2.2 Objeto | 49 |
| 2.3 Clases de tutela..... | 50 |
| 2.3.1 Tutela testamentaria | 50 |
| 2.3.2 Tutela legítima | 52 |
| 2.3.3 Tutela dativa | 55 |
| 2.3.4 Tutela cautelar o autodesignada | 56 |
| 2.3.5 Hipótesis especiales | 58 |
| 2.4 El tutor..... | 59 |
| 2.4.1 Requisitos para ejercer la tutela..... | 60 |
| 2.4.2 Excusas e impedimentos | 60 |
| 2.4.3 Funciones y obligaciones..... | 62 |
| 2.4.4 Remuneración del tutor..... | 67 |
| 2.4.5 Suspensión y remoción..... | 68 |
| 2.5 Sujetos sobre los que se ejerce..... | 69 |
| 2.6 Órganos de la tutela | 71 |
| 2.7 Extinción y rendición de cuentas | 74 |

CAPÍTULO TERCERO
TRASCENDENCIA, RETROCESO O ESTANCAMIENTO DE LA TUTELA
DESDE EL DERECHO ROMANO CLÁSICO HASTA EL DERECHO POSITIVO
EN EL DISTRITO

| | |
|---|------------|
| 3.1 Evolución del concepto de la tutela | 76 |
| 3.2 Características trascendentales de la tutela | 78 |
| 3.3 Objetivo y regulación de la tutela en el distrito federal..... | 88 |
| 3.4 Análisis comparativo de las distintas clases de tutela..... | 90 |
| 3.4.1 Inclusión de la tutela cautelar..... | 93 |
| 3.5 El tutor, sus requisitos, excusas e impedimentos | 94 |
| 3.5.1 Funciones y obligaciones de la tutela en ambos periodos..... | 98 |
| 3.6 Aspectos divergentes en los sujetos sobre los que recae la tutela | 102 |
| 3.7 Remoción y conclusión tutelar | 103 |
| 3.8 Inclusión de órganos auxiliares | 105 |
| CONCLUSIONES | 107 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 109 |

INTRODUCCIÓN

El hombre a través de su evolución se ha hecho cargo del sostén familiar así como del bienestar de cada miembro que conforma la familia, esto con el fin de perpetuar la especie humana. Por lo que ha sido menester, amparar su integridad relacionándose con su entorno y los individuos que lo conforman; es por ello, que la misma naturaleza cuenta con los medios para la subsistencia y protección de todos los seres vivos.

Actualmente, las leyes de nuestro país buscan regular y proteger a todos los seres humanos, pero especialmente a aquellos que por su edad o discapacidad física o psicológica se encuentran incapacitados para hacerlo por sí mismos, de manera tal que puedan integrarse a la sociedad. Es así, que se crea el tema central de este trabajo, la tutela; misma que tiene su origen en el derecho natural y que ha sido imprescindible desde tiempos muy remotos hasta nuestros días.

La figura de la tutela ha ido evolucionando con el paso del tiempo, debido a los acontecimientos y circunstancias de cada época. Por lo que esta tesis tiene como objeto, hacer un estudio del precepto, con la finalidad de entender cómo fue concebido antes y ahora, el motivo que llevó a su evolución, retroceso, estancamiento o transformación; utilizando el método comparativo, destacando las similitudes y diferencias que aún se conservan entre el Derecho Romano y el Derecho Contemporáneo.

En el primer capítulo, se hará un pasaje histórico jurídico de la tutela en el Derecho Romano, analizaremos como era concebida la familia, por ser ésta la que da pauta a la creación de la tutela. Seguido de ello, se estudiará el concepto y el motivo de su creación; destacaremos las características, el objetivo y las diferentes clases de tutela; se hará una distinción entre las figuras que más se confunden con ésta, por ejemplo: la adopción, la adrogación y la curatela; se determinará quiénes podían ejercer esta función, las características que debía tener este sujeto, el tiempo que duraba el cargo, sobre quiénes se ejercía esta

figura y el por qué; así como la terminación de la encomienda y la rendición de cuentas.

Tomaremos como base el periodo clásico, porque es aquí donde se desenvuelven mejor las diversas figuras jurídicas en el Derecho Romano, sin pasar por alto el periodo que antecede y subsecuentes, puesto que lo que se pretende es comparar esta figura con el Derecho positivo en el Distrito Federal, para saber que ha ido modificándose y determinar si ha trascendido, retrocedido o estancado.

El segundo capítulo, abordará primeramente los antecedentes históricos-jurídicos en el Derecho Mexicano sobre la tutela, lo que nos dará pauta a analizar cómo es regulada actualmente, específicamente en el Distrito Federal, así se hará por ser la entidad con mayor número de habitantes entre cinco y catorce años¹, y contar con gran número de adultos mayores.²

Se expondrán las características, el objeto, las clases de tutela, las personas que pueden ejercer el cargo y los requisitos, sus funciones y obligaciones, sobre quiénes recae, los órganos y organismos que intervienen, y cómo se extingue dicha figura, según el Código Civil para el Distrito Federal.

El tercer capítulo, versará sobre la trascendencia, estancamiento o retroceso que ha tenido esta figura, señalando similitudes y diferencias, referente a los puntos tratados en los capítulos anteriores. Utilizando el método comparativo entre el Derecho Romano y el Derecho Positivo Mexicano, específicamente en el Distrito Federal.

¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www.cuentame.inegi.org.mx/>, consultado el 26 de febrero de 2016, a las 16:37hrs.

² Frías Leonardo, "Más de 600 millones de adultos mayores, revolución demográfica de la tercera edad; la cifra se duplicará en 2025", en Gaceta UNAM, p.6, México, jueves 27 de agosto de 2015, cita a Graciela Casas Torres, de la Escuela Nacional de Trabajo Social, UNAM.

Finalmente, de los temas y subtemas desarrollados en el presente trabajo, haremos nuestras conclusiones, ya que al entrar al estudio y análisis de la multicitada figura, estaremos en aptitud de aportar o sugerir diversos cambios para una mejor regulación en la legislación, de acuerdo a nuestra realidad actual.

CAPÍTULO PRIMERO LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO

Sabemos que Roma creó conceptos jurídicos muy importantes para su propio derecho, sin ser la tutela la excepción, motivo por el cual nos remontamos a los antecedentes históricos de esta figura.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS JURÍDICOS

A principios de la época romana preclásica, el *paterfamilias* y tutor son una misma persona, pero esto deja de ser así conforme pasa el tiempo por varias causas, entre ellas la edad y el sexo. Ya que el *paterfamilias* podía ser un recién nacido, pero no tendría capacidad para poder tomar alguna decisión y mucho menos hacerse cargo de la familia, por ello se requería ser mayor de 25 años y varón, debido a que la mujer se consideraba un ser incapaz por su propia naturaleza.

Ravinovich, comenta: “La tutela, desde épocas muy pretéritas adquirió una acepción técnica jurídica específica, referida a una institución cuya finalidad era la protección del patrimonio de las personas que, de acuerdo a los criterios latinos de entonces, así lo requerían... la tutela será sobre patrimonio y no sobre la persona del pupilo, porque éste era originalmente siempre un *paterfamilias*, jefe de una *gens* y sacerdote supremo de un culto doméstico”.³

La tutela en la época clásica, según Fritz Schulz: “... atendió a muy variados intereses, fue humano, liberal y nada burocrático. Originariamente en el Derecho Romano, el tutor ejercía una autoridad que le era otorgada en interés propio y en el de la familia, pero este principio perdió su vigencia en los últimos días de la República. Por regla general el tutor era el pariente más próximo o un amigo de la familia”.⁴

³ Ravinovich Berkman, Ricardo, *Derecho Romano*, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001, pp. 683 y 684.

⁴ Schulz, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, España, Casa Bosch, 1960, p. 156.

Domingo Rafael, describe que la ley de las XII Tablas, deja un apartado para su regulación, en especial, la Tabla V, de la cual cita los aspectos más importantes:

- *“(Gai. 1.144-145): Veteres... voluerunt féminas, etiamsi perfectae aetatis sint, in tutela esse; exceptis virginibus vestalibus.*

Los antiguos... quisieron que las mujeres, aun habiendo alcanzado la mayoría de edad, estuvieran bajo una tutela, excepto las vírgenes vestales⁵.

- *(Gai. 1. 155): Quibus testamento... tutor datus non sit, agnati sunt tutores.*

Quienes por testamento no se les haya nombrado tutor, los agnados serán tutores.

- *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto (Rhet. Ad. Her. 1.13.23; Cic., de inv.2.50.148)*

Si alguien está loco, tengan la potestad sobre él y su “pecunia”, los agnados y los gentiles”.⁶

Debido a ello, a la época clásica, se le atribuye la consolidación de varias figuras jurídicas, entre ellas la tutela y curatela.

Ya en la época imperial, esta figura se ve con mucho mayor restricción hacia el tutor, un ejemplo que hace Marta Morineau y Román Iglesias, es que: “...el tutor no podía enajenar ningún predio rústico o suburbano, salvo si era necesario y conveniente para pagar deudas urgentes del pupilo, en cuyo caso debería dar aviso al magistrado, a efecto de que éste designase qué bien debería enajenar”.⁷

⁵ *Vírgenes Vestales*: doncellas sacerdotisas de Vesta.

⁶ Domingo, Rafael, cfr. *Textos de Derecho Romano*, España, Aranzadi, 1998, pp. 24 y 25.

⁷ Morineau, Martha e Iglesias Román, *Derecho Romano*, 4ª edición, México, Oxford, 2009, p. 77.

Álvaro D'Ors, indica que la tutela "... a partir del siglo IV d. C. se admite abiertamente a las mujeres, siempre que éstas no contraiga nuevas nupcias, y Justiniano da a la madre, o a la abuela la tutela sobre los hijos nacidos de concubinato".⁸

Por lo que podemos concluir que al paso del tiempo, se dan más derechos y obligaciones a los tutores y se incorpora a la mujer, quien era considerada *sui iuris* y aunque no se reconoce en el Derecho Romano, lo cierto es que colabora con el tutor en lo que respecta a la educación y alimentación del pupilo (*tutriz*⁹).

1.1.2 LA FAMILIA

Atenderemos primero a la familia porque de ésta surge la figura que se estudia en el presente trabajo.

La familia (*famulus*) era una pieza fundamental para la sociedad romana, pero se desarrollaba exclusivamente en vía masculina, por lo que las personas que integraban la *domus*¹⁰, debían estar bajo la potestad del *paterfamilias*, debido a que el sistema jurídico familiar tenía un régimen patriarcal.

Los autores Ravinovich¹¹ y Álvarez¹², coinciden en que: "...en la época arcaica, la familia se componía: del *paterfamilias*, su esposa y sus hijos, todos ellos personas

⁸ D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 10ª edición, España, Universidad de Navarra, 2004, p. 383.

⁹ *Tutriz*: tutora, mujer que ejerce la tutela.

¹⁰ *Domus*: casa

¹¹ Ravinovich, Berkman, *op. cit.*, nota 3, pp. 173-178.

¹² Álvarez Correa, Eduardo, *Curso de Derecho Romano*, 2ª edición, Colombia, Universidad de los Andes, 2010, p. 284.

libres. Entre los hijos se incluían los legítimos y posiblemente los adoptados, y se excluían los naturales y los emancipados”.¹³

Ya en la época clásica, menciona Raúl Lemus: “La familia constituía una unidad político religiosa, gobernada por el *paterfamilias*. El vínculo familiar no se determinaba por los lazos de sangre, sino por la potestad que ejercía el *paterfamilias* sobre todos los miembros de la *domus*.”

En la época de Justiniano la organización familiar sufre cambios substanciales, por cuanto el vínculo de familia se funda en lazos de consanguinidad¹⁴; la potestad del *paterfamilias* se atenúa; desaparece la *manus*; los hijos estuvieron en la aptitud de construir sus peculios y disponer de ellos; el parentesco *cognático* se impuso en definitiva al *agnático*”.¹⁵

El integrante más importante de la familia era el *paterfamilias*, quién para Agustín Bravo era: “...el varón, *sui iuris*¹⁶ cualquiera que fuera su edad. Podía ser titular de un patrimonio y tener la potestad de otras personas (*alieni iuris*¹⁷), ya sea de sus hijos o los descendientes de éstos, de su esposa si la tenía *in manu*, de sus esclavos y de una persona libre cuando tenía *in mancipium* o bien hacer ingresar a la familia, extraños por medio de la adopción. Por medio de la emancipación podía excluir a sus descendientes”.¹⁸

¹³ Por ejemplo: el esclavo que estaba *in mancipio* respecto del *pater*. Otros, eran cuatro animales que contribuían directamente a la labor agrícola de la familia como los: asnos, bueyes, caballos y las mulas. Así también todos los bienes que pertenecían a sus miembros como los: instrumentos de trabajo, productos de la tierra, las armas y herramientas.

¹⁴ El *parentesco agnaticio*: se refiere al “parentesco civil, personas que procedían de un mismo tronco masculino (de varón a varón), así también eran *agnados* los extraños incorporados a la familia en virtud de la adopción. El parentesco *cognatio*: es aquel que nace de los vínculos de sangre y no en la patria potestad.

¹⁵ Lemus García, Raúl, *Derecho Romano (Compendio)*, 5ª edición, México, LIMSA, 1979, p. 96.

¹⁶ *Sui iuris*: Persona Libre. Aquél que no se halla bajo la potestad de nadie, es independiente.

¹⁷ *Alieni iuris*: Persona que está sujeta a la potestad de otra persona, es dependiente.

El poder que tenía el *paterfamilias* sobre otros, era la *manus*, la cual otorgaba diversas facultades. Rendón Ugalde señala las siguientes:

- ✓ “*Manus maritalis* o *potestas maritalis*: sobre la mujer
- ✓ *Potestas* o *potestas maritalis*: sobre los hijos
- ✓ *Dominica Potestas*: sobre los esclavos
- ✓ *Mancipium*: sobre los hijos entregados en venta al *paterfamilias*”.¹⁹

Fritz Schulz señala que: “La mujer (*materfamilias*) aunque también formaba parte de la *domus*, no tenía tanta participación como debería esperarse debido a que era considerada de naturaleza y carácter ligero, por lo tanto, era para los romanos un ser incapaz, no obstante que ésta es por imperativo natural, quien cuida de los impúberes, pasaba a un segundo término”.²⁰

No sólo el *paterfamilias* y la *materfamilias* componían la familia, era sustancial tener descendencia, esto con la finalidad de que todo el patrimonio hecho no se perdiera y las generaciones próximas lo cuidaran y lo acrecentaran, es por ello, que el *paterfamilias* tenía la libertad de poder incluir o excluir miembros a la misma.

Era importante señalar el tema del parentesco, quiénes forman parte de la familia y el poder que tiene el *paterfamilias* sobre los miembros, porque nos ayudará a entender las diferentes clases de tutela y sobre quiénes se ejerce una u otra (más que nada la tutela legítima). Por ejemplo: no era lo mismo dejar un tutor para un hijo legítimo, que para la esposa o un esclavo. Ni se daba el cargo en la misma vía de parentesco.

¹⁸ Bravo, Agustín y Bravo, Beatriz, *Derecho Romano, Primer Curso*, 29ª edición, México, Porrúa, 2012, p. 137.

¹⁹ Rendón Ugalde, Carlos, *La tutela*, México, Porrúa, 2001, p. 3.

²⁰ Schulz, Fritz, *op. cit.*, nota 4, p. 155.

Explicado lo anterior podemos decir que, aquellos miembros que forman parte de la familia, en especial el impúber y la mujer quedan sujetos a la tutela cuando muere el *paterfamilias* o al extinguirse su potestad.

1.2 CONCEPTO DE TUTELA

En Roma existieron pocas definiciones sobre esta figura, esto debido a distintos enfoques e intereses de cada época. Por lo que nos referiremos a algunos conceptos que nos dan diversos autores.

Fritz Schulz, señala que: "... en la época clásica, la tutela es: la guarda o cuidado de una persona que necesita protección".²¹

Agustín y Beatriz Bravo, señalan que Servio Sulpicio²² define este concepto como:

"Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defenderé nequit, iure civile data ac permissa.

La tutela es, como la definió Servio, una autoridad y un poder que el derecho civil confiere sobre un individuo libre con el fin de protegerlo en la impotencia en que se encuentra de hacerlo él mismo a causa de su edad".²³

El maestro José María Sáinz, nos comenta que esta definición es equívoca (con lo cual concordamos) en virtud de que: "el término *vis ac potestas*, sugiere una potestad, situación que el Derecho Romano no reconoció debido a que sólo conoció cuatro potestades clásicas (*patria potestas, dominica potestas, manus, y mancipio*) y las personas protegidas por esta institución eran precisamente sujetos libres de potestades. Finalmente la definición señala exclusivamente la

²¹ *Ibidem*, p. 154.

²² *Servio Sulpicio*: fue uno de los más destacados jurisconsultos de fines de la República.

²³ Bravo, Agustín y Bravo, Beatriz, *op. cit.*, nota 18, p. 171.

incapacidad por motivo de edad, olvidando lo referente a la incapacidad por razón de sexo”.²⁴

Gayo²⁵ manifiesta: “Hay unas personas que están en tutela o en curatela y hay otras personas que se hallan libres de estos derechos. Para este jurisconsulto la tutela no es una fuerza y potestad, sino un derecho”.²⁶

No hay que pasar por alto que si no se tenía como tal un concepto de tutela, se sabía cuándo era necesario hacer uso de ésta.

Para la finalidad del presente trabajo tomaremos como concepto el que da Servio Sulpicio agregando “... o por razón de sexo”. Quedando de la siguiente forma:

La tutela es, como la definió Servio, una autoridad y un poder que el derecho civil confiere sobre un individuo libre con el fin de protegerlo en la impotencia en que se encuentra de hacerlo él mismo a causa de su edad o por razón de sexo.

1.2.1 CARACTERÍSTICAS

Consideramos que las características de esta figura en Roma fueron las siguientes:

- D’Ors coincide en que era una “... función pública (*manus publicum*), al cual no se podía rehusar, a no ser por existir una causa justificada (*excusatio*)”.²⁷

²⁴ Sainz Gómez, José María, *Derecho Romano I*, México, Limusa, 1988, p. 241.

²⁵ Gayo: fue un excepcional jurista que por su sabiduría. Escribió “*Las institutas*” que llevan su nombre, divididos en cuatro libros, lo colocan en un primer sitio entre los jurisconsultos de su época, al grado de que el propio Justiniano ordenó se basaran en “*Las Institutas*” de este personaje para la composición de sus “*Instituciones*”.

²⁶ Bravo, Agustín y Bravo, Beatriz, *op. cit.*, nota 18, p. 171.

²⁷ D’Ors, Álvaro, *op. cit.*, nota 8, p. 295.

Y se establece para la protección de las personas y su patrimonio, debido a que no pueden hacerlo por causa de su edad²⁸ o sexo.

- Regulada en un orden normativo (La Ley de las XII Tablas), el cual la define y establece los requisitos para poder ejercerla.
- Pertenece al derecho de gentes, es decir, en todos los poblados de Roma, se reconoció la necesidad de establecer un sistema de protección para los incapaces.
- Es de orden público, porque interesa al Estado.
- Se constituye como parte del Derecho Familiar, ya que se desarrolla para preservar el bienestar de la misma.

1.2.2 **OBJETO**

En este apartado analizaremos el objeto de la tutela, es decir, lo que lleva a su existencia.

Ravinovich, plantea una hipótesis sobre el objeto de esta figura: "... todo apuntaría en el sentido de que los *paterfamilias*, gobernantes soberanos de sus gentes, en previsión a los peligros y zozobras que pudieren surgir si ellos morían dejando como heredero a un hijo o nieto varón de edad aún tierna, que no podía asumir la pesada carga de administrar y gobernar ese pequeño estado autónomo que era el agro limitado, y las demás propiedades del grupo, optaban por designar a otro *pater*, que fuese de su entera confianza, como protector del patrimonio del nuevo jefe familiar".²⁹

²⁸ La mayoría de edad en Roma se adquiría a los 25 años de edad.

²⁹ Ravinovich Berkman, Ricardo, *op. cit.*, nota 3, p. 683.

Y como escribe Álvaro D'Ors: "... el cuidado de la persona y su educación no corresponde al tutor, sino a la madre o pariente encargado del pupilo; o al mismo tutor que sea pariente, pero por su parentesco y no como tutor".³⁰

La mayoría de autores que leímos en el transcurso de este trabajo, coinciden en que el objeto primordial es la administración del patrimonio del pupilo, en todo caso el aumento del mismo; y la representación del pupilo en reclamaciones judiciales.

1.3 CLASES DE TUTELA

En Roma, existieron tres diferentes clases de tutela (testamentaria, legítima y dativa), algunos textos consideran otros tipos, los cuáles también desarrollamos en el presente trabajo.

1.3.1 TUTELA TESTAMENTARIA

González Román coincide en que es la tutela más importante y consistía en que: "Un atributo de la potestad paterna, era precisamente el derecho de nombrar tutor testamentario, pues sólo podía hacer uso de él, el jefe de familia, para los impúberes que, a su muerte, se hacían *sui iuris*. Mismo que (*sic*) podía designar en su testamento a uno o varios tutores a los que podía elegir como herederos (dicha pluralidad era muy frecuente en los romanos, pues el pupilo encontraba protección y garantías más completas). Por consiguiente, estaban excluidos los *peregrinos*, los *dedicticios* y los *latinos junianos*".^{31 32}

³⁰ D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, nota 8, p. 295.

³¹ *Latinos Peregrinos*: habitantes de países que pactaron alianza con Roma, o que habiendo sido vencidos por ésta, se les incorporaron en calidad de provincias. Los peregrinos se hallaban privados de manera absoluta del ejercicio de los derechos civiles, salvo que les fueran concedidos todos o algunos de ellos, por favor especial.

Latinos Dedicticios: Eran aquellos individuos de un pueblo o ciudad que habían sido rendidos al poder de Roma, tenían derechos jurídicos y políticos limitados.

Ravinovich cita a las Instituciones de Justiniano en su libro 13 que señala: “Es permitido a los ascendientes dar por testamento tutores a los hijos impúberes que estén bajo su potestad, y esto procede igual para hijos e hijas. Pueden hacerlo también respecto a los nietos y nietas, si éstos, después de la muerte de su abuelo, no debían pasar al poder del padre. Si, pues, en el momento de tu muerte se halla tu hijo bajo tu potestad, tus nietos habidos de aquél no podrán recibir tutores por tu testamento, aunque se hallen bajo tu potestad, porque muerto tú, deben pasar a la potestad de su padre.

Como en otros muchos casos los *póstumos*³³ son tenidos por ya nacidos, en este caso place que se pueda dar tutores por testamento no menos a los *póstumos* que a los ya nacidos, siempre que, de haber nacido en ese momento, hubiesen sido herederos del testador, y estado bajo su potestad.

Más si le fuere dado tutor por testamento del padre a un hijo emancipado, debe ser confirmado por sentencia del presidente en todos los casos”.³⁴

Agustín y Beatriz Bravo, indican que: “El tutor testamentario debía ser señalado nominativamente y en forma imperativa; su designación debía ser hecha antes de la institución de heredero –según los *proculeyanos*- y el heredero también podía ser nombrado tutor. El tutor testamentario necesita tener la *testamenti factio*³⁵ con

Latinos Junianos: libertos de hecho, que no obtuvieron su libertad de derecho por no haberse empleado las fórmulas solemnes requeridas, o por carecer de amo civilmente propietario. Poseían el *ius commercii*, pero no podían testar, ni ser tutores testamentarios, ni adquirir directamente a título de herencia o de legado aunque sí de fideicomiso.

³² González Román, Héctor, *Derecho Romano*, 2ª edición, México, Oxford, 2010, pp. 67 y 68.

³³ *Póstumos*: los nacidos después de la muerte del padre.

³⁴ Ravinovich Berkman, Ricardo, *op. cit.*, nota 3, p. 685.

³⁵ *Testamenti factio*: facultad de hacer testamento e instituir herederos. Este derecho era exclusivo para los ciudadanos romanos antiguos, y podía ser activa o pasiva.

el testador, de los que se sigue que las personas calificadas como inciertas no podían ser designadas como tutores”.³⁶

En el Derecho Romano, se tenían ciertos requisitos para nombrar tutor testamentario, pues en la traducción que nos hace el maestro Álvaro D’Ors del *Digesto de Justiniano*, destaca que: “el testador al nombrar tutor testamentario a un nieto, éste debía especificar que se trata de un descendiente y no de un hijo; de no hacerlo podría invalidarse el testamento. Caso contrario si se advertía en el testamento que se trataba de una hija o un *póstumo*, ya que estas dos palabras abarcaban tanto, los posteriores como los demás descendientes”.³⁷

Agustín y Beatriz Bravo, comentan que: “Debemos considerar también como tutores testamentarios a aquéllos que fueron designados en codicilos³⁸ confirmados en el testamento; y consta que los tutores así nombrados no han de ser obligados a caucionar su manejo, esto no obstante, cuando alguno ofrece fianza para administrar él solo, ha de ser oído”.³⁹

Dándose el siguiente procedimiento, según describe Rendón Ugalde:

- I. “Habiendo nombrado el *paterfamilias* un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debe ser confirmado por el magistrado, sin información alguna;
- II. Siendo la madre, la confirmación solo tiene lugar después de una información sobre la honradez y habilidad del tutor; y
- III. Si es el patrono del impúbero, y aun un *extraneus*, el magistrado debe confirmar también el nombramiento, pero después de la información, y

³⁶ Bravo, Agustín y Bravo, Beatriz, *op. cit.*, nota 18, p. 174.

³⁷ D’Ors, Álvaro, *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, España, Aranzadi, 1972, t. II, p. 206.

³⁸ *Codicilo*: es un instrumento en que alguno declara por escrito su última voluntad para quitar o añadir algo al testamento o bien aclarar lo dispuesto en él, igualmente requería de la *testamenti factio*, El codicilo podía existir anexo al testamento o separado de él.

³⁹ Bravo, Agustín y Bravo, Beatriz, *op. cit.*, nota 18, p. 174.

únicamente si el impúbero, no teniendo más fortuna, ha sido instituido heredero por el testador”.⁴⁰

Los autores Bravo, enfatizan: “Si no se siguen las normas anteriores la designación del tutor podía ser nula, pero se reaccionó favorablemente y se comprendió que no había razón seria para subordinar la validez de la disposición al empleo de las fórmulas o a la designación del tutor en tal o cual parte del testamento: la designación estaba garantizada por la calidad misma del *pater* y su afecto hacia el hijo, por lo que el tutor designado por la ley o el magistrado no debía ser siempre preferido por el señalado por el *paterfamilias*.”

Como los padres de familia suelen designar como tutores de sus hijos a las personas más leales e idóneas, el magistrado los confirma sin información alguna sobre su solvencia y costumbres y nos les pide que otorguen la caución de llevar bien las cosas del pupilo”.⁴¹

El Maestro Gumesindo Padilla, comenta en su libro que: “La designación del tutor testamentario, hecha por la madre u otro pariente del pupilo, fue admitida por la jurisprudencia y la legislación imperial, para lo que se requería la *confirmatio magistratual*, previa *inquisitio* sobre la idoneidad del designado”.⁴²

Rendón Ugalde finaliza sobre el tema, escribiendo que: “A diferencia del tutor legítimo, el testamentario empezó por renunciar libremente a la tutela (*abdicatione tutelae*) y podía ser removido de su administración, mediante una acción pública por la que cualquier persona le acusara de fraude en la tutela”.⁴³

⁴⁰ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, p.5.

⁴¹ Bravo, Agustín y Bravo, Beatriz, *op. cit.*, nota 18, p. 175.

⁴² Padilla Sahagún, Gumesindo, *Derecho Romano*, 4ª edición, España, Mc Graw Hill, 2008, p. 77.

⁴³ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, p. 5.

Coincidimos en que esta clase de tutela era la mejor, ya que el *paterfamilias* elegía a la persona idónea que velaría por su patrimonio y los incapaces de su familia, incluyendo al hijo póstumo. Los romanos previendo el interés económico que pudiera tener o no el tutor sobre la masa hereditaria, establecieron que éste también fuera heredero. Más adelante se le brinda este mismo derecho a la mujer, previa aprobación.

1.3.2 TUTELA LEGÍTIMA

Álvarez Correa, relata que la tutela legítima es la más antigua, ya que su punto de partida quedó señalada en una disposición de la ley de las XII tablas, de donde cita: “en ausencia de un testamento se nombraba al *agnado* varón más próximo al pupilo, que por su relación con el pupilo podía heredar de éste”.⁴⁴

Álvaro D’ors, refiere: “... corresponde la tutela al *agnado* próximo que sea varón y púber (*tutor legitimus*). Como es tutor precisamente por su parentesco, la pérdida de la *agnación* le hace cesar del propio derecho, pero no puede renunciar, ni tampoco puede ser removido de la tutela; tan sólo puede darse contra el que haya malversado los bienes de su pupilo una acción penal por el *duplum* del daño.

Ya en el derecho antiguo podía este tutor pasar la tutela a otra persona mediante una *in iure cesio*, pero esta posibilidad se elimina en la época clásica, al introducirse el régimen de las excusas para la tutela, y sobrevive tan sólo en la tutela *mulieris*. El cesionario (*tutor cessius*) se hacía tutor de pleno derecho, pero no podía ceder nuevamente su derecho, pues recaería necesariamente en el tutor legítimo otra vez; la cesión a otro tutor legítimo no lo convertía en *cessius*”.⁴⁵

González Román, alude que la tutela legítima podía ser respecto de los *agnados* y los *gentiles*. “De los *agnados*. Esta tutela se abre a falta de tutor testamentario. La ley de las XII tablas indica como tutor al *agnado* más próximo y si hay varios en el mismo grado, son todos tutores. De los *gentiles*”.⁴⁶ Esta tutela operaba cuando no

⁴⁴ Álvarez Correa, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 321.

⁴⁵ D’Ors, Álvaro, *op. cit.*, nota 8, p. 380.

⁴⁶ *Gentiles*: son aquellos individuos que pertenecían a una misma *gens*, y en razón de su idéntica ascendencia, tenían en común el nombre y el culto; nacían ingenuos y no sufrieron jamás una *capitis deminutio* o merma en su personalidad.

había agnado, pasaba la sucesión a los *gentiles* y, por tanto, la tutela también les era concedida”.⁴⁷

Raúl Lemus extrae de la Tabla V, lo siguiente:

“Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto. Si intestato moritur, cui, sus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus ned estic, gentiles familiam habento. Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores qui vocantur legitimi.

*Como el paterfamilias haya legado sobre el patrimonio y la tutela de su familia sea el derecho. Si muere intestado, y sin parientes suyos (esto es los sometidos a su potestad) que el agnado más próximo tenga la familia (el patrimonio). Si no hay agnados recojan la familia los gentiles. Pues de aquéllos que carecen de tutor testamentario lo son, según la Ley de las XII tablas, los agnados que llaman tutores legítimos”.*⁴⁸

Ravinovich por su parte, cita que la tutela de los agnados en las *Instituciones de Justiniano*⁴⁹, en su título quince, del libro primero refiere: “De aquel a quien por testamento no le fuere dado un tutor, por la *Ley de las XII Tablas* son sus tutores los *agnados*, llamados legítimos... que la ley llame intestada a la tutela de los *agnados* no significa que los llame cuando el que podía dar tutores hubiese muerto sin hacer testamento, sino cuando ha muerto intestado en cuanto es pertinente a la tutela: lo que se entiende también que sucede, cuando aquel que fue hecho tutor muriere en vida del testador”.⁵⁰

Tomando en cuenta a los autores antes mencionados, podemos deducir que esta clase de tutela se crea con la finalidad de asistir al pupilo cuando no existe testamento que designe quien velará por el patrimonio de éste y los integrantes de la *domus*. Debe ser al agnado más próximo porque se espera que el hecho de

⁴⁷ González Román, Héctor, *op. cit.*, nota 32, p. 68.

⁴⁸ Lemus García, Raúl, *Derecho Romano (Sinopsis histórica)*, 2ª edición, México, Limsa, 1977, p. 176.

⁴⁹ *Instituciones de Justiniano*: Compendio de derecho civil y penal de los romanos, compuesto por orden del emperador Justiniano sobre la base principal de las *Instituciones de Gayo*. Constaba de cuatro libros: personas, acciones, obligaciones y sucesiones.

⁵⁰ Ravinovich Berkman, Ricardo, *op. cit.*, nota 3, p. 685.

formar parte de la familia, haga lo posible por proteger y conservar el patrimonio que de alguna u otra manera también es suyo.

Si llegase a morir el tutor designado por el *paterfamilias* y no tuviera más parientes ¿qué pasaba? entraría otro tipo de tutela que se llama tutela dativa y que veremos en el siguiente apartado. Por lo que podemos decir que la tutela dativa entra en juego en defecto de aquélla.

1.3.3 TUTELA DATIVA

Héctor González, indica que: *“la tutela dativa surge cuando la gentilidad cae en desuso y se llena este vacío asegurando un tutor al impúber que no tiene agnados. Consiste en el nombramiento de un tutor, por el magistrado, cuando no hay ni tutor testamentario ni tutor legítimo.*

*En esta clase de tutela, todos los interesados en el pupilo podían invocar su nombramiento respectivo. Tenían obligación de pedirlo tanto la madre, bajo pena de perder el derecho a la herencia, como el manumitido por los hijos impúberes del patrono”.*⁵¹

Álvarez Correa, describe: *“... la tutela dativa cambio el concepto de tutela, porque introdujo un factor público en una decisión que era esencialmente privada.*

El tutor escogido por el magistrado ejercía un cargo público. Originalmente su nombramiento dependía de una legislación especial, porque el magistrado no tenía la función de nombrar tutores. La tutela dativa se extendió al reemplazo del tutor legítimo o testamentario designado que tenía una excusa válida para no aceptar el cargo. Dicho tutor cedía al nuevo tutor, ya nombrado por el magistrado, los bienes del patrimonio del pupilo (cessio in iure). El segundo tutor adquiría así la administración del patrimonio del pupilo

Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur, in urbe quidem romana, praetore urbano et majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Atilia, in provinciis vero, a praesidibus provinciarum, ex lege Julia et Titia.

*Si alguno se hallase absolutamente sin tutor, le era dado uno en la ciudad por el pretor urbano, y la mayor parte de los tribunos de la plebe en virtud de la Ley Atilia; más en las provincias, por los presidentes de ellas en virtud de la Julia y Ticia”.*⁵²

⁵¹ González Román, Héctor, *op. cit.*, nota 32, p. 69.

⁵² Álvarez Correa, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 322.

Rendón Ugalde, relata que esta clase tutela fue introducida por dos leyes:

- I. *“Lex Atilia: da derecho a nombrar los tutores en Roma al pretor urbano y a la mayoría de los tribunos de la plebe. Es derecho propio y distinto de las atribuciones ordinarios de los magistrados y no susceptible de delegación, y*
- II. *Lex Iulia et Titia: concede el mismo poder al mismo al presidente en las provincias.*

Este sistema de designación fue modificado bajo el Imperio. En Roma, y bajo el emperador Claudio, pasa a los cónsules el derecho de nombrar tutores.

Marco Aurelio creó para este cargo un pretor especial, praetor tutelaris que más tarde compartió su competencia con el prefecto de la villa. Según el derecho justiniano, son competentes para designar tutor el praefectus urbi o el pretor, en la capital, y en las provincias los presidentes de las mismas o bien los magistrados locales y los obispos, si no son muchos los bienes del pupilo.

La mencionada intervención pública de la que fue objeto la tutela, terminó por modificar profundamente su régimen:

- I. *El cargo se convirtió en una función pública que no se podía rehusar, a no ser por existir una causa justificada, o también, desde fines desde la época clásica, por indicar persona idónea para desempeñar el cargo; con ello, desapareció la abdicatio del tutor testamentario;*
- II. *Se tendió a desplazar la tutela legítima por el tutor directamente nombrado por el magistrado;*
- III. *Se establecieron ciertas limitaciones a los poderes dispositivos del tutor;*
- IV. *Se aseguraron los derechos del pupilo, exigiendo de tutor no testamentario una caución de indemnizar los perjuicios causados por él en el patrimonio del pupilo, y dando a éste ciertas preferencias de ejecución;*
- V. *Se generalizó para todo tipo de tutela una nueva acción de buena fe y de condena infamante: la actio tutelae. Era ejercitable como utilis incluso contra el tutor que no había llegado a ejercitar la tutela y;*
- VI. *Se desvirtuó el régimen de la tutela mulieris, que se justificaba desde el antiguo punto de vista del interés heredero tutor que el nuevo de la protección pública de los incapaces (sic).⁵³*

Es decir, la tutela dativa se llevaba a cabo cuando no había testamento o pariente agnado próximo, el magistrado señalaba alguno que estuviera dentro de una lista que elaboraba el séquito de personas a su servicio, la cual contenía a los

⁵³ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, pp. 6 a 8.

candidatos más idóneos para poder ejercer el cargo. El magistrado, como lo destaca Álvarez Correa, no era propiamente el que lo elegía, sino señalaba cual cumplía las expectativas dentro de esa lista de tutores, y le protestaba el cargo.

1.3.4 OTRAS TUTELAS

En nuestra apreciación “otras tutelas” no pueden ser consideradas como tales, pues éstas recaen dentro de su proceso en vía testamentaria, legítima o dativa.

a) TUTELA DE LAS MUJERES

El maestro Huber Olea, menciona: “...desde la época arcaica, las mujeres estaban sometidas a la tutela *mullierum perpetua*, debido a la naturaleza de la familia romana, situación que no varió ni siquiera en la época clásica.

Al romperse la antigua comunidad familiar, la tutela mullierum, ya no tenía justificación, como incluso lo confiesa Gayo, ya que las mujeres en plena edad desempeñaban sus negocios por sí mismas y la interposición del tutor era simplemente formalismo.

En sus inicios la tutela de las mujeres podía ser testamentaria o legítima, mientras que la dativa, que se instauró posteriormente, sólo se otorgaba si la mujer lo solicitaba al magistrado.

*En la tutela de las mujeres, el tutor jamás actúa como gestor de negocios pues la mujer administra sus bienes, por lo que la función del tutor se reduce a prestar su *auctoritatis interposito*⁵⁴ en los siguientes negocios celebrados por la pupila: venta de *res mancipi*, celebración de *in iure cesio*, remisión de una deuda por *acceptilatio*⁵⁵, aceptación de una herencia, confección de un testamento, liberación de esclavos, constitución de dote, asunción de deudas, ejercicio de acciones, celebración de *conventio in manu por coemptio*⁵⁶.*

La tutela mullierum, se consideraba carente de sentido y, por ende, causaba malestar entre las ciudadanas romanas, lo que motivó la creación de varios medios para liberar de esta carga a las

⁵⁴ Véase tema 1.5.4 en donde se explica en qué consiste este concepto.

⁵⁵ *Acceptilatio*: uno de los modos de extinguir las obligaciones *ipso iure*, mediante el perdón del compromiso adquirido, a través de la simple promesa, sin formalidad alguna, de no reclamar el cumplimiento del deber.

⁵⁶ *Conventio in manu por coemptio*: era el procedimiento corriente en la época clásica para crear la *manus*, consiste en una derivación de la *mancipatio* (forma de negocio mediante la cual se realiza la transmisión de la propiedad, mediante la realización de ritos sacramentales), ya que se trata de una venta imaginaria de la mujer al marido con asistencia del jefe de familia si es *alieni iuris*, o de la *auctoritatis* del tutor si la mujer es *sui iuris*.

mujeres. En la época de la república se admitió que el marido bajo cuya manus se encontraba la mujer otorgase a ésta la facultad de elegir su tutor cuando éste hubiese fallecido.

La *Lex Iulia*⁵⁷ y la *Papia Poppaea*⁵⁸ (sic) declararon libres de la tutela a las mujeres "ingenuas" (las que nacían libres) que tuviesen tres hijos y a las libertas cuatro, dichas leyes expedidas por Augusto⁵⁹ tenían como fin el aumento de la población en Roma. Finalmente, la *Lex Claudia* abolió la tutela de los agnados sobre la mujer.

Aun cuando todavía se menciona a la tutela mullerum en una Constitución de Diocleciano, lo más probable es que desapareciese de inmediato, en virtud de que el Código Teodosiano⁶⁰ ya no lo menciona".⁶¹

Nos percatamos que hay una diferencia entre el cargo de la mujer como tutora y la tutela de las mujeres. Por lo que se refiere al cargo, y como ya se ha mencionado, la mujer era considerada una persona incapaz por su propia naturaleza (frágil), debido a ello, no podía hacerse cargo de los miembros que integraban la *domus*, lo que no impedía que pudiera ser vista como una tutora adjunta, pues ayudaba a las labores del tutor en asuntos relacionados a la salud y educación del menor, mientras que el tutor tenía funciones meramente administrativas y de representación en actos jurídicos que involucraran el patrimonio del incapaz. Si

⁵⁷ *Lex Iulia*: señalaba que el impúber que no tuviese quién ejerciera la *patria potestas* sobre él, era necesario que se le nombrase un tutor, el que podía ser designado por testamento o por vía legítima, de no haberlos y para no dejar desprovisto de protección al incapaz, se expide esta ley, que permite designar un tutor dativo, facultad que sólo tenía el *pater*.

⁵⁸ *Lex Papia Poppaea*: promulgada por el emperador Augusto con el fin de incrementar la población romana, diezmada por las guerras. A través de ella instaba a los matrimonios a tener hijos y premiaba con creces a las familias prolíficas, es decir, las que tuvieran muchos hijos. En cambio sancionó con diversas cargas a quienes no secundaran dicho propósito.

⁵⁹ Augusto: también conocido como Octavio, se convierte en el primer emperador romano tras la muerte de Julio César, pelea contra Marco Antonio y Cleopatra, lo que generó el control del Mediterráneo, además impulsó la agricultura y la integración de las provincias con Roma.

⁶⁰ *Código Teodosiano*: Teodosio II (el emperador de Oriente), encargó a ocho juristas compilar y clasificar todas las constituciones desde Constantino, además de reunir extractos de citas de los jurisprudentes. Parece ser que la constitución no fue muy eficaz, por lo que nombra una nueva, pero de dieciséis miembros, y además les hizo más simple el trabajo, ya que sólo debían compilar las constituciones de Constantino y de los emperadores que le sucedieron. Esta obra se dividía en dieciséis libros y fue publicada en el Oriente en el 438 d. C.; ese mismo año el senado de Roma lo declara obligatorio, donde gobernaba Valentiniano III. A pesar de su mala distribución y contradicciones, estuvo en vigor en Italia hasta el comienzo de la edad media.

⁶¹ Huber Olea, Francisco, *Derecho Romano I*, México, Iure, 2005, p.172.

bien es cierto, esta tutela adjunta no era una figura reconocida y regulada por el derecho romano, también lo es que, si existía.

Conforme pasa el tiempo, se otorgan ciertas facilidades a la mujer, entre ellas la facultad de ser tutora de sus propios hijos (teniendo la aprobación del magistrado), así como poder nombrar vía testamentaria a alguna otra persona para ejercer el cargo.

Ahora bien, por lo que hace a la tutela de las mujeres, debe entenderse como el derecho que tiene ésta por su propia naturaleza, de poder ser asistida por un tutor, ya sea vía testamentaria, legítima o dativa, con la finalidad de no exponer el patrimonio de la misma.⁶²

b) TUTELA FIDUCIARIA

Rendón Ugalde, plantea “... en la época clásica, la tutela fiduciaria se representa en dos casos:

1. *A la muerte del padre emancipador, tutor legítimo del emancipado, sus hijos agnados quedan tutores fiduciarios de su hermano impúbero.*

Es la diferencia que hay con los hijos del patrono, que son tutores legítimos como su padre. Pero la tutela del padre emancipador, en realidad no es más que una tutela fiduciaria que se ha reservado contracta fiducia⁶³; se le llama tutor legítimo por su título de padre, cuya razón ya no existe para sus hijos.

2. *En caso de la emancipación de un impúbero, el manumisor extraneus que le libertó representa el papel del patrono, siéndole concedida la tutela. Es un tutor fiduciario porque existe entre él y el jefe de familia un pacto de fiducia, para obligarle a manumitir al hijo después de una tercera mancipación.*

Bajo Justiniano desapareció este caso tutela fiduciaria, con las formas antiguas de la emancipación”.⁶⁴

⁶² Nótese que las mujeres *vestales* y las *ingenuas* no entraban en esa categoría, ya que se les consideraba personas libres.

⁶³ *Contracta fiducia*: contrato real consistente en un procedimiento por el cual una persona (*tradens*), transmite otra (*accipiens*), una cosa determinada, obligándola ésta, por un pacto fiducia, a devolverle la propiedad cuando lo solicite, o al ser saldada la deuda en caso de haberse constituido en garantía de una obligación.

⁶⁴ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, pp. 8 y 9.

Por ejemplo: cuando el varón *alieni iuris*, se emancipaba por contraer matrimonio, se convertía en *sui iuris*, por tanto formaba una nueva familia y un patrimonio propio, en consecuencia no es sujeto de tutela.

Cuando el *paterfamilias* no tenía manera de sustentar económicamente la *domus* o para castigar al impúber, transmitía a su hijo a otro *paterfamilias*, a cambio de algún préstamo monetario para resarcir un daño o perjuicio a los afectados o lo que ellos acordaran, pactando regresarlo al saldar la deuda o bien emanciparlo definitivamente cuando fuese la tercera mancipación.⁶⁵

Rendón Ugalde y Eugene Petit, consideran que para ello se aplicó el principio de la sucesión, citando a la Ley de las XII Tablas: "...como llamaba al *patrono* y a sus hijos *agnados* a la sucesión del *manumitido*, se les daba también la tutela".⁶⁶ Y es así que el *paterfamilias* es, a su vez tanto el tutor legítimo del hijo emancipado como el *patrono* (sólo se nombra así cuando sucede este acontecimiento). Y sus hijos (los hermanos del emancipado impúber) que tiene bajo su potestad directa heredan los derechos del patronato. A todo esto se le llama tutela legítima del patrono y de sus hijos.

También se nombra *patrono*, a aquella persona que completa la tercera mancipación, y le manumite, pues representa el papel del verdadero tutor legítimo, y le conceden el título de *honoris causa*. A esto se le llama tutela legítima del ascendiente emancipador.

⁶⁵ Recordemos que el hijo del *paterfamilias* no es considerado cosa como un esclavo, pero estos casos eran excepcionales, pues lo que se buscaba era la protección de toda la familia y no sólo de uno, es por eso que el cabeza de familia tomaba ese tipo de decisiones. Servía también como castigo por haber cometido algún crimen o resistencia hacia la autoridad del *paterfamilias*, hasta que la *Ley de las XII Tablas* vino a resolver este problema con tres *mancipaciones* seguidas de tres *manumisiones* quedando rota la autoridad paterna y el hijo se convertía en *sui iuris*.

⁶⁶ Petit, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 17ª edición, México, Porrúa, 2001, p. 129.

Conociendo esto, podemos entender la tutela fiduciaria de mejor manera. Ya que se llamará tutor(es) fiduciario a los hijos agnados del padre emancipador. Verbigracia: Gayo es padre emancipador Tulio (o sea, tutor legítimo y patrono) y sus hijos agnados son Aurelio y Patricio, a la muerte de Gayo, Aurelio y Patricio quedan como tutores fiduciarios de Tulio. Si bien no hay nada que los una legítimamente prevalece una razón, la *contracta fiducia*. Asimismo, se llama tutor fiduciario al que emancipa y manumite al impúber por tercera ocasión, existiendo entre ellos un *pacto fiducia* previo.

Por lo que consideramos que, ambas tutelas no pueden ser concebidas como “otras clases de tutela” (según José Sáinz y Francisco Huber), porque si bien es cierto que, se dan en casos particulares, también lo es que no por eso van a dejar de darse en vía legítima, testamentaria o dativa. Por lo que deberían tratarse como lo señala Eugene Petit, “hipótesis especiales”.

1.4 DIFERENCIA ENTRE TUTELA Y OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

La tutela se puede confundir con otro tipo de figuras jurídicas, por la protección que se da hacia los incapaces o a las personas que requieren de una autoridad por no poder valerse de sí mismas. Por ello, partiremos de lo general a lo particular, es decir, la patria potestad será lo general y lo particular serán todas aquellas figuras que derivan de ésta, entre las cuales está la tutela.

El Diccionario de Derecho Romano, define como patria potestad a la: “facultad que las leyes romanas concedían al paterfamilias sobre sus hijos”.⁶⁷

Consecuentemente, la tutela deriva de la patria potestad, ya que a falta del *paterfamilias*, se elegía a la(s) persona(s) que se encargaría(n) de tener esa potestad sobre los miembros incapaces de la *domus*. Pero existe una diferencia al

⁶⁷ Sócrates Jiménez, Santiago, *Diccionario de Derecho Romano*. 4ª edición, México, SISTA, 1991, p.267.

momento de querer ejercer esa potestad sobre el individuo, ya que hallamos ciertas características, obligaciones, derechos y restricciones para el tutor a *contrario sensu* del *paterfamilias*, que tenía un poder más absoluto y menos cuestionado.

Por ejemplo, la persona que se encontraba sometida a la potestad del *paterfamilias* era un *alieni iuris*, ya que no podía valerse por sí mismo y necesitaba de alguien que pudiera representarlo. En cambio la tutela entra en juego a falta de aquella potestad, pues el *alieni iuris* se convierte automáticamente en un *sui iuris* pero que carece de capacidad ejercicio, por lo que necesita de un tutor.

El tutor tiene un poder solamente en lo concerniente a la administración de los bienes del pupilo, por lo que no tiene autoridad para poder elegir sobre su salud o educación. No así el *paterfamilias*, debido a que éste tiene injerencia en todo lo que acontece con los miembros de la *domus*, tanto en lo personal como en la administración de los bienes.

Otra característica que distingue a estas dos figuras es el tiempo en que se ejerce este mando. Es decir, en la patria potestad, el *paterfamilias* tenía esa autoridad sobre toda los miembros de la *domus* hasta que él viviera, alguno de sus hijos varones cumpliera la mayoría de edad o bien se emancipará. Si se trataba de una hija sería hasta que ésta contrajera nupcias y de tal suerte la cabeza de familia del cónyuge o él mismo, ejercería sobre ella la potestad. En cambio la tutela, se sometía a cierto término, bien puede ser que la función encomendada haya sido temporal según lo dispuesto en el testamento del *paterfamilias*, por remoción del cargo o bien el pupilo alcanzaba la mayoría de edad.

Ahora bien, dentro de las figuras que deriva la patria potestad se encuentran, (sólo por mencionar las que más se asemejan a la tutela según nuestra apreciación), la curatela, la adopción y la adrogación.

Empezaremos por la curatela, que únicamente protegía a los incapaces accidentales: los *furiosi*⁶⁸ y los *pródigos*⁶⁹.

Eugene Petit, comenta que: “*más tarde y a título de protección , fue extendida a los mente capti*⁷⁰, a los sordos, a los mudos y a las personas atacadas de enfermedades graves, acabando también por aplicar la curatela a una incapacidad de otro orden: se daba curadores a los menores de veinticinco años, y en ciertos casos, a los pupilos.

Mientras el furiosi o mente capti tuviera un momento de lucidez, se le consideraba capaz. Y solamente en los estados de interdicción, el curador podía ejercer el cargo. Es decir, cesaba y regresaba en funciones varias veces, teniendo que rendir cuentas de su administración en el periodo que aquél se encontraba no apto”.⁷¹

La curatela seguía las mismas reglas de la tutela, aunque los terceros si pudiesen obligarle a nombrar un curador especial a los tutelados en los siguientes casos, según describe el mismo autor:

- a) *“Para sostener un proceso*
- b) *Para recibir cuentas de la tutela*
- c) *Para recibir un pago*

El curador administra y no da auctoritas. Solamente en el Bajo Imperio, el curador del menor de veinticinco años debía dar algunas veces su consentimiento al acto realizado por el incapacitado. Este consensus no tiene nada solemne y puede ser suministrado aun después del cumplimiento. Por lo que respecta a los impúberos que tienen tutor puede, por excepción, tener un curador en los casos siguientes:

- a) *Si el tutor sostiene un proceso con el pupilo*
- b) *Si el tutor ha hecho admitir una excusa temporal*
- c) *Cuando el tutor se muestra incapaz*”.⁷²

⁶⁸ *Furiosi*: hombre completamente privado de razón, tenga o no intervalos lúcidos.

⁶⁹ *Pródigos*: aquellos personas que dilapidaba el dinero. Podía cesar por un levantamiento de interdicción que hacía el magistrado, siempre que el pródigo se enmendara.

⁷⁰ *Mente capti*: hombre que cuenta con poca inteligencia, es un monomaniaco o, lo que es igual, una persona cuyas facultades intelectuales están poco desarrolladas.

⁷¹ Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 66, p.142.

⁷² *Ibídem*, p. 149.

Es así que, el cargo de curador logra asimilarse mucho a la de tutor pues por una parte administra el patrimonio, lo cual implica la rendición de cuentas al final de la curatela con la misma responsabilidad que el tutor; y por otra parte tiene que dar su consentimiento en los casos en el que el tutor da su *auctoritas*. La diferencia sólo radica en las personas en las que recae dependiendo de su incapacidad y su edad.

Siguiendo con las figuras que se asimilan a la tutela, encontramos la adopción. Y Eugene Petit, indica que se dividía en dos clases: “La adopción de una persona *alieni iuris*, que es la adopción propiamente dicha y la adopción de una persona *sui iuris*, que es la adrogación”.^{73 74}

Escribe el mismo autor, citando a Modestino, que la primera significa: *“Filius familias non solum natura verum et adoptiones faciunt. Es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas análogas a las que crean las justae nuptiae entre el hijo y el Jefe de familia. De esta manera hace caer bajo la autoridad paterna e introduce en la familia civil a personas que no tienen por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el Jefe.”*⁷⁵

La segunda, la adrogación es: ...un acto grave que hacía pasar a un ciudadano sui iuris, acaso jefe de familia, bajo la autoridad de otro jefe. El adrogado pasa bajo la autoridad paterna del adrogante y entra como agnado de su familia civil, siendo más que el cognado de sus antiguos agnados. Los descendientes sometidos a su autoridad antes de su adrogación, y la mujer que tenía in manu, siguen también la misma suerte. Y el adrogado participa desde entonces del culto privado del adrogante. Este cambio en su estado lleva consigo una modificación en su nombre: toma en nombre de la gens y el de la familia donde entra.

Finalmente, el adrogado, haciéndose alieni iuris, adquiere su patrimonio el adrogante. Pero Justiniano decidió que el adrogante tuviera sólo el usufructo de los bienes del adrogado.

⁷³ Se cree que la *adrogación* era la forma más antigua de adopción. Y se creó con la finalidad de no desaparecer familias ni extinguir cultos privados, y sólo podía tener lugar después de una información hecha por los pontífices, y en virtud de una decisión de los *comicios por curias* (asamblea del pueblo romano organizada por curias), *populi auctoritate*. Si la opción era favorable, la adrogación se sometía al voto de los comicios, y sancionada por su aprobación.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 113

⁷⁵ Según los textos consultados la figura de la adopción se creó más que nada por la necesidad de asegurar un papel político en el Estado, debido a que algunas familias aristócratas estaban expuestas a extinguirse ya fuese por la descendencia femenina o por la esterilidad de las uniones, quedando como remedio los hijos varones nacidos *ex justis nuptiis* (fuera del matrimonio); y así lo que pudiese haber sido causa de deshora por la extinción de un culto privado, ya no lo era.

Durante largo tiempo los impúberes no pudieron ser adrogados, primero, por estar excluidos de las comicios por curias, y después, porque se temía que el tutor favoreciese la adrogación para desembarazarse de la tutela. Sin embargo, como esta prohibición podía perjudicar al pupilo, Antonio el Piadoso, la hizo desaparecer. Aunque (sic), el impúbero podía ser adrogado por *rescripto*⁷⁶, pero con garantías especiales, por ser incapaz de apreciar reflexivamente las consecuencias de un acto tan grave para sí y para su familia.

Eran estas las condiciones:

- a) Los pontífices hacen una información con severidad especial, debiendo enterarse estrictamente de la fortuna y edad del adrogante, si es honrado y si la adrogación puede ser ventajosa para el pupilo.
- b) Todos los tutores del impúbero deben dar su auctoritas.
- c) Para proteger los derechos de los presuntos herederos del pupilo, el adrogante debe prometer y garantizar devolver los bienes del adrogado, si éste muere impúbero. Queda libre de este compromiso cuando el adrogado llega a la pubertad.

Los intereses del impúbero quedan protegidos aun después de la adrogación. En primer lugar, desde el momento en que se hace púbero, puede, si la adrogación no le es ventajosa, dirigirse al magistrado para romperla y recobrar con sus bienes la cualidad de *sui iuris*. Además el adrogado, aun impúbero, emancipado por el adrogante, sin motivo justificado, tiene derecho:

- a) La restitución de su patrimonio en el mismo estado que estuviese antes de la adrogación.
- b) A la cuarta parte de la sucesión del adrogante, así lo decidió Antonio el Piadoso⁷⁷.

Ahora bien, la adopción difiere de la tutela porque lo que se pretende de la primera figura es conservar una familia, pudiendo sólo adoptar a los *alieni iuris*, haciéndose cargo tanto de su persona como de sus bienes. Es decir, el adoptante adquiriría la potestad sobre una persona que no pertenecía por lazos consanguíneos a su familia, pero que al entrar a su familia adquiriría ciertos derechos y obligaciones, así como a un hijo. Mientras que en la tutela, el pupilo era *sui iuris*, estaba sometido a la autoridad del tutor bajo condición o término. Además el impúber nunca pasa a ser miembro de la *domus* del tutor a menos que éste tenga lazos consanguíneos con aquél.

⁷⁶ *Rescripto*: Tipo o modalidad de constituciones imperiales con fuerza legal, en las que el emperador emitía su opinión sobre puntos jurídicos controvertidos a petición de las partes interesadas en su solución o de los jueces que habían de conocer del litigio.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 113 a 115.

La adrogación se distingue de la tutela, porque se daba hacia *sui iuris* mayores de edad, que saben bien discernir entre lo que les conviene y no; en cambio la tutela es para *sui iuris* menores de edad. Y si bien es cierto que, tiempo después se dio oportunidad a los menores de edad, también lo es que trajo como consecuencia que los tutores se deslindaran del cargo conferido, por ello, los casos de adrogación para impúberes eran escasos.

1.5 EL TUTOR

Agustín y Beatriz Bravo, plasman un extracto del Digesto⁷⁸ concerniente al cargo de tutor. El cual se expone:

"Tutores 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.

Los tutores son aquellos que tienen esa autoridad y este poder y su nombre deriva de la naturaleza misma de su misión: se les llama tutores, es decir, protectores y defensores, del mismo modo que se le llama sacristán al que guarda los templos".⁷⁹

El tutor romano, era concebido como la persona que tenía la responsabilidad de representar y administrar el patrimonio de un incapaz que no puede hacerlo por sí mismo(a); y en un momento determinado acrecentar ese patrimonio, sin poner en riesgo al pupilo ni los bienes del mismo.

1.5.1 GENERALIDADES DE UN TUTOR

Para ser tutor, era necesario contar con ciertas características y nunca hubiese tenido ninguna *capitis deminutio*, independientemente de los requisitos que se verán en el siguiente tema. Así se obtenía una lista de los candidatos más idóneos y el magistrado designaba dentro de ésta, quién se quedaría con el cargo.

⁷⁸ *Digesto o Pandectas*: Colección de decisiones de derecho romano hecha por órdenes del emperador Justiniano. Constaba de siete partes y cada una, de cierto número de libros. Su nombre de Digesto proviene del latín "*digerere*" (ordenado, distribuido), que al ser traducido al griego adopta el nombre de *Pandectas* (que lo comprende todo).

⁷⁹ Bravo, Agustín y Bravo, Beatriz, *op. cit.*, nota 18, pp. 172 y 173.

Los romanos no consideraban a todos los seres humanos, personas, era muy importante esta distinción para saber qué derechos y obligaciones tenían, o cuál era su función dentro de la gran ciudad. En este caso el tutor debía ser considerado persona.

Por consiguiente, para ser persona se necesitaba contar con tres estatus que nos sintetiza el maestro Huber Olea a continuación:

- ✓ “*Status Libertatis* (ser libre)⁸⁰
- ✓ *Status Civitatis* (contar con la ciudadanía romana)⁸¹
- ✓ *Status familiae* (estar exento de la patria potestad)”.^{82 83}

Además de estos estatus, se requerían ciertos atributos⁸⁴ (existen más pero nos interesa hacer énfasis en los siguientes), esto es, tener capacidad de goce y de ejercicio, los cuales son distintos. Y nos lo explica Huber Olea:

“La capacidad de goce, es la aptitud que tiene toda persona para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones. Esta capacidad es sine quibus non para ser persona, porque si se suprime desaparece la personalidad por impedir al ente la posibilidad jurídica de actuar; por lo tanto, cabe decir que la capacidad de goce se identifica, en el fondo, con la personalidad y que estos dos términos son equivalentes, ya que no se puede concebir a una persona sin capacidad de goce.

⁸⁰ *Status libertatis*: Primer elemento de la personalidad del romano, consiste en que el hombre no sea esclavo. Este estado fundamentaba los dos restantes, porque no siendo libre no se puede ser ciudadano ni tener derechos familiares.

⁸¹ *Status Civitatis*: Segundo requisito de la personalidad del romano, consistente en que el hombre, además de ser libre, habría de ser ciudadano, es decir, que tuviera la facultad legal de poder acceder a los puestos públicos; es decir, gozar plenamente de los derechos políticos, condensados en el “*ius suffragii*”, y el “*ius honorum*” (de carácter público) además del “*ius commercii*” y “*ius connubium*” (de naturaleza privada).

⁸² *Status Familiae*: Tercer elemento de la personalidad física del romano. Lo tenía todo varón dentro de su familia como la patria potestad, la *manus*, etc. Siempre que fuera *sui iuris*. Carecían por tanto de este derecho los esclavos, la mujer y los *alieni iuris* o hijos de familia.

⁸³ Huber Olea, Francisco, *op. cit.*, nota 61, p.164.

⁸⁴ Los atributos de la personalidad que considera Huber Olea son: capacidad, nombre, domicilio y patrimonio.

*La capacidad de ejercicio, es la aptitud de una persona para hacer valer directamente sus derechos, para celebrar en su nombre actos jurídicos, para cumplir sus obligaciones y para ejercer las acciones conducentes ante los órganos jurisdiccionales”.*⁸⁵

Esta breve explicación, conlleva a que el tutor debía cumplir con los tres estatus para poder ejercer su cargo, así como los atributos de la personalidad, pues si caía en una disminución de cabeza era removido inmediatamente de la encomienda.

Razón por la cual el impúber no podía ejercer el papel de *paterfamilias*; esto no quiere decir que no sea considerado persona, pues es *sui iuris*, pero por su edad no puede ejercerla; es decir, tiene capacidad de goce pero no de ejercicio, no concluye actos jurídicos, porque ni siquiera los puede celebrar, y necesita estar asistido por alguien que cumpla lo descrito en los párrafos anteriores.

1.5.2 REQUISITOS PARA EJERCER EL CARGO

Eduardo Álvarez, señala como requisitos, los siguientes:

- 1) *“Ser varón; una mujer no podía ser tutora. Finalmente en el bajo imperio (390 d. C.) se permitió que en ausencia de un tutor legítimo o testamentario, la madre pudiera ser tutora de sus hijos a la muerte del padre. En tal caso, era nombrada por el magistrado, si juraba no volverse a casar. Con el nuevo matrimonio perdía la tutela, y el segundo marido la asumía.*
- 2) *Ser mayor de edad, en principio. El requisito varió según la época. Ser menor de veinticinco años no era una restricción, pero sí una excusa en la época clásica, mientras que en tiempos de Justiniano era una restricción. El hijo de familia podía ser tutor en la época clásica, aún menor de veinticinco años, porque la tutela ya era una función pública, y la incapacidad de filius era de derecho privado.*
- 3) *Estar físicamente y mentalmente sano. Los sordos y los mudos no podían ser tutores, salvo tutores legítimos en la época clásica. Fueron excluidos totalmente de la tutela por Justiniano.*
- 4) *No desempeñar funciones privilegiadas. No podían ser tutores aquellos que tenían funciones militares y otras determinadas funciones de alta responsabilidad.*

⁸⁵ *Ibídem*, p. 126.

- 5) *Ser de buena conducta*".⁸⁶ No debía ser tachado de infamia⁸⁷, pues causaría deshonra para el impúber y no se podría celebrar algún tipo de acto por la desconfianza de su mala reputación.

Hemos mencionado que la mujer, en la época clásica de Roma tenía poca injerencia como miembro de la *domus*, más adelante se le van otorgando más derechos y restricciones, ya no sólo se tiene como requisito para ser tutor ser varón sino que se da oportunidad a la mujer.

1.5.3 EXCUSAS E IMPEDIMENTOS

Cuando se crea esta figura, la tutoría se destaca más por el beneficio económico que por el bienestar de la persona. El tutor administra lo que será su propio patrimonio en lo que el impúber alcanza la mayoría de edad, abusando de su encomienda para obtener algún lucro.

A partir de esto, se ponen límites y requisitos para poder ser tutor, y por ende más seguridad en la administración, pues los pupilos podían ejercer acciones en contra de éste si sospechaban alguna irregularidad. Es por ello, que el tutor ya no ve fácil dicho cargo y se excusa abdicando la tutela o cediéndola.

Ravinovich describe: "...El designado podía -abdicar de la tutela-. Luego, al aparecer la tutela legítima, su titular podía efectuar la cesión del ius. Cuando pasó a regirse la institución en gran parte por los edictos, los pretores requirieron del tutor aceptante la garantía de preservar los bienes del pupilo, y esa satisfacción era voluntaria. Con Claudio⁸⁸, la tutela testamentaria se hizo obligatoria: los

⁸⁶ Álvarez Correa, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, pp. 323 y 324.

⁸⁷ *Infamia*: es la degradación o destrucción de la reputación, honor civil o estado de dignidad comprobado por las costumbres jurídicas y las leyes. Dicha infamia es vitalicia y solamente puede ser revocada por el Senado.

⁸⁸ *Claudio*: Emperador romano de la dinastía Julio-Claudia. Era sobrino de Tiberio, sobrino segundo de Augusto y tío de Calígula. Marcado por varias taras (era cojo, epiléptico y tartamudo). Sucedió a Calígula, acabando con su despótico reinado y con más de cincuenta años era el único superviviente de la dinastía, amante de las tradiciones romanas, restableció el modelo administrativo de Augusto, repudiando el absolutismo en favor de una mayor colaboración con el Senado.

cónsules recibieron la función de asignar al tutor y la abdicación quedó prohibida. Los cónsules transformaron la garantía del tutor legítimo en necesaria, y rechazaron la posibilidad de que hiciese cesión del ius. La tutela –dativa-, por su parte, fue desde su introducción un cargo obligatorio.

En la tutela testamentaria el tutor podía pedir ser exonerado de administrar bienes situados en otra provincia. Pero finalmente, en el Dominado las diferencias se limaron y la tutela se construyó sobre la base de la dativa. La tutela paso a ser una carga deber público, y entonces los filifamilias pudieron ejercerla. Con Valentiniano II, también la ejercieron las mujeres, si no volvían a casarse.

Paralelamente, se desarrollaron las incapacidades y las excusaciones, que pasaron de la tutela dativa a las otras. Entre las causas de incapacidad se encontraban: demencia, mudez, ceguera, militancia activa en el ejército. Justiniano agregó los menores de 25 años, los monjes, los obispos, y los deudores y los acreedores del pupilo.

Entre las razones de excusación: edad avanzada, pobreza extrema, ejercicio de cargos elevados, posesión de un privilegio (rector, veterano, atleta, etc.) Si el tutor estaba ausente, enfermo u alguna otra causal semejante, podía pedir que, a riesgo suyo, se designara un curador adjunto. Con Justiniano este curador se vuelve autónomo”.⁸⁹

Los romanos no querían tener problemas por ejercer el cargo y acudían a la *abdicatio tutelae*, pero poco les duró el gusto ya que la legislación se volvió más severa y ya no podían excusarse tan fácilmente, mucho menos ceder su cargo (*in iure cessio*).

1.5.4 FUNCIONES Y OBLIGACIONES

Como ya se ha mencionado, la tutela era vista como la protección del patrimonio del incapaz, más tarde se amplió esta protección al pupilo (como ser humano). Por lo que las funciones y obligaciones que tenía el tutor, eran sobre bienes y actos jurídicos que pudieran suscitarse en contra o a favor del pupilo.

Sócrates Jiménez, plasma: “respecto a los bienes, sus facultades en los primeros tiempos fueron muy amplias; pudiendo comprar bienes, enajenarlos, cobrar créditos y pagar deudas, renovar los contratos y transar en pleitos. En cambio durante Justiniano se dispuso que el tutor debía, ante todo, conservar el

⁸⁹ Ravinovich Berkman, Ricardo, *op. cit.*, nota 3, pp. 691 a 693.

patrimonio del pupilo y aumentarlo en todo lo posible, no pudiendo vender los inmuebles que dieran en renta, salvo con la autorización del magistrado”.⁹⁰

Por su parte Rendón Ugalde, enfatiza: “el deber fundamental del tutor era conservar intacto el patrimonio del pupilo. Por tal razón debía efectuarse un inventario de los bienes pertenecientes al pupilo ante funcionarios públicos (los cuales se equiparan a los notarios públicos de nuestros días), para que, con base en el mismo, le fueran restituidos... de no hacerse tal inventario se consideraría al tutor culpable de fraude; no existía excusa de ninguna naturaleza para no haberlo efectuado y, en consecuencia, estaba obligado a indemnizar al pupilo de los posibles daños ocasionados”.⁹¹

Bravo Agustín, incluye: “por este mismo interés se admite que el tutor no podrá ser dado para ciertos actos ni para ciertos bienes, sino que deberá de llevar todo el patrimonio y hacer todos los actos que beneficien al pupilo.⁹² El tutor no se ocupa del cuidado ni educación del incapaz, sólo da las cantidades necesarias para que se le asista y eduque de acuerdo con su posición”.⁹³ ¿Entonces quién cuida del impúber (como ser humano)? Álvarez Correa, otorga la respuesta: “El cuidado del menor, se confiaba a usualmente a la madre (*sic*)”.⁹⁴

Ahora bien, dentro del cuidado de ese patrimonio se encontraban la *gestio* y la *auctoritas* del tutor.

⁹⁰ Sócrates Jiménez, Santiago, *op. cit.*, nota 69, p. 352.

⁹¹ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, p. 9.

⁹² En el caso de la mujer adulta, el tutor no administraba sus bienes. Su única función era la de dar autoridad.

⁹³ Bravo, Agustín y Bravo, Beatriz, *op. cit.*, nota 18, pp. 172 y 173.

⁹⁴ Álvarez Correa, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, pp. 325 a 328.

De la gestión y de la auctoritas del tutor

a) Caso de los infantes

Rendón Ugalde nos explica: *“El tutor (sic) intervenía en los negocios del pupilo en nombre propio, aunque por cuenta del pupilo a nombre propio, y en el momento de la rendición de cuentas de la tutela, cuando ésta terminaba, tenía el tutor que hacer los traspasos necesarios del patrimonio del expupilo, y recibir los traspasos correspondientes a gastos hechos y deudas contraídas por él en el ejercicio de la gestio negotiorum.*

En el caso de la pluralidad de tutores, pueden quedar todos encargados de administrar, bajo su responsabilidad común. Pero como buena gestión es, el pretor provee para que sólo uno administre, quedando entonces los otros como vigilantes de la gestión, y a este título, responsables subsidiariamente.

Tratándose de tutores testamentarios nombrados después de información, uno de ellos puede ofrecer a los otros caución rem pupilli salvam fore, a fin de ser él solo el encargado de administrar quedando los otros obligados a consentirlo; a menos de ofrecer ellos otra garantía, en cuyo caso los tutores administran todos juntos. Fuera de esta hipótesis, el pretor confirma el nombramiento que pudo hacer el testador, y no diciendo nada el testamento sobre este punto, los tutores eligen a quien deba administrar, y no pudiendo ponerse de acuerdo, entonces lo designa el magistrado.

Empero, si los tutores expresan su deseo, o si el testador lo ordena, puede haber división en la gestión; bien sea:

- ✓ *Por la razón de la naturaleza de los negocios, o*
- ✓ *Por las circunscripciones territoriales cuando el pupilo posee bienes situados en diferentes distritos.*

Aunque cada uno, entonces deba atenerse a sus atribuciones, no por eso quedan menos vigilantes los unos de los otros.

La unidad o división de la gestión influye sobre la auctoritas (autorización que da el tutor para celebrar actos jurídicos). Siendo uno solo el que administra, es él quien debe dar la auctoritas y estar al corriente de los negocios del pupilo. Si la gestión está dividida, sólo puede dar la auctoritas quien tenga el negocio con todas sus atribuciones. Sin embargo, tratándose de aceptar una herencia, cuestión independiente de los demás intereses del pupilo, la auctoritas puede darse por un tutor que no administre.

b) Caso de los infantia maiores

Mediante la auctoritatis interpositio, el acto en cuestión se realizaba en presencia tanto del tutor como del pupilo. Éste actuaba personalmente y el acto producía sus efectos directamente en su propio patrimonio. Lo anterior permitía preparar paulatinamente al pupilo para su futura gestión independiente.

Empero los actos realizados por el pupilo sin la asistencia de un tutor, son válidos en la parte que importan ganancia y nulos en lo desfavorable. A partir de Antonio Pío, el pupilo que actúa sin la auctoritas tutoris se hace responsable en los límites del enriquecimiento.

En la pluralidad de tutores, se hacía una distinción entre dos categorías de tutores. Unos inspiran plena confianza, que son los tutores testamentarios escogidos por el jefe de familia, y los que nombra el magistrado después de información; la auctoritas de uno de ellos es suficiente. Otros son los tutores legítimos y los tutores nombrados sin información, que ofrecen menos garantía; entonces se necesita la auctoritas de todos”.⁹⁵

Queda claro que los excesos de poder en los romanos, traía sus consecuencias, pues aunque actuara en un negocio sin el consentimiento del tutor, no aseguraba no tener problemas, al contrario debía asumir el riesgo de tomar dicha decisión.

1.5.5 CAUSAS DE REMOCIÓN

Las causas de remoción, van muy ligadas con las excusas e impedimentos para desempeñar la tutela. Es decir, si se comprobaba que el tutor no cumplía con los requisitos o era disminuido en sus estatus o en sus capacidades físicas, era removido. Igualmente si hacía un mal manejo en la administración de los bienes del pupilo.

1.6 LA TUTELA ¿SOBRE QUIÉNES SE EJERCE?

Los romanos consideraron a dos tipos de personas, los varones menores de edad y a las mujeres independientemente de la edad que tuvieran.

1.6.1 MENORES DE EDAD

Ravinovich, relata: “*la tutela de los impúberes, es la más antigua, porque remonta sus raíces al tiempo de las gentes con autonomía política, y también la más duradera, porque es la que sigue presente en los códigos civiles de hoy. Claro que esa supervivencia espectacular se debió a dos factores:*

⁹⁵ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, pp. 9 y 12.

- 1) *El hecho de que, como decía Gayo, a diferencia de la tutela de mujeres ésta sí obedece a una "razón natural", porque el ser humano requiere de un largo periodo de apoyo y protección, y eso es atemporal y anespacial, porque es inherente a nuestra especie, siempre y en todas partes; y*
- 2) *La circunstancia de que la institución tuvo la suficiente maleabilidad para poder ir así, en la medida en que desaparecían las viejas gentes, la ciudad se transformaba en una comunidad de individuos (o de familias nucleares) y se patrimonializaba la herencia".⁹⁶*

Recordemos que la figura de la tutela se crea con la finalidad de proteger a quien no puede hacerlo por sí mismo y un menor no puede hacerlo. Tenemos de ejemplo la famosa leyenda de Rómulo y Remo⁹⁷. Debido a ello se pretende que la persona esté bajo la supervisión de otra con mayor aptitud.

1.6.2 MUJERES

Se menciona en varios textos que el sexo femenino viene correlacionado con los adjetivos de: debilidad, fragilidad y sensibilidad, lo que la hace un ser humano vulnerable a cualquier persona, lugar y circunstancia, por ello necesita de alguien que la proteja y que mejor que un varón (no puede ser otra mujer porque es una cae en el mismo patrón).

Quien era *paterfamilias* de la *famulus* de la mujer, tenía la *manus* de ella, es decir, era quien debía protegerla. Asimismo aquél que obtenía la *manus* mediante el matrimonio, pues se entendía que al casarse con un varón, éste debía velar por su

⁹⁶ Ravinovich Berkman, Ricardo, *op. cit.*, nota 3, p. 691.

⁹⁷ *Leyenda de Rómulo y Remo*: Numitor, rey de Alba Longa, fue depuesto por su hermano Amulio. Éste, para garantizarse que la descendencia de Numitor no le perturbara el disfrute del trono usurpado, consagra a la única hija de aquél, de nombre Rhea Silvia, como sacerdotisa del culto de Venus (vestal), la cual no obstante el voto de castidad que le imponía su sacerdocio, fue poseída por el dios Marte y dio a luz un par de gemelos a quienes se llamó Rómulo y Remo. Amulio ordenó que se asesinara a los dos infantes, pero para salvarlos de una muerte segura, Rhea Silvia los colocó en una cesta que depósito sobre la corriente del río Tíber, para que ésta los alejara del inminente peligro que corrían. La cesta se detuvo en un remanso y una loba que oyó el llanto, rescató y protegió a los niños e incluso, según la leyenda, los amamantó. Después un pastor los encontró y termino de criarlos. Cuando ya adolescentes conocieron su origen real, los gemelos regresaron a Alba Longa y recuperaron, para su abuelo Numitor, el trono.

protección y bienestar, además de que entraba a una nueva familia y automáticamente el padre de ella dejaba de tener potestad sobre la misma. A falta de alguien que ejerciera la *manus* sobre ella, se optó por asignarle uno, ya fuese vía testamentaria, legítima o dativa.

Al respecto Álvarez Correa señala lo siguiente: “En efecto, en primer lugar, la mujer casada cum manus, pasaba bajo la *manus* del nuevo *pater* y en este caso no necesitaba un tutor. En la época clásica esta forma de matrimonio fue reemplazada por un vínculo *sine manus*, y si la mujer permanecía bajo la patria potestad de su propio *pater*, tampoco requería tutor. Pero en segundo lugar, si moría este *pater*, o si la mujer era emancipada, se convertía en una *sui iuris*. Como tal, paradójicamente una *materfamilias* mientras no se casara, requería un tutor. También requería un tutor si se casaba *sine manus*”.⁹⁸

Y en esta época, el marido poseedor de la *manus* da oportunidad a la mujer de poder escoger uno o varios tutores (*tutor optivus*) para administrar sus diferentes negocios en el testamento de él.

Continua, describiendo Álvarez Correa: “En el caso de la mujer adulta, el tutor no administraba sus bienes. Su única función era la de dar autoridad (*auctoritas interpositio*). Además la mujer tenía más derechos que el pupilo habitual. Podía enajenar bienes *nec mancipi*, litigar en juicios de menor importancia (los *iudicia imperio continentia*) y podía nombrar un *procurator* para representarla. Pero requería la *auctoritas* del tutor para obligarse y participar en un negocio jurídico de derecho civil (*iure civile*)

La tutela de la mujer desapareció como tal en el Bajo Imperio, para ser reemplazada, como en los otros casos de minoría, por la curatela, entre los doce y los veinticinco años”.⁹⁹

⁹⁸ Álvarez Correa, Eduardo, *op. cit.*, nota 12, p. 327.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 328 y 330.

Podemos observar que la tutela de las mujeres empezó a caer en desuso porque se les otorgaron facultades similares a las que podía desempeñar un varón, realmente se salió de toda regulación por lo que Augusto decide dar cumplimiento a las leyes *Iulia* y *Papia Poppaea* (aparte de acrecentar la población romana).

1.7 EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y RENDICIÓN DE CUENTAS

Esta figura se extingue ya sea por el incapaz o por el tutor, así lo explica Eugene Petit:

“...las causas que ponen fin a la tutela provienen, de la persona del pupilo, ex parte pupilli, bien de la persona del tutor, ex parte tutoris. En el primer caso, la tutela queda terminada definitivamente; en el segundo, sólo existe conclusión de las funciones del tutor; si son varios, la tutela se concentra sobre los demás; de lo contrario hay que nombrar nuevo tutor.

- 1) *La tutela cesa ex parte pupilli: a) Por la llegada de la pubertad, aunque, sin embargo, en el derecho antiguo, la mujer púbera estaba en tutela perpetua, por razón del sexo; b) Por la muerte del pupilo; c) Por su capitis deminutio máxima, media o mínima, dándose en adrogación.*
- 2) *Cesa ex parte tutoris: a) Por la muerte del tutor; b) Por su capitis deminutio máxima y media, en todos los casos; por la mínima tratándose de un agnado, de un patrono o de un gentilis, tutor legítimo; pues entonces los derechos de agnación y gentilidad se extinguen; c) Por la llegada de un término o de una condición limitando las funciones del tutor testamentario; d) por consecuencia de una excusa presentada en el curso de la tutela o de la destitución.*

A la conclusión de sus funciones, el tutor debe rendir cuentas al pupilo de los bienes que le fueron confiados y administró. En la época clásica fue de verdadera obligación rendir cuentas, sancionada por la ley *tutelae*.

Es probable que durante bastante tiempo el tutor que no tuviera obligación de administrar, tampoco estaba (*sic*) obligado jurídicamente a restituir. Era sólo un deber, cuyo cumplimiento se dejaba a su buena fe, pero un deber sagrado por encima de los demás deberes, y cuya violación era reprobada severamente por las costumbres.

Hacia finales de la República, las costumbres fueron perdiendo su severidad primitiva, y la protección organizada por la *Ley de las XII Tablas* llegó a ser insuficiente. La destitución del tutor sospechoso no reparaba las consecuencias de su infidelidad, y la acción de *rationibus distrahendis*¹⁰⁰ no permitía al pupilo hacerse indemnizar por faltas o negligencias del tutor.

¹⁰⁰ *Rationibus distrahendis*: acción de carácter penal, protege al pupilo contra las sustracciones del tutor legítimo. La pena se cifra en el doble del valor de la cosa sustraída. En el derecho justiniano

Era necesaria una acción más amplia, extendiéndose a toda su gestión, y que obligara al tutor a rendir cuentas... estos diversos progresos recibieron todo su desarrollo, he aquí cuáles vinieron a ser al final de la tutela las relaciones entre el tutor y el pupilo:

- a) El tutor debe restituir al pupilo su patrimonio intacto, según inventario que debe haber redactado. Debe devolverle todo los bienes que ha adquirido y todas las sumas que haya cobrado para él como administrador. En fin, debe indemnizarle por el perjuicio que hay podido causar una mala administración, por todas las faltas que seguramente un buen padre de familia no hubiese cometido, o haciendo mal uso a propósito de su *auctoritas*.

En esta rendición de cuentas, y para garantir los intereses de las dos partes, el antiguo pupilo debe estar asistido por uno o varios curadores, siendo el tutor el obligado a promover el nombramiento. Las obligaciones del tutor están sancionadas por la *acción tutelae directa*, ejercida por el pupilo o por sus herederos. Si han administrado varios tutores, la persecución puede dividirse entre los que sean solventes.

- b) El pupilo debe indemnizar al tutor por razón de sus gastos hechos, descargándole también las obligaciones contraídas en su interés. Puede ser obligado a ello por la *acción tutelae contraria*.¹⁰¹

Tenemos claras las formas de extinguirse la figura de la tutela, mismas que rigen actualmente en nuestro derecho, a excepción de la *capitis deminutio mínima, media o máxima*, pues era una medida rígida dejar sin determinados derechos a una persona. Si bien nuestra legislación contempla que no puede ser tutor quien haya cometido un delito doloso, también es cierto que se puede suspender el cargo de tutor mientras se resuelva su situación jurídica, pero nunca una disminución de cabeza.

se aminora su carácter penal, pudiendo dirigirse contra cualquier tutor, y ya no sólo contra el legítimo.

¹⁰¹ Petit, Eugene, *op. cit.*, nota 66, pp.137 y 139.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TUTELA EN EL DERECHO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

Para poder comparar nuestro sistema jurídico con el Derecho Romano, es necesario remontarnos a los antecedentes.

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS JURÍDICOS

- **Época prehispánica**¹⁰²
- ✓ Los mayas: “Esta cultura tenía una organización familiar estable, ligada por ritos religioso... la herencia se repartía entre la descendencia masculina, fungiendo la madre o el tío paterno como tutor, en caso de minoría del heredero, intervenían las autoridades locales... el papel de la mujer en la familia y en la vida comunal no era prominente.
- ✓ Los aztecas: Cuando existía la disolución del vínculo matrimonial, el culpable perdía la mitad de sus bienes (sic). Los hijos se quedaban con el padre, y las hijas con la madre”.¹⁰³ Al no existir padre, los descendientes varones quedaban bajo la tutela ascendiente o colateral en vía masculina y si se trataba de una mujer, se aplicaba el mismo criterio pero en vía femenina.

Estas culturas tenían cierto matiz de protección religiosa al incapaz, pues aplicaban sus criterios teocráticos para regular las necesidades de la familia.

- **Época de la Conquista**

“Después del descubrimiento y la conquista de América, nuestro país, se convirtió en una colonia de los conquistadores. La forma de gobierno, se determinaba por la Corona y se nombró un Virrey que gobernara nuestro territorio. De inmediato, se

¹⁰² Hay poca información del tema a estudio, por lo que se hace referencia a estas principales culturas en donde se plasma algo de ello y se les reconoce una valiosa organización teocrática.

¹⁰³ Comisión Organizadora de Festejos del Bicentenario de la Independencia y Centenario de la Revolución Mexicana,
<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pub03/01DraCastaneda.pdf>,
Consultado el 29 de febrero de 2016 a las 9.29hrs.

organizó un sistema de control de nuestros indígenas para lo cual se contó con el apoyo de las órdenes religiosas y la Santa Inquisición (*sic*)¹⁰⁴

Lo anterior, conocido como la Encomienda, que tenía como fin que los colonos españoles tutelaran a nuestros indígenas y se les evangelizara. Lo cual no se llevó a cabo, ya que al percatarse de la gran riqueza y la sumisión indígena, se les hizo más fácil la explotación de éstos.

“En consecuencia, se produce el encuentro de dos formas de pensamiento, una civilización neolítica con predominio azteca, en su aspecto jurídico, y una hispánica que incluía un sistema jurídico, integrador de algunos postulados romanos, germánicos, canónicos, así como de reglamentación monárquica. Es así, como llegan las Siete Partidas a nuestro país”.¹⁰⁵

➤ **Las Partidas**¹⁰⁶

Rendón Ugalde, relata: “*Las Partidas introdujeron el sistema cautelar romano y con él la tutela unipersonal (por excepción se incluía la pluralidad de tutores) la curatela y la tutela testamentaria, desconocidas de las legislaciones germánicas... sus rasgos más destacados son:*

- ✓ *Unidad institucional frente a la bifurcación romana.*
- ✓ *Atribución de su ejercicio a los parientes más próximos.*
- ✓ *Desconocimiento de la tutela testamentaria.*
- ✓ *Actuación de una tutela familiar”.*¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Ídem.*

¹⁰⁵ *Ídem.*

¹⁰⁶ La Nueva España para crear este texto, se auxilió de los letrados y juristas burgueses, que habían estudiado Derecho Romano en las universidades, y en este contexto, sustentaban y apoyaban los actos de los Reyes y, es entonces, cuando el sabor germánico del derecho español cede ante el gusto romanista. El Rey que más contribuyó a esta unificación, fue Alfonso X, El Sabio (autor de esta gran obra). Las Siete Partidas, consta de siete partes como el *Digesto*.

¹⁰⁷ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, pp. 17.

- **Código de Napoleón**¹⁰⁸

El Código de Napoleón se dividió en cuatro Libros, de los cuales el Libro I, Título VIII, se denominó: *De la adopción y de la tutela oficiosa*.

Rico Álvarez, plasma en su libro: *“La tutela era una institución destinada al cuidado de la persona y de los bienes de los menores y de los interdictos. En el caso de los menores, se verificaba al momento en que fallecía uno de los titulares de la patria potestad. El ascendiente supérstite entraba en funciones de tutor al tiempo que mantenía la citada potestad. El progenitor que desempeñaba la tutela podía designar un sustituto que continuara con dicha función para después de su muerte. La designación debía realizarse en un testamento o por declaración ante Juez.*

*A falta de designación la tutela era ejercida por los abuelos menores del menor, y en su defecto, por los ascendientes varones de grados superiores, prefiriéndose en todos los casos a los paternos sobre los maternos. A falta de ascendientes varones, el tutor era designado por el Consejo de Familia*¹⁰⁹.

El tutor era administrador legal de los bienes del menor. Su gestión era supervisada por el tutor sustituto, nombrado por el Consejo de Familia en toda la tutela.

*El ejercicio de la tutela de las personas declaradas en estado de interdicción estaba sujeto a las mismas reglas previstas para la tutela de los menores”.*¹¹⁰

- **Época independiente**

Serrano Migallón, señala: “Consumada la independencia en 1821, la materia civil (y familiar) continuó regulada por el viejo Derecho Español, fundamentalmente por las Partidas, 'legislación que necesariamente debió seguir rigiendo, porque la nación no estaba preparada para sustituirla por otra adecuada a la nueva forma de gobierno y a las instituciones políticas bajo las cuales debía ser regida'. Aunque en algunas Entidades de la Republica, se hicieron ciertos esfuerzos que dieron la

¹⁰⁸ Expedido el 21 de marzo de 1804, de real trascendencia ya que representa el surgimiento de una nueva era en la historia jurídica, al considerarse que estabilizó las conquistas de la revolución francesa. Napoleón, se refería a éste como el mayor logro de todas sus victorias: “Un Waterloo se borra de la memoria, pero mi código civil vivirá por siempre”.

¹⁰⁹ *Consejo de Familia*: presidido por un Juez, con la intervención de algunos parientes cercanos al incapaz. Generalmente su nombramiento era a un particular, pero excepcionalmente podía conferirse a una institución pública.

¹¹⁰ Rico Álvarez, Fausto, *et al.*, *Derecho de Familia*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 348 y 349.

creación de códigos civiles o de proyectos de los mismos. El primer ordenamiento en la materia, tanto en Iberoamérica como de México es el Código Civil para el Gobierno del Estado de Oajaca”.¹¹¹

➤ **Código de Oaxaca**¹¹²

Al igual que el Derecho Francés, para poder existir como persona es necesario ser concebido y que el producto haya vivido veinticuatro horas después de su nacimiento. Es de llamar la atención lo que expresa el artículo 16 de este ordenamiento, citado por Serrano Migallón:

*“Los seres animados nacidos de mujer (sic); pero sin forma ni figura humana, no tienen derechos de familia ni derechos civiles. Pero mientras que viven estos monstruos deben ser nutridos y conservados en cuanto sea posible por aquellos que tendrían la obligación de mantenerlos, si hubiesen nacido con figura humana.”*¹¹³

Es decir, una persona que tenía malformaciones físicas, no se concebía como persona pero tenía el derecho de ser conservado y alimentado, por sus progenitores o familiares cercanos, por lo que podemos decir que se reconoce el derecho a su protección (recordemos que en Roma esta labor la desarrollaba el curador).

En la época de la restauración de la República, el Presidente Benito Juárez encomienda al Doctor Justo Sierra la elaboración de un Código Civil Mexicano¹¹⁴,

¹¹¹ Serrano Migallón, Fernando, *et al.*, *Código de Napoleón Bicentenario, estudios jurídicos*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 31 y 33.

¹¹² Expedido por el II Congreso Constitucional de dicha entidad. El primer libro, precedido por el título preliminar fue promulgado el 31 de Octubre de 1827, llamado: *De las personas*, que por ende habla de la figura de la tutela. Además, en este ordenamiento existen hipótesis normativas semejantes al Código de Napoleón.

¹¹³ *Ibidem*, pp.34

¹¹⁴ Tomando como base principios del Derecho Romano, la antigua legislación española, el Código de Cerdeña llamado Albertino, los de Austria, Holanda y Portugal, el Proyecto de 1851 de Florencio García Goyena y como fondo rector, el Código de Napoleón.

el cual no se concluye por la intervención francesa¹¹⁵. Aunque Maximiliano de Habsburgo, ordena una Comisión para su revisión con la finalidad de promulgarlo, haciendo adiciones. Se expide el 6 de julio de 1866, donde sólo se publican dos libros.

Rendón Ugalde, indica: “Tiempo después se constituyó una segunda Comisión... que concluyó sus labores el 28 de mayo 1870, promulgándose nuestro primer Código Civil en el Distrito Federal y en el Territorio de Baja California, el 8 de diciembre del mismo año, para entrar en vigor el 1º de mayo de 1871.

La institución jurídica objeto de nuestro estudio no es reglamentada hasta este Código, siendo tomada por los Códigos ulteriores con algunas modificaciones.

Este Código primeramente establecía que la tutela era un cargo personal del cual uno sólo podía eximirse por causa legítima; menciona al tutor y al curador como únicos elementos de la tutela; también habla sobre el diferimiento del tutor y curador, señalando que sería por testamento, por ley o por elección del mismo incapaz confirmado por el juez y por nombramiento exclusivo del juez.

Se mencionaba la tutela en un título general el cual desarrollaba tres capítulos que se referían a la declaración del estado de minoridad o de interdicción; el segundo capítulo se refería a la interdicción de los pródigos y el tercero al estado de interdicción en general. Sobre la tutela legítima este rubro del Código mencionaba que había la tutela legítima en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad. En el caso de la tutela dativa, aquí se prescribía que el mayor de catorce años podía nombrar tutor.

Se hace sentir en todo el ordenamiento legal la presencia netamente masculina, ya que las mujeres no podían ser tutrices (excepto en los casos de tutela legítima del marido o de los hijos legítimos o naturales), y los extranjeros tampoco podían serlo a menos que tuvieran su domicilio en el Distrito Federal”.¹¹⁶

- **Código Civil de 1884**

El mismo autor, narra: “Formulado durante el Porfirismo, tuvo como su semilla primaria el Proyecto Macedo; recibiendo la influencia de los Códigos Franceses, Italiano y Portugués de la época. Entre los cambios de forma que introdujo, podemos mencionar los siguientes:

- A) En su artículo 803 toma la definición que de la tutela se había dado en el Código de 1870, pero agrega un segundo párrafo quedando en consecuencia en los términos:

¹¹⁵ Luis Méndez ordenó poner en ejecución este trabajo conforme se concluyera su estudio, pero nunca entro en vigor.

¹¹⁶ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, pp. 20 y 21.

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 sólo de la segunda, para gobernarse por sí mismos.

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

- B) Suprime la figura de la incapacidad llamada prodigalidad, que tuvo su origen remoto en la Ley de las XII Tablas, y que consistía en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastando de modo que se consuma más de lo que importen las rentas o utilidades de los bienes en cosas vanas e inútiles. El remedio para esa fórmula era el estado de interdicción y el sometimiento a la curatela.*
- C) El Código de 1870 contenía tres capítulos subsecuentes sobre declaración de estado, interdicción de los pródigos y sobre estado de interdicción. En el Código de 1884 se excluyen dos de ellos subsistiendo solamente el relativo al estado e interdicción, que tiene vigencia hasta nuestros días; permaneciendo en el cuerpo tradicional de la tutela, en todo nuestro sistema jurídico...”.¹¹⁷*

- **Le y sobre Relaciones Familiares 1917**

Asimismo, señala Rendón Ugalde: “Esta ley manifestó en sus considerandos –que en realidad fungieron como exposición de motivos-, la necesidad de reformar las disposiciones acerca de la tutela, pues era menester acabar con tantos abusos que se venían dando. Se pretendía impartir una protección eficaz a los sujetos a ella.

En virtud de esto, la ley extendió la tutela más allá de los incapacitados listados en el Código civil de 1884, es decir, previno que lo ebrios habituales se consideraran como incapaces, pues su conducta –ya proviniere del resultado de un vicio o de una enfermedad- amerita que respecto de su persona y sus bienes se tomen cuidados especiales, ya que debido a su estado patológico en que se encuentra el interesado, impide que pueda proporcionárselos él mismo.

Las modificaciones introducidas por esta ley a la institución tutelar tendieron a:

- A) Mejorar la protección concedida a los incapacitados, y*
- B) Hacer más efectiva la vigilancia sobre los tutores”.¹¹⁸*

¹¹⁷ *Ibíd*em, pp. 21 y 22.

¹¹⁸ *Ídem*.

- **Código Civil de 1928**

Por último Rendón, menciona: “Teniendo en su Comisión Técnica a los señores licenciados Fernando Moreno, Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez, entró en vigor en 1932. En la Exposición de Motivos del Proyecto de la mencionada Comisión, se hace alusión a la institución tutelar en las siguientes palabras:

Al organizar sobre nuevas bases la tutela, se procuró que ésta atendiera preferentemente a la persona de los incapacitados más que a la administración de los bienes, y, al efecto se instituyeron organizaciones especiales, tales como los Consejos Locales de Tutelas y los Jueces Pupilares (actualmente Jueces Familiares) para que velaran sobre la persona o bienes de los incapacitados, y se llegó hasta imponer al Estado la obligación de sustentar y educar a los menores que por no tener bienes, ni familiares que cuiden de ellos, necesitan forzosamente que la sociedad vaya en su auxilio.

El ejercicio de la tutela, así como el de la patria potestad, se limitó a en aquellos casos que lo exigía el funcionamiento de los Tribunales de Menores... se exigió que los tutores garanticen más amplia y eficazmente la administración de los bienes de sus tutelados y se dictaron medidas más severas para que sus responsabilidades, hasta ahora solamente teóricas, pudieran hacerse efectivas.

Se hizo responsable al Juez que no nombrare oportunamente tutor, de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esta falta, y estableció que el juez respondería 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.

Se dispuso que tutor que no hiciera las imposiciones de los donativos pertenecientes a los incapacitados dentro del plazo que fija la ley, pagará los réditos legales correspondientes, y se concedió al Ministerio Público y a los parientes del pupilo el derecho de promover la separación de los tutores que se encuentren en algunos de los casos en que la ley dispone que sean separados”.¹¹⁹

Por lo que anterior, destacamos que si bien nuestra legislación se ha visto rezagada en la regulación de la tutela, lo cierto es que también ha tenido grandes avances. Incorporándola y llevando su modificación conforme a las necesidades de nuestra población.

¹¹⁹ *Ibídem*, pp. 23 y 24.

2.2 CONCEPTO DE TUTELA

Es importante saber cómo se concibe este concepto para poder entender sus características y objetivo, y poder hacer un análisis comparativo.

La Real Academia Española señala que tutela es: “la autoridad que, en defecto de la paterna o la materna, se confiere para cuidar a una persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil”.¹²⁰

Rendón Ugalde, considera: “La tutela es la institución necesaria y paralela a la incapacidad de ejercicio de los mayores de edad y en este aspecto, cumple la misión de representar al incapaz actuando a su nombre. Con respecto de los menores de edad, la tutela es una institución subsidiaria de la patria potestad pues sólo se provee de tutor al menor de edad que carece de ascendientes o que, teniéndolos, no puedan cumplir con la patria potestad”.¹²¹

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, indica que la tutela es: “la institución jurídica a través de la cual una persona jurídicamente capaz brinda asistencia, cuidado, protección y representación a otra que, no estando sujeta a patria potestad, carece de capacidad de ejercicio”.¹²²

A través de las definiciones anteriores podemos definir que: *la tutela actualmente es una institución jurídica que tiene la finalidad de proteger, formar, educar, administrar y representar a las personas que se encuentran en estado de indefensión y no se encuentran sujetos a patria potestad, para integrarlas a la*

¹²⁰ Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=azNzA8J>, Consultada el 29 de febrero de 2016 a las 10:30 hrs.

¹²¹ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, pp. 26 y 27.

¹²² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Tutela*, México, SCJN, 2012, serie Temas Selectos de Derecho Familiar, p. 14.

sociedad. Dando esta encomienda primero al grupo familiar al que pertenece y en segundo a la sociedad, siempre y cuando cuenten con capacidad jurídica.

2.2.1 CARACTERÍSTICAS

Ahora bien, las características referidas serán de utilidad, ya que cuentan con sustento jurídico, mismo que nos ayudará a distinguir las diferencias con el Derecho Romano.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), destaca:

- *“Es una institución jurídica. Se trata de una figura creada y regulada por el derecho para satisfacer una necesidad social, como lo es la protección de la persona y bienes de quienes no pueden autogobernarse.*

La tutela encuentra su fundamento legal en el artículo 4º constitucional, que indica:

Artículo 4º. ... Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo... en todas las decisiones y actuaciones del estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez. Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios...

- *Se ejerce en interés del incapaz. La tutela debe ejercerse siempre con vista al bienestar del incapaz, pues, como ha quedado señalado, se trata de una institución a través de la cual se busca proteger, en su persona y bienes, a sujetos que no pueden autogobernarse.*

Si bien es cierto que, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), no contempla como tal el resguardo de las personas adultas mayores, lo cierto es que la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, de observancia general en todo el territorio mexicano, sí introduce este derecho en sus artículos 5º y 6º que a letra señalan:

Artículo 5o. De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley tiene por objeto garantizar a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

I. De la integridad, dignidad y preferencia:

... f) A recibir protección por parte de la comunidad, la familia y la sociedad, así como de las instituciones federales, estatales y municipales.

Artículo 60. El Estado garantizará las condiciones óptimas de salud, educación, nutrición, vivienda, desarrollo integral y seguridad social a las personas adultas mayores. Asimismo, deberá establecer programas para asegurar a todos los trabajadores una preparación adecuada para su retiro...

- Es un cargo de interés público. El objeto perseguido por la tutela, a saber, el cuidado y protección de los intereses personales y patrimoniales de los menores e incapaces, interesa a la sociedad en su conjunto, pues su logro conduce al bienestar de la comunidad. Lo establece así el Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) en su artículo:

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

- Tiene carácter tuitivo. Aun cuando el tutor tiene funciones de representación y de administración de bienes, a través de esta institución se cuida, preferentemente, de la persona del incapaz
- Es de índole cuasifamiliar. Si bien la tutela puede ser ejercida por parientes del incapaz, en muchas ocasiones el cargo recae en una persona ajena a la familia de éste. Entre el tutor y el pupilo surge una serie de derechos y deberes inherentes a los vínculos de parentesco, como por ejemplo los de asistencia y ayuda mutua, guarda y protección, educación y corrección.
- Es personalísima. El tutor es designado en atención a sus circunstancias personales, que garantizan su aptitud para la guarda y custodia de la persona y bienes del incapaz. Por ello no puede delegar el cargo, toda vez que no está facultado para atribuir a otra persona los derechos y deberes que, en virtud de su cargo, tiene para con el menor o incapaz.
- Es unipersonal. Por regla general, la tutela de un menor o incapaz sólo puede desempeñarse por una persona a la vez, por lo que un sujeto no puede tener, al mismo tiempo, más de un tutor definitivo.

Sin embargo, excepcionalmente, un incapaz puede tener dos tutores, uno encargado de velar por su persona y otra responsable de administrar sus bienes. Como se regula en el CCDF en el:

Artículo 455. La tutela se ejercerá por un solo tutor, excepto cuando por concurrir circunstancias especiales en la misma persona del pupilo o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el tutor de la persona y de los bienes.

- Sólo es posible eximirse de su ejercicio por causa legítima. Por regla general, las personas no pueden rehusarse a desempeñar el cargo de tutor, so pena de tener que responder de los daños y perjuicios que, por su negativa, se causen al menor o incapaz.

- Subsidiaria de la patria potestad. En el caso de menores, la tutela es una institución que, por regla general, opera cuando aquellos no tienen ascendientes de los llamados legalmente a ejercer su patria potestad.
- Es temporal. Tiene una duración determinada, la cual varía en atención a las circunstancias del pupilo y de la persona que la ejerce, conforme a las siguientes reglas:
 - La tutela de los menores de edad concluye cuando éstos cumplen dieciocho años; es decir, cuando alcanzan la mayoría de edad.
 - Si el pupilo es un mayor de edad incapaz, la tutela concluye cuando cesa el estado de interdicción, siempre que el tutor sea ascendiente o descendiente del pupilo.
 - Si quien funge como tutor es el cónyuge del pupilo, la tutoría subsistirá mientras dure el matrimonio, en tanto no desaparezca la causa de incapacidad.
 - Si el pupilo es un mayor de edad incapaz y quien ejerce la patria potestad es un extraño, esto es, una persona que no tiene lazo de parentesco con él, el tutor tiene derecho de ser relevado al concluir el plazo que la ley señala al efecto, el cual varía de una legislación a otra.
- Constituye un cargo remunerado. La persona que desempeña la tutela tiene derecho a una remuneración, cuyo monto, que puede ser determinado por el propio testador en la tutela testamentaria o, en su defecto, por la autoridad judicial, se fija en atención a los bienes del pupilo. Como lo dispone el CCDF en los artículos siguientes:

Artículo 585. El tutor tiene derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño que conforme a derecho lo nombre en su testamento, y para los tutores legítimos y dativos la fijará el juez.

Artículo 585 bis. En caso de existir dos personas, quienes ejerzan el cargo de tutor, la retribución se dividirá entre ellos por partes iguales, salvo pacto en contrario, en cuyo caso deberá ser autorizado judicialmente.

Artículo 586. En ningún caso bajará la retribución del cinco ni excederá del diez por ciento de las rentas líquidas de dichos bienes.

- Es un cargo que admite remoción. El tutor puede ser removido o separado de su cargo sino desempeña éste en los términos legales. Sin embargo una regla sine qua non para que la referida remoción puede operar, es que previamente el tutor sea oído y vencido en juicio".¹²³

Al comparar las características que destaca la SCJN con las romanas, podemos percatarnos de algunas diferencias que resaltan a simple vista, por ejemplo: en

¹²³ *Ibídem*, p. 30 a 37.

Roma, la tutela se consideraba de naturaleza privada y terminó siendo pública, y en nuestra legislación siempre fue pública pues se considera parte del Derecho Familiar. Por lo que en el tercer capítulo abordaremos con énfasis estas disimilitudes en sus características.

2.2.2 OBJETO

Chávez Asencio, señala que el objeto de la tutela es: “la guarda de la persona, el cuidado de los bienes y la representación de quien tiene alguna incapacidad natural y legal o solamente la segunda”.¹²⁴

La Suprema Corte de Justicia, señala que el objeto de la tutela “...*dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o maltratados’ cuya razón fundamental ‘es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano’.*

Por ende se trata de una institución jurídica que tiene su fundamento en la solidaridad humana, concebida ésta como ‘el reconocimiento práctico de la obligación natural que tienen los individuos y los grupos humanos de contribuir al bienestar de los que tienen que ver con ellos, especialmente de los que tienen mayor necesidad’.

Su finalidad esencial es la de prestar ayuda a sujetos que no pueden tener una participación directa en la vida jurídica por carecer de capacidad de ejercicio. Específicamente, a través de ella se busca defender y asistir a los incapaces por minoría de edad y a los mayores que, en virtud de alguna enfermedad, reversible o irreversible, o de un estado particular de discapacidad, no pueden gobernarse por sí mismos”.¹²⁵

Sirve de apoyo la siguiente tesis aislada:

OBJETO DE LA TUTELA.

El objeto de la tutela, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos; o bien, la representación interina del incapaz, en los casos especiales que señala la ley.¹²⁶

¹²⁴ Chávez Asencio, Manuel, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 4ª edición, México, Porrúa, 2001, pp. 334 y 335.

¹²⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 122, p. 27 y 28.

¹²⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t.LXXII, p. 6328. Reg. IUS. 352611.

La SCJN destaca: “La tutela persigue tres objetivos fundamentales:

- ✓ *El cuidado de la persona. A través de la tutela se busca que el menor o incapaz reciba protección y asistencia.*
- ✓ *El cuidado de sus bienes. Una de las obligaciones del tutor es administrar el patrimonio del incapaz y buscar el mayor rendimiento de sus bienes.*
- ✓ *Su representación legal. Dado que las personas sujetas a tutela carecen de la capacidad de ejercicio, lo que, como ha quedado señalado, implica que están imposibilitadas para hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismas, a través de aquélla se les representa en la celebración de los actos jurídicos.*

Cabe señalar, por lo que a este punto se refiere, que en algunos casos el único fin que se persigue con la tutela es la representación del incapaz en los casos especiales que señala la ley, esto es, su representación interina”.¹²⁷

El objeto de la tutela, es diferente a la romana en un aspecto muy importante, que tiene que ver no sólo con la protección del patrimonio del incapaz, sino el cuidado, protección y educación del incapaz.

2.3 CLASES DE TUTELA

En la legislación sustantiva civil federal se establecen las siguientes clases: testamentaria, legítima y dativa, por lo que hace al Distrito Federal, se reconocen las tres anteriores más la tutela cautelar, que es nueva en nuestro derecho.

2.3.1 TUTELA TESTAMENTARIA

La SCJN, menciona: “Como su nombre lo indica, tiene su origen en un testamento, visto éste acto como –el acto jurídico, unilateral, individual, personalísimo, libre, solemne y revocable, mediante el cual quien lo realiza dispone, para después de su muerte de lo que haya de hacerse de sus bienes y derechos transmisibles, y expresa su voluntad sobre todo aquello que, sin tener carácter de patrimonial, puede ordenar, de acuerdo a la ley.

¹²⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 124, p.29.

Es así que este tipo de tutela únicamente puede instituirse en personas expresamente facultadas para ello, y respecto de los sujetos que la ley les permite, siendo las reglas generales que rigen en la materia”.¹²⁸ En este caso sirve como fundamento los artículos del CCDF que a continuación se plasman:

Artículo 470. El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerzan, con inclusión del hijo póstumo.

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

Artículo 475. El ascendiente que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción en los supuestos de la fracción II del artículo 450 de este código, podrá nombrar tutor testamentario, si el otro ascendiente ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

Podrán ser tutores testamentarios las personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas con discapacidad intelectual o mental.

Artículo 481. El adoptante que ejerza la patria potestad tiene derecho de nombrar tutor testamentario a su hijo adoptivo; aplicándose a esta tutela lo dispuesto en los artículos anteriores.

La tutela testamentaria, se sujeta a las siguientes bases, según la SCJN:

- *“El nombramiento del tutor hecho por el ascendiente que ejerce la patria potestad, excluye del ejercicio de ésta a los ascendientes de ulteriores grados a los que les correspondería en términos de ley. De manera que sí, por ejemplo, el padre que ejerce la patria potestad del hijo, ante la falta de la madre, le designa a éste un tutor en su testamento, los abuelos del menor ya no podrán ejercer sobre él la patria potestad.*
- *Si los ascendientes excluidos de la patria potestad estaban incapacitados o ausentes, pero después de iniciada la tutela testamentaria cesa la causa de su incapacidad, o bien aparecen, la tutela concluirá, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.*
- *Es posible que se designe un mismo tutor a varios menores o incapaces.*

¹²⁸ *Ibídem*, p.62.

- *En el supuesto de que el de cujus, en su testamento, nombre varios tutores, éstos desempeñarán la tutela en el orden en el que él indique.*
- *Si a pesar de nombrar varios tutores, el de cujus no precisa el orden en que éstos deben sucederse en el desempeño de la tutela, el cargo lo desempeñará el nombrado en primer lugar y, en su caso, los demás lo sustituirán en el orden que fueron nombrados.*
- *En el desempeño de la tutela deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puesta por el testador para la administración de la tutela, siempre que éstas no sean contrarias a las leyes, o que el Juez, oyendo al tutor y curador, determine que aquéllas son perjudiciales para el pupilo.*
- *Si el tutor testamentario se excusa para ejercer la tutela, pierde todo derecho a lo que el testador le hubiera dejado por ese concepto.*
- *Si, por cualquier causa, falta temporalmente el tutor testamentario, el Juez debe proveer al pupilo un tutor interino”.¹²⁹*

La tutela testamentaria no cambia en cuanto a su esencia, sino a su procedimiento y regulación.

2.3.2 TUTELA LEGÍTIMA

La SCJN indica que: *“Encuentra su origen en la ley, pues ante la falta de tutor testamentario, es aquella que se establece en quién debe recaer la tutela del incapaz.*

Al efecto, el legislador ha establecido distintas reglas, ya que la persona habrá de ejercer la tutela varía en atención a la calidad del sujeto que quedará sometido a ella; esto es, si se trata de un menor, de un mayor de edad incapaz o de un menor abandonado o expósito.

➤ **Tutela legítima de menores de edad**

A las personas que no han alcanzado la mayoría de edad, esto es, que no han cumplido dieciocho años de edad, se les designa un tutor legítimo.

- *Cuando no hay quien ejerza su patria potestad o tutor testamentario.*
- *Cuando se les daba nombrar un tutor por causa de divorcio”.¹³⁰*

¹²⁹ *Ibídem*, p. 63 y 66.

¹³⁰ *Ibídem*, p.67.

En estos supuestos, el cargo de tutor debe recaer en personas que, al efecto, plantea el CCDF en el siguiente artículo:

Artículo 483. La tutela legítima corresponde:

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

El juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden anterior atendiendo al interés superior del menor sujeto a tutela).

La SCJN manifiesta: “En el supuesto de que existan varios parientes del mismo grado en los que pueda recaer la tutela, la autoridad jurisdiccional debe determinar quién de ellos, por parecer más apto, puede fungir como tutor; ello salvo que el pupilo tenga dieciséis años cumplidos, pues en ese caso él mismo puede elegir a su tutor de entre los llamados a ejercer la tutela legítima.

➤ **Tutela legítima de los mayores incapaces**

La tutela de las personas que, a pesar de haber cumplido dieciocho años, no pueden gobernarse por sí mismas...”.¹³¹ Se sujeta, en términos generales, a los artículos del CCDF, los que se transcriben a continuación:

Artículo 486. La tutela del cónyuge declarado en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge.

Artículo 487. Los hijos mayores de edad son tutores legítimos de su padre o madre soltero.

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

Artículo 489. Los padres son de derecho tutores de sus hijos solteros, cuando estos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quien de los dos ejercerá el cargo.

¹³¹ *Ibídem*, pp. 68 y 69.

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

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

➤ **Tutela legítima de los menores abandonados o expósitos que han sido acogidos por alguna persona, o depositados en establecimiento de beneficencia.**

La SCJN señala: "... Se considera expósito a la persona menor de dieciocho años de edad cuyo origen se desconoce y se coloca en situación de desamparado en un hospital, casa particular o algún paraje público o privado por quienes conforme la ley están obligados a protegerlos- mientras que -se reputa abandonada la persona menor de dieciocho años de edad cuyo origen se conoce y respecto de quien, los que ejercen la patria potestad o tutela, dejaron de cumplir sus deberes; aceptando la posibilidad de que alguna institución pública o privada se haga cargo del mismo, de manera que la diferencia entre uno y otro estriba en que el origen del primero es desconocido, no así del segundo, de quien sí se sabe su procedencia.

Sin embargo, en ambos casos se trata de menores colocados en situación de desamparo por quienes, conforme a la ley, están obligados a su custodia, protección o cuidado, y es por ello que su tutela la pueden ejercer:

- ✓ Las personas que los acogen.
- ✓ Las responsables de las casas de asistencia, públicas o privadas, que los reciben".¹³²

Resultan aplicables, al respecto, los siguientes artículos del CCDF:

Artículo 492...En todos los casos, quien haya acogido a un menor, deberá dar aviso al ministerio público especializado dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, quien después de realizar las diligencias necesarias, en su caso, lo pondrá de inmediato bajo el cuidado y atención del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal. (Publicado el 18 de diciembre de 2014).

Artículo 493.- Los responsables de las casas de asistencia privada u organizaciones civiles previamente autorizadas, donde se reciban menores en situación de desamparo, desempeñaran la tutela de estos con arreglo a las leyes.

¹³² *Ibíd*em, pp. 73 y 74.

Tratándose de violencia familiar, solo tendrán los cuidados y atención de los menores en los mismos términos del párrafo anterior, hasta en tanto se defina la situación legal de estos.

La tutela legítima de igual manera que la testamentaria no difiere de la romana en cuanto a su esencia, pero sí en la regulación y la entrada de parientes por parte de la mujer, al cargo.

2.3.3 TUTELA DATIVA

La SCJN, describe: *“La tutela dativa es la que se establece por disposición judicial, y únicamente respecto de menores de edad. Tiene tres hipótesis primordiales a saber:*

- *Cuando no existe tutela testamentaria, ni persona a quien, conforme a la ley, le corresponde ejercer la tutela legítima, al ser aquellos dos tipos de tutela preferentes a la dativa, como se expone en la siguiente tesis aislada:*

PREFERENCIA DE LA TUTELA LEGÍTIMA

Si un agente del Ministerio Público solicita para unos menores una tutela dativa y en el curso de las diligencias aparece que existe persona determinada a quien corresponde la tutela legítima, en virtud de la preferencia de ésta, respecto de aquélla, el Juez, sin cambiar la cuestión que ante él se plantea y sin desvirtuar la causa legal del negocio, puede discernir el cargo de tutor a la persona a quien corresponda la tutela legítima, y de no obrar la autoridad apegada a esta tesis, violará las garantías constitucionales.

- *Cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente para ejercer su cargo y el pupilo no tiene hermanos o parientes colaterales, dentro del cuarto grado, que lo puedan desempeñar.*
- *Tratándose de tutela para asuntos judiciales de un menor de edad emancipado.*

Por regla general, corresponde al Juez de lo familiar designar al tutor dativo, debiendo elegir a éste de entre las personas que figuran en la lista que, al efecto, elabora el Consejo Local de Tutelas; sin embargo, si el menor que fungirá como pupilo tiene, por lo menos, dieciséis años, él puede designar a su tutor, hipótesis en la cual la referida autoridad jurisdiccional debe confirmar dicha designación, ello salvo que encuentre justa causa para no hacerlo.

Cabe señalar, que a los menores de edad que carecen de bienes, y que no se encuentran sujetos a patria potestad o tutela testamentaria o legítima, también se les nombrará tutor dativo.

*En este caso, la tutela tiene como objeto jurídico el cuidado de la persona del menor, a efecto que éste reciba la educación que corresponda a sus posibilidades económicas y aptitudes, y el cargo de tutor lo deben desempeñar, gratuitamente, las personas que, al efecto, se establecen en la ley”.*¹³³

Esta clase de tutela abre pauta a regular a los expósitos y abandonados, pues ellos carecen de parientes que puedan ejercer el cargo, pero que la ley ampara. Puntualizamos más este punto en el capítulo tercero.

2.3.4 TUTELA CAUTELAR O AUTODESIGNADA

Esta clase como ya lo hemos señalado antes, es nueva en nuestra legislación¹³⁴ y nace por la necesidad de salvaguardar y proteger a las personas que están en senectud, población que cada día va en aumento y se espera crezca.

De acuerdo con el Consejo Nacional de población (CONAPO), citado por Frías Leonardo: “hoy en día existen casi 12 millones de adultos mayores, 11 millones 669 mil 432 en 2014, de los que 46 por ciento eran hombres y 54 por ciento mujeres. Se estima que en la nación entre 2000 y el 2030 el segmento de 65 años y más se incrementará 334 por ciento, en contraste con el 15 a 64, que crecerá 45.5 por ciento”.¹³⁵

Debido a ello, se crea la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada el 25 de junio de 2002, García Villegas cita en su libro la exposición de motivos que a continuación se plasma:

¹³³ *Ibidem*, pp. 75 a 77.

¹³⁴ Mediante las reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de mayo de 2007. Se reforma el CCDF (artículos 461 y siguientes). Asimismo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (artículos 904 y 905), se reforma y se adiciona la Ley del Notariado, como el Código Financiero del Distrito Federal.

¹³⁵ Frías Leonardo, "Más de 600 millones de adultos mayores, revolución demográfica de la tercera edad; la cifra se duplicará en 2025", en Gaceta UNAM, p.6, México, jueves 27 de agosto de 2015, cita a Graciela Casas Torres, de la Escuela Nacional de Trabajo Social, UNAM.

“Los adultos mayores son un grupo vulnerable de la población que requiere la protección de las Instituciones del Estado y de la sociedad, porque enfrentan circunstancias como discapacidad, abandono, maltrato, violencia, indigencia, enfermedades degenerativas y crónicas, así como falta de recursos para vivir con dignidad.

Por lo anterior es que debemos responder a las necesidades de las personas adultas mayores y al mismo tiempo, reconsiderar el papel que, tanto las mujeres como los hombres de edad avanzada, desempeñan en nuestra sociedad. Las personas de edad avanzada ofrecen valiosos recursos y realizan una importante contribución a la estructura de nuestras sociedades...

Las políticas públicas relativas a la tercera edad deben desarrollarse en consonancia con los estándares y normas de derechos humanos, y deben de responder a los compromisos internacionales suscritos para promover el desarrollo social”.¹³⁶

La SCJN refiere: “Esta clase de tutela, a la que se le denomina también voluntaria, preventiva o cautelar, se constituye cuando el mayor de edad capaz designa a un tutor o tutores para el caso de que sea declarado incapaz, designación que excluye del ejercicio de la tutela a las personas que, de otra forma, le correspondería desempeñarla.

Por regla general, la designación del tutor debe hacerse ante notario, en escritura pública –que contenga las reglas a que debe sujetarse su desempeño-, y es revocable con la misma formalidad”.¹³⁷

Regulada así, en los artículos del CCDF que se señalan enseguida:

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

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

¹³⁶ García Villegas, Eduardo, *La tutela de propia incapacidad (voluntad anticipada, tutela cautelar, poder interdicho)*, 2ª edición, México, Porrúa, 2010, p. 122.

¹³⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 122, p. 81.

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

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

La tutela cautelar brinda una mejor protección a los adultos mayores, lo que da pauta a que ésta determine su “voluntad” y no se imponga, pues descarta la intervención de familiares en el cuidado, protección, administración y representación tanto de su persona como de sus bienes.

2.3.5 HIPÓTESIS ESPECIALES

Las cuales nacen dentro de la tutela dativa (porque la otorga el Juez), pero se llevan a cabo dependiendo de cada caso.¹³⁸

➤ TUTELA ESPECIAL

La SCJN, plantea: “En oposición a la tutela general, en cuyo desempeño el tutor desarrolla una actividad compleja que incluye no sólo la guarda de la persona del incapacitado sino también la administración de sus bienes y su representación, se constituye la tutela especial, que únicamente resulto procedente en los supuestos expresamente previstos por el legislador, y cuyo objeto es la representación del incapaz, representación que el tutor debe llevar a cabo con sujeción a las facultades que al efecto se le conceden”.¹³⁹ Misma que encuentra su fundamento legal en el CCDF que a la letra plantea:

¹³⁸ Encontramos en el libro que realiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tres tipos más de tutela, pero que en nuestra legislación ya se contemplan, por ejemplo: en el Estado de Baja California, la tutela pública, la cual recae en los menores expósitos y abandonados; en el Estado de Nuevo León, la tutela de administración, la cual recae exclusivamente en la guarda y custodia de los bienes del incapaz; en el Estado de San Luis Potosí, la tutela pactada, encargada de las personas con discapacidad.

¹³⁹ *Ibidem*, pp. 78

Artículo 457. Cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, mientras se decide el punto de oposición.

➤ **TUTELA INTERINA**

La SCJN, describe: “Como su nombre lo indica, ésta se caracteriza por su carácter temporal, pues se instituye cuando el tutor definitivo no puede desempeñar su cargo, o bien, cuando aquél aún no se designa o es removido de la tutela”.¹⁴⁰ Lo cual contempla el CCDF, en su:

Artículo 480. Si por un nombramiento condicional de tutor, o por algún otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor, conforme a las reglas generales sobre nombramiento de tutores.

Al igual que en el Derecho Romano, no pueden considerarse clases, sino hipótesis especiales, ya que se dan en casos específicos, mientras se resuelve alguna circunstancia jurídica imprevista.

2.4 EL TUTOR

Será aquella persona que cumpla con los requisitos exigidos por la ley para desempeñar el cargo, teniendo como finalidad la asistencia, cuidado, protección y representación del incapaz.

Rico Álvarez comenta que: “*el tutor debe de reunir tres características:*

- a. *En primer lugar, por regla general, es una sola persona. Excepcionalmente se permite que el cargo de tutor sea desempeñado por dos personas distintas, cuando así lo determine el Juez. (artículo 455 del CCDF).*
- b. *En segundo lugar, por regla general, el tutor es una persona física. Este principio también encuentra su excepción cuando se trata de la tutela únicamente de la persona incapaz y se reúnen los demás requisitos que establece el artículo 456 bis del CCDF.*

¹⁴⁰ *Ibídem*, pp. 79

- c. *En tercer lugar, el tutor debe estar legitimado. Esto significa que debe tratarse de una persona a la que la ley no le impida ser tutor en el caso concreto*".¹⁴¹

El tutor siempre será una pieza fundamental, en esta figura, pues su existencia cubrirá el objetivo deseado, por lo que debe cubrir ciertos requisitos que la ley exige.

2.4.1 REQUISITOS PARA EJERCER LA TUTELA

La SCJN, destaca: "El cargo de tutor puede únicamente recaer en personas que gocen con plena capacidad jurídica, que cuenten con conducta intachable y que, además, tengan como actividad ordinaria alguna que resulte compatible con el ejercicio de la tutela".¹⁴² Las personas morales también pueden ser tutores:

Artículo 475. "...podrán ser tutores testamentarios las personas morales sin fines de lucro y cuyo objeto primordial sea la protección y atención de las personas con discapacidad intelectual o mental".

Las diferencias con el Derecho Romano, si bien no son muchas, son específicas, las cuales se analizarán en el capítulo tercero, con más énfasis.

2.4.2 EXCUSAS E IMPEDIMENTOS

Las excusas e impedimentos que con mayor frecuencia se prevén, son las contenidas en el artículo 503 del CCDF, el cual se transcribe a continuación:

No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:

- I. *Los menores de edad;*
- II. *Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela;*
- III. *Los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;*
- IV. *Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo;*

¹⁴¹ Rico Álvarez, Fausto, *et al.*, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, México, Porrúa, 2007, pp. 328 y 329.

¹⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 122, pp. 45.

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

En términos generales, la SCJN señala que son tres las principales razones por las que una persona puede estar impedida para fungir como tutor o curador, a saber:

- “Carecer de plena capacidad jurídica
- Tener intereses opuestos a los de menor o incapaz
- Hacer patente, por su conducta o circunstancias personales, que no es apta para desempeñar adecuadamente la tutela”.¹⁴³

Las excusas¹⁴⁴ que marca el CCDF en el artículo 511, a saber:

Artículo 511. Pueden excusarse de ser tutores:

- I. *Los servidores públicos;*
- II. *Los militares en servicio activo;*
- III. *Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;*
- IV. *Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;*
- V. *Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;*
- VI. *Los que tengan sesenta años cumplidos;*
- VII. *Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;*

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 58 y 59.

¹⁴⁴ *Excusa*: debe entenderse como la causa señalada por la ley que dispensa a los tutores y curadores de la obligación de ejercer esos cargos.

VIII. *Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.*

La SCJN manifiesta: *“En todos los supuestos, el tutor, o en su caso el curador, debe proponer sus impedimentos o excusas dentro del término que fije la ley, pero si teniendo excusa legítima acepta el cargo, se entiende que renuncia a ella.*

Los impedimentos o excusas que el sujeto designado proponga deben ser calificados por la autoridad judicial, de modo que únicamente cuando ésta determina que aquéllos resultan suficientes para dispensarlo del ejercicio del cargo quedará libre de toda responsabilidad por no desempeñarlo; sin embargo, si fue designado vía testamento, al excusarse pierde el derecho a todo lo que el testador le haya dejado por ese concepto.

*Por el contrario, si los impedimentos o excusas son desechados por la autoridad judicial, el sujeto designado debe desempeñar la tutela, si no lo hace será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al pupilo por su negativa; además de que pierde el derecho a heredar al incapacitado que muera intestado, sin importar si fue llamado a desempeñar la tutela testamentaria o legítima”.*¹⁴⁵

En cuanto a las excusas, nuestra legislación prevé la protección meramente del incapaz, incorporando también parte de la regulación romana.

2.4.3 FUNCIONES Y OBLIGACIONES

A) Guarda de la persona del incapaz

La SCJN describe ampliamente: *“La guarda del incapaz implica, según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, su ‘posesión, vigilancia, protección y cuidado’. Ésta es la principal función que se atribuye al tutor, y su ejercicio lo obliga a no sólo a velar por la seguridad e integridad corporal del pupilo, sino también a alimentarlo y educarlo.*

Por lo que al deber de alimentar se refiere, el tutor debe asegurarse de que éste reciba los satisfactores necesarios para subsistir, esto es, de que se cubran necesidades de alimentación, vivienda, instrucción y asistencia médica.

De hecho, con relación a esta última, el tutor está obligado a destinar los recursos del incapacitado mayor de edad, preferentemente a la curación de sus enfermedades o a su regeneración; y, además, anualmente debe presentar al Juez de lo Familiar un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren del estado del incapaz.

Por otro lado, en materia de educación, el tutor tiene la obligación de educar convenientemente al pupilo, debiendo para esto, destinarlo a la carrera u oficio que éste elija y que sea acorde a sus

¹⁴⁵ *Ibíd*em pp. 60 y 61.

circunstancias, o bien, a aquella a la que quien tenía la patria potestad sobre el menor ya lo había dedicado.

Cabe señalar, que para que el tutor pueda cumplir con su obligación de educar al pupilo, se le otorga la facultad de corregirlo, sin que en modo alguno ello conlleve a que pueda infligirle al incapaz actos de fuerza que atenten contra su dignidad física o psíquica, pues como lo han declarado los tribunales de la Federación, la facultad de corregir mesuradamente al tutelado no implica hacer uso de la violencia física en su contra e inferirle una alteración en la salud, dado que su facultad 'debe interpretarse de manera congruente y sistemática con las diversas disposiciones normativas de carácter internacional, federal y local que tienden a preservar los derechos de los niños... lo cuales contienen entre otra prerrogativas, el respeto a su integridad, al ofrecerles una vida sin violencia.

Por tanto en materia de educación, la tutela impone ciertas obligaciones al tutor, y para que pueda cumplirlas, se le reconocen también algunos derechos, como se evidencia en los artículos 65 y 66 de la Ley General de Educación.

... Al efecto, cuando el tutor entre en el ejercicio de su cargo, el Juez fija, con audiencia de aquél, la cantidad que ha de invertirse en los alimentos y educación del incapaz, cantidad que tiene que ser suficiente para que nada le falte, según su condición y posibilidad económica.

Sin embargo, en el supuesto de que el pupilo carezca de los medios para cubrir los gastos que demanda su alimentación y educación, debe adoptarse, en su orden, las siguientes medidas:

- El tutor debe exigir judicialmente a las personas que tienen, respecto del incapaz, deber alimentario, que cubra dichos gastos.*
- Si el incapaz no tiene personas que, conforme a la ley, estén obligadas a darle alimentos, o si, teniéndolas, carecen de medios para cumplir su obligación, el tutor, siempre con autorización del Juez de lo Familiar –quien debe oír el parecer del curador y el Consejo de Tutelas- pondrá al tutelado en un establecimiento de beneficencia pública o privada, en donde pueda educarse y rehabilitarse.*
- Si lo anterior no es posible, el tutor procurará que los particulares le den al incapacitado un trabajo que sea compatible con su edad y circunstancias personales, a cambio de alimentarlo y educarlo.*
- En última instancia, esto es, a través de las medidas anteriores los incapacitados no pueden ser alimentados o educados, lo serán a costa de las rentas públicas.*

B) Administración de los bienes del pupilo

La facultad de disponer libremente de sus bienes se concede, por regla general, únicamente a las personas que gozan de plena capacidad jurídica, de lo que se deriva que los individuos sujetos a la tutela, que como ha quedado precisado tienen incapacidad natural y legal, no gozan de dicha prerrogativa.

Es por ello que al tutor corresponde la administración legal de los bienes del pupilo".¹⁴⁶

¹⁴⁶ *Ibídem*, pp. 96 a 101.

Como se establece en el artículo 537, fracción IV del CCDF, precepto que, en lo conducente, se transcribe a continuación:

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

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

La SCJN plasma: *“Se tiene así, que el incapaz puede administrar libremente los bienes que obtiene por su trabajo, pero la administración de todos aquéllos que adquiere por cualquier otro título le corresponde al tutor.*

Sin embargo, el que el tutor sea el administrador de dichos bienes no implica a que pueda disponer libremente de ellos, dado que la administración debe llevarse a cabo conforme ciertas reglas que limitan su actividad jurídica con el fin de evitar que éste lleve a cabo un mal manejo y administración en detrimento del patrimonio del incapaz o, dicho de otro modo, de que queden garantizados los intereses de los incapacitados.

Las disposiciones protectoras de los bienes del incapaz que suelen incluirse en la legislación tanto federal como local, son:

- ✓ *El tutor puede comenzar su administración en tanto no se nombre curador y, de hacerlo, además de ser separado de la tutela, deberá responder de los daños y perjuicios que, en su caso, cause al pupilo.*
- ✓ *Los recursos del incapacitado deben destinarse, preferentemente, a la curación de sus enfermedades o a su regeneración, si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes.*
- ✓ *El pupilo debe ser consultado sobre los actos importantes de la administración, siempre que sea mayor de dieciséis años y cuente con capacidad de discernimiento.*
- ✓ *El tutor debe, forzosamente, formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituye el patrimonio del incapacitado, y mientras éste no esté formado, la tutela debe limitarse a los actos de mera protección y conservación de los bienes del incapacitado.*
- ✓ *En el inventario, el tutor debe inscribir todos los bienes del pupilo y, en su caso, los créditos que tenga en contra de él, pues, de no hacerlo, pierde derecho a cobrarlos. Además, si ya formado el inventario, el pupilo adquiere más bienes, éstos deben ser inmediatamente incluidos en aquél.*
- ✓ *El tutor está obligado a admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado.*

- ✓ *El dinero que resulte sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de la tutela, el que proceda de las redenciones de capitales y el que se adquiriera de cualquier otro modo, debe ser invertido por el tutor, bajo su más estricta responsabilidad*
- ✓ *La venta de bienes raíces es nula si no hace judicialmente en subasta pública. Además, en la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el Juez puede dispensar la almoneda si así conviene a los bienes del pupilo.*
- ✓ *El tutor no está facultado para:*
 - *Vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado pertenecientes al incapacitado, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta.*
 - *Dar fianza a nombre del tutelado.*
 - *Comprar o arrendar los bienes del incapacitado, o celebrar contrato respecto de ellos, para sí o para sus parientes –ascendientes, cónyuge, hijo o hermanos-*
 - *Aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado.*
 - *Recibir rentas anticipadas por más de dos años.*
 - *Hacer donaciones a nombre del incapacitado.*
- ✓ *El tutor debe solicitar autorización judicial para todos aquellos actos en los que estén de por medio los bienes del incapaz, con el fin de que su patrimonio se aplique para su bienestar y evitar que una administración inadecuada dispendie los bienes en provecho del tutor o de terceros. Así el tutor necesita autorización judicial para:*
 - *Transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapacitado.*
 - *Realizar gastos extraordinarios, que no sean de conservación o de reparación.*
 - *Hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado.*
 - *Dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por más de cinco años.*
 - *Recibir dinero prestado en nombre del incapacitado.*
 - *Desistirse de un recurso que afecte directamente los derechos patrimoniales del menor o incapaz*
 - *Enajenar o gravar los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos.*

El tutor debe llevar a cabo su administración conforme a las reglas precisadas y, además, debe rendir cuentas de ella ante la autoridad judicial. Por lo que hace a esta última obligación del tutor, debe señalarse que no puede ser dispensada, ni aun por el mismo tutelado, siendo que las cuentas que al tutor ha de rendir de diversos tipos, a saber:

- *Ordinarias o periódicas. Por regla general, el tutor tiene la obligación de rendir a la autoridad judicial cuenta detallada de su administración en el mes de enero de cada año.*
- *Extraordinarias o especiales. Cuando el curador, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público o los propios incapaces lo soliciten y, a juicio de Juez, exista causa grave, el tutor tiene que rendir este tipo de cuentas, con independencia de las que, periódicamente, está obligado a presentar.*

- *Generales de administración. El tutor, al concluir su cargo, sea porque la tutela fenezca, o bien, por ser reemplazado, está obligado a rendir cuenta general de su administración en el plazo que disponga el legislador, y en tanto dicha cuenta no sea aprobada, no se cancelará la garantía que en su caso haya otorgado para asegurar su manejo.*

En los tres supuestos, las cuentas deben rendirse en el lugar en que se desempeña la tutela, y tiene que comprender no sólo las cantidades en numerario que haya recibido el tutor por producto de los bienes y la aplicación que les haya dado, sino, en general, todas las operaciones que haya practicado, debiendo de ir acompañadas de los documentos justificativos y de un balance del estado de los bienes.

C) Representación legal del pupilo

... las personas sujetas a tutela, a carecer de capacidad de ejercicio, tienen que ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por medio de sus representantes”.¹⁴⁷ Como se establece en artículo 23 del CCDF:

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

La SCJN advierte que “Al asumir el tutor la función protectora del niño o incapaz adquiere la responsabilidad de actuar en interés de él y, por ende, su representación, tanto en juicio como fuera de él, en todos los actos civiles, con excepción de aquellos que son estrictamente personales, como por ejemplo el matrimonio y el reconocimiento de hijos. Se tiene entonces que, al tutor le corresponde, por ejemplo:

- ✓ *Pedir el aseguramiento de los alimentos del pupilo a través de la acción correspondiente.*
- ✓ *Dar su consentimiento para que el pupilo menor de edad pueda ser reconocido.*
- ✓ *Consentir la adopción del pupilo.*
- ✓ *Dar su consentimiento para que el tutelado menor de edad pueda reconocer a un hijo o contraer matrimonio.*

Cabe señalar que si el pupilo ejecuta actos de administración respecto de sus bienes queridos por cualquier título distinto a su trabajo, o celebra contratos sin la autorización del tutor, tanto aquéllos como éstos serán nulos, y dicha nulidad puede ser alegada por el mismo incapacitado o por sus legítimos representantes”.¹⁴⁸

Sirve como fundamento legal el artículo 537 del CCDF, el cual señala lo siguiente:

Artículo 537. El tutor está obligado:

¹⁴⁷ *Ibídem*, pp. 102 a 108

¹⁴⁸ *Ibídem*, pp. 108 a 112.

- I. *A alimentar y educar al incapacitado;*
- II. *A destinar, de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación derivadas de estas o del consumo no terapéutico de sustancias ilícitas a que hace referencia la ley general de salud y las lícitas no destinadas a ese fin, que produzcan efectos psicotrópicos;*
- III. *A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad. El término para formar el inventario no podrá ser mayor de seis meses;*
- IV. *Administrar el caudal de los incapacitados. el pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años. La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor;*
- V. *A representar al incapacitado en juicio y fuera de el en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otros estrictamente personales;*
- VI. *A solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella.*

Esta función, es principalmente el motivo de su creación, pues se espera que una persona que cuenta con capacidad jurídica, tenga la disponibilidad de poner llevar a cabo todas sus aptitudes para poder representar a alguien que adolece de ello. Generando en aquélla la confianza de no correr ningún riesgo.

2.4.4 REMUNERACIÓN DEL TUTOR

La SCJN describe: "... el ejercicio de la tutela impone al tutor una serie de obligaciones, y por ello el legislador le reconoce el derecho a ser remunerado, derecho del que únicamente gozan los tutores generales, es decir, los que en el desempeño de la tutela desarrollan una actividad compleja que incluye no sólo la guarda de la persona del incapaz, sino también la administración de sus bienes.

La remuneración del tutor puede determinarse por el testador –en caso de la tutela testamentaria- o por el Juez de lo familiar –en el caso de la tutela legítima y dativa- pero en general, aquella no puede ser menor al cinco o mayor al diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes del incapacitado.

Sin embargo, en la legislación sustantiva civil y/o familiar, federal y local, suele contemplarse la hipótesis de que si los bienes del incapacitado tienen un aumento en sus productos, debido exclusivamente a la diligencia del tutor, éste tiene derecho a que se aumente su remuneración hasta un veinte por ciento de los productos líquidos”.¹⁴⁹ Esto conforme a lo dispuesto en el artículo 597 CCDF, el cual se cita enseguida:

Artículo 597. Deben abonarse al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente aunque los haya anticipado de su propio caudal, y aunque de ello no haya resultado utilidad a los menores y a los mayores de edad incapaces, si esto ha sido sin culpa del primero.

2.4.5 SUSPENSIÓN Y REMOCIÓN

A) Suspensión

La SCJN indica que: “Esta medida resulta procedente cuando el tutor es procesado por algún delito, supuesto en el que queda suspenso por el ejercicio de la tutela desde que se dicta auto de prisión y hasta que se pronuncia sentencia irrevocable, lapso en el cual debe designarse al pupilo un nuevo tutor conforme a la ley.

Sin embargo, en el supuesto de que el tutor sea absuelto volverá al ejercicio de su cargo, y si es condenado a una pena que no lleve consigo la inhabilitación para desempeñar la tutela, regresa a ejercerla al cumplir su condena, ellos siempre que la pena impuesta no exceda de un año de prisión.

B) Remoción

Iniciada la tutela, puede darse la separación del tutor, lo que implica su remoción”.¹⁵⁰ Ésta sólo resulta procedente cuando se actualiza alguna de las hipótesis previstas por el artículo 504 del CCDF, que a continuación se enuncian:

¹⁴⁹ *Ibídem*, pp. 115 a 119.

¹⁵⁰ *Ibídem*, pp. 120 y 121.

Artículo 504. Serán separados de la tutela:

- I. Los que sin haber caucionado su manejo conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela;*
- II. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado;*
- III. Los tutores que no exhiban los certificados médicos ni rindan sus informes y cuentas dentro de los términos fijados por los artículos 544 bis, 546 y 590;*
- IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad;*
- V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159;*
- VI. El tutor que permanezca ausente por más de tres meses, del lugar en que debe desempeñar la tutela; y*
- VII. El tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso, en contra de la persona sujeta a tutela.*

La SCJN señala que: “En todo caso, la separación, que puede ser promovida por el curador, el Ministerio Público y por los parientes del pupilo, únicamente puede decretarse previa tramitación de un juicio contradictorio en el que el tutor sea oído y vencido”.¹⁵¹ Como se ordena en el artículo 463 del CCDF el cual se indica a continuación:

Artículo 463. Los tutores y curadores no pueden ser removidos de su cargo sin que previamente hayan sido oídos y vencidos en juicio.

2.5 SUJETOS SOBRE LOS QUE SE EJERCE

Debe recaer sobre aquel individuo que carezca de incapacidad natural y legal que imposibilite su participación en la vida diaria y por ende necesite ser representado para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

✓ MENORES DE EDAD

La SCJN manifiesta: “En este caso, se considera que se trata de sujetos que, por su corta edad, no cuentan con plena madurez mental y que, en consecuencia, no pueden disponer libremente de su persona y de sus bienes.

¹⁵¹ *Ibídem*, p. 122.

Tienen ese carácter, las personas que no han alcanzado la mayor edad¹⁵², es decir, que no han cumplido dieciocho años. Sin embargo, para que los menores de edad puedan estar sujetos a tutela es necesario que:

- No se encuentren sujetos a patria potestad.
- No se hayan emancipado”.¹⁵³

✓ **INCAPACES MAYORES DE EDAD**

La SCJN apunta a que: “Por regla general, la mayoría de edad trae consigo la capacidad de ejercicio, lo que implica que, normalmente una persona puede disponer de su persona y de sus bienes a partir de los dieciocho años”.¹⁵⁴ Así lo concibe el CCDF:

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

Asimismo la SCJN, describe que: “Existen personas que, a pesar de haber alcanzado la mayoría de edad, por circunstancias o condiciones personales, están impedidas para actuar conscientemente o para manifestar su voluntad por algún medio, por lo que pueden tener el carácter de sujetos pasivos de la tutela”.¹⁵⁵ Figura que en nuestro derecho se le concibe como Interdicción¹⁵⁶.

Por lo tanto para que un mayor de edad pueda ser tutelado es indispensable que declare judicialmente su incapacidad. Y esto lo va a realizar mediante una

¹⁵² Sirve como fundamento legal el artículo 646 del CCDF

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 38 a 41

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 42.

¹⁵⁵ *Ídem*.

¹⁵⁶ *Interdicción*: estado de incapacidad para obrar, que es declarado por el Juez de lo Familiar, respecto de aquellas personas mayores de edad, que no pueden gobernarse de por sí mismas, por estar disminuidas o perturbadas en su inteligencia, o limitadas físicamente para externar su voluntad.

demanda de interdicción, siguiendo las reglas que marca el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

✓ **ADULTOS MAYORES**

Con la inclusión de la tutela cautelar, los adultos mayores pueden solicitar un tutor, pues aunque no carecen de capacidad jurídica, previenen razonablemente que pueden estarlo. En la Ley de los Derechos de las Personas Mayores nos señala quiénes son adultos mayores.

Artículo 3º. "Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

I. Personas adultas mayores. Aquellas que cuenten con sesenta años o más de edad y que se encuentren domiciliadas o en tránsito en el territorio nacional...".

2.6 ÓRGANOS DE LA TUTELA

Para que pueda llevarse a cabo de manera eficiente la tutela hay distintos sujetos que intervienen, a los que se les conoce como órganos de la tutela, De acuerdo al artículo 454 del CCDF, estos sujetos son:

Artículo 454. "... el tutor o tutores con intervención del curador, del Juez de lo Familiar, del Consejo Local de Tutelas y del Ministerio Público".

▪ **TUTOR**

Persona con capacidad jurídica que se encargará principalmente del cuidado, protección, alimentación, educación, administración y representación del pupilo o incapaz (véase tema 2.4).

▪ **CURADOR**

García Villegas, indica que: "Es la persona nombrada, que tiene como misión principal vigilar la conducta del tutor y defender los derechos del incapacitado, no

sujeto a patria potestad".¹⁵⁷ Las obligaciones que habitualmente se atribuyen al curador son las establecidas en el artículo 626 del CCDF a letra destaca:

El curador está obligado:

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

Sirve de apoyo la siguiente tesis aislada:

INCAPACES. CUANDO SUS DERECHOS SE OPONGAN A LOS INTERESES DEL TUTOR, O A LOS DE OTROS INCAPACITADOS QUE TAMBIÉN ESTÉN BAJO LA GUARDA DE ÉSTE, LA AUTORIDAD JUDICIAL DEBE NOMBRAR DENTRO DE JUICIO UN CURADOR (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO).

De conformidad con el artículo 502 del Código Civil de la entidad, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos. Asimismo, la tutela puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales señalados en la ley y en ella se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados y sus bienes. Por otro lado, de acuerdo con los diversos numerales 670, 672, 677 y 678 del mismo ordenamiento legal, todas las personas sujetas a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, deben tener un curador, con excepción de aquellos casos en los cuales se trate de menores expósitos o abandonados quienes quedan bajo la tutela del procurador o procuradores auxiliares en materia de asistencia social y de aquellos en los cuales los menores de edad no están sujetos a patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima, pues en estos casos, se les nombrará un tutor dativo quien cuidará de su persona para recibir educación conforme a su posibilidad económica y sus aptitudes. Así, cuando los derechos de los incapacitados se opongan a los intereses del tutor, o a los de otros incapaces bajo la guarda del mismo tutor, la autoridad judicial debe nombrar dentro del juicio un curador, puesto que su función radica en vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento de la autoridad judicial todo aquello que considere pueda ser dañoso al incapacitado.¹⁵⁸

¹⁵⁷ García Villegas, Eduardo, *op. cit.*, nota 136, p.139

¹⁵⁸ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t.XXVI, p. 1739, Reg. IUS. 170732

La SCJN, advierte que: “El cargo de curador subsiste el tiempo que dure la tutela, de modo que, aun cuando el tutor sea reemplazado, el curador puede continuar en su cargo, aunque, en todo caso, se le reconoce el derecho de a ser relevado, una vez transcurrido el tiempo que al efecto disponga la ley”.¹⁵⁹

▪ **CONSEJO DE TUTELAS**

Órgano de vigilancia e información al que, en términos generales, se le atribuye las obligaciones precisadas en el artículo 632 del CCDF, cuyo contenido es:

“El Consejo Local de Tutelas es un órgano de vigilancia y de información, que además de las funciones que expresamente le asignen varios de los artículos que preceden, tiene las obligaciones siguientes:

- I. Formar y remitir a los jueces de lo familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al juez;*
- II. Velar porque los tutores cumplan sus deberes, especialmente en lo que se refiere a la educación y asistencia; dando aviso al juez de lo familiar de las faltas u omisiones que notare;*
- III. Avisar al juez de lo familiar cuando tenga conocimiento de que los bienes de un incapacitado están en peligro, a fin de que dicte las medidas correspondientes;*
- IV. Investigar y poner en conocimiento del juez de lo familiar que incapacitados carecen de tutor, con el objeto de que se hagan los respectivos nombramientos;*
- V. Cuidar con especialidad de que los tutores cumplan la obligación que les impone la fracción II del artículo 537;*
- VI. Vigilar el registro de tutelas, a fin de que sea llevado en debida forma.*

▪ **JUEZ DE LO FAMILIAR**

García Villegas, comenta que: “Los jueces de lo familiar son los encargados de declarar el estado de incapacidad mediante el juicio de interdicción, y de nombrar y discernir el cargo de tutor a quien corresponda por testamento o ley. Los jueces ejercerán sobrevigilancia, respecto del correcto cumplimiento de los deberes del tutor, para lo cual deben dictar las medidas convenientes para el cuidado de las

¹⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 122, p. 49.

personas y los bienes de los incapacitados, exigir que se den las garantías y autorizar en su caso, la venta o hipoteca de los bienes de los mismos. De conformidad con a la ley mientras que se nombra tutor, el juez de lo familiar debe dictar las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus intereses”.¹⁶⁰

▪ **MINISTERIO PÚBLICO**

Bustos Rodríguez, resalta que es: “Institución Pública encargada de vigilar y proteger el derecho de los ausentes e incapaces que carecen de representante legal en los procedimientos sucesorios y de la beneficencia pública hasta en tanto se hace la declaratoria de herederos”.¹⁶¹ Supuesto previsto en el artículo 779 del CPCDF:

Artículo 779. En los juicios sucesorios el ministerio publico representara a los herederos ausentes mientras no se presenten o no acrediten su representante legítimo, a los menores o incapacitados que no tengan representantes legítimos, y al sistema para el desarrollo integral de la familia del distrito federal cuando no haya herederos legítimos dentro del grado de ley y mientras no se haga reconocimiento o declaración de herederos.

2.7 EXTINCIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS

La SCJN indica que: “La extinción de la tutela implica la total conclusión de su ejercicio, de manera que no sólo concluye el cargo del tutor, sino la institución, en sí, debido a que, por determinadas circunstancias, deja de ser necesaria. Las causas que la generan se encuentran expresamente previstas en la ley, y las que de manera uniforme se reconocen en ella, son:

- *La muerte del incapaz. Se trata ésta de una causa natural de terminación de la tutela, pues es evidente que en el momento en que muere el menor o incapaz sujeto a ella la tutela se extingue.*
- *La desaparición del pupilo. Un presupuesto indispensable para que la tutela se configure es que exista una persona incapaz sobre quien se ejerza.*

¹⁶⁰ García Villegas, Eduardo, *op. cit.*, nota 143, p.141.

¹⁶¹ Bustos Rodríguez, María, *et al.*, *Diccionario de Derecho Civil*, México, Oxford, 2006, p.69

Es por ello, que en el momento que el pupilo adquiriera capacidad de ejercicio, sea por alcanzar la mayoría de edad, por emanciparse o bien, por declararse la terminación de su estado de interdicción, la tutela cesa.

Lo anterior en virtud de que la finalidad de la tutela es el resguardo de la persona y de los intereses de los menores o incapaces y, en consecuencia, cuando éstos adquirieren o recobran la facultad de autogobernarse, la tutela pierde sentido.

... en el supuesto de que una vez instituida la tutela el menor de edad entre a patria potestad, al ser reconocido por sus padres, o bien, al ser adoptado, aquélla concluye, para darle lugar a ésta.

Ahora bien, la terminación de la tutela conlleva a que el tutor tenga que rendir cuenta general de su administración y, además, a que deba entregar los bienes del pupilo, debiendo señalarse que el tutor está obligado a devolver todos los bienes y documentos del incapacitado durante el mes siguiente a la terminación de la tutela, debiendo la entrega hacerse a:

- ✓ El pupilo, cuando éste adquiriera la mayoría de edad, o bien, cuando recobra su capacidad jurídica.*
- ✓ Quienes sobre el menor ejercerán la patria potestad.*
- ✓ Los herederos de la persona que estuvo sujeto a patria potestad.*

Finalmente, recibidos los bienes y rendida la cuenta, los incapaces tienen, durante los cuatro años posteriores, acción para reclamar contra el tutor, por hechos relativos a la administración de la tutela".¹⁶²

¹⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, nota 122, pp. 124 a 127.

CAPÍTULO TERCERO

TRASCENDENCIA, RETROCESO O ESTANCAMIENTO DE LA TUTELA DESDE EL DERECHO ROMANO CLÁSICO HASTA EL DERECHO POSITIVO EN EL DISTRITO FEDERAL

Hemos mencionado que nuestra legislación emana del Derecho Romano, debido a ello se han adoptado diversas figuras jurídicas que a su vez, se han ido modificando por los diversos acontecimientos y necesidades de los habitantes de cada región, siendo menester proteger a los menores de edad y mayores incapaces, al carecer de autodeterminación.

Por lo que este capítulo se enfatizará a comparar la regulación tanto en Roma como en nuestro Derecho Positivo Mexicano, destacando su trascendencia, estancamiento o retroceso, sirviendo como referencia la normatividad del Distrito Federal.

3.1 EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE LA TUTELA

| Definición en el Derecho Romano | Definición en el Derecho Contemporáneo (SCJN) |
|--|---|
| <i>“La tutela es, una autoridad y un poder que el derecho civil confiere sobre un individuo libre con el fin de protegerlo en la impotencia en que se encuentra de hacerlo él mismo a causa de su edad o por razón de sexo”.</i> | <i>“La tutela es, la institución jurídica a través de la cual una persona jurídicamente capaz brinda asistencia, cuidado, protección y representación a otra que, no estando sujeta a patria potestad, carece de capacidad de ejercicio”.</i> |

Un punto trascendental en el concepto de tutela, desde el Derecho Romano hasta nuestros días, es que: ya se plantea como una institución jurídica, esto es, se encuentra regulada en un orden normativo por ser consecuencia de naturaleza social. Institución que es vista ya como un derecho humano de toda persona. Y no

es que en Roma no se regulara, sino que sus normas daban pauta a que esta necesidad social fuera de ánimo lucrativo y no de protección, que es la finalidad de crear la figura.

Además, los romanos consideraban que tanto el incapaz como el tutor debían ser considerados personas libres, es decir, *sui iuris*. Características que no puede tener ninguno hoy en día, puesto que en México quedó abolida la esclavitud, así lo describe el artículo 1º Constitucional:

Artículo 1º... está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzaran, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

El objetivo en los dos conceptos es el mismo, buscar la protección del incapaz que no puede hacerlo por sí mismo. Nuestra normatividad incorpora dentro de esta protección: asistencia, administración, cuidado y representación.

Las personas que podían ser tuteladas en Roma, eran únicamente las mujeres y los impúberes, no así en la actualidad, pues el CCDF en su artículo 450, señala quiénes son considerados incapaces natural y legalmente. Además de que las mujeres se encuentran en igualdad de derechos y obligaciones, ante el varón y terceros.

Artículo 450 CCDF. Tiene incapacidad natural y legal:

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

Artículo 4º CPEUM. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia...

Aunado a ello, los romanos tenían dividido quiénes debían asistirse de curador y quiénes de tutor, división que es inusual, teniendo en cuenta que nuestro derecho

colige a todos los incapaces para que sean representados exclusivamente por un tutor y el curador será quién supervise el trabajo de aquel.

Retomando ambas definiciones, nos atrevemos a plasmar nuestro propio concepto:

“La tutela es, la institución jurídica a través de la cual, el derecho civil confiere a una persona jurídicamente capaz, las facultades de: autoridad y corrección, con la finalidad de brindar asistencia, cuidado, protección y representación, ya sea de su persona y bienes, o solamente de los bienes; a otra que, no estando sujeta a patria potestad carece de capacidad de ejercicio”.

De lo anterior, rescatamos la palabra autoridad y corrección, para atraerlas al derecho vigente, porque a nuestro parecer el actual concepto, sin bien nos dice que deberá ejercer el cargo una persona capaz, se olvida de puntualizar cómo es que podrá cumplir sus objetivos. Y aunque podría decirse que la legislación civil prevé dentro de sus artículos lo anterior, lo cierto es que sólo hace mención a las funciones que debe ejercer el tutor, más no la manera de hacerlo, y ello sólo lo puede lograr mediante su autoridad y corrección. Entendiéndose, como las facultades que tendrá el tutor para poder imponerse de algún acto perjudicial que quisiera realizar el incapaz, no como un “inquisidor”, sino como el “protector”, sin que en modo alguno, ello conlleve a que pueda infligirle al incapaz, actos de fuerza que atenten contra su dignidad física o psíquica.

3.2 CARACTERÍSTICAS TRASCENDENTALES DE LA TUTELA

De acuerdo a los capítulos anteriores, elaboramos una tabla, donde comparamos las características de la tutela tanto en el Derecho Romano como en el Derecho Contemporáneo del DF, describiendo más adelante sus diferencias y similitudes, además de analizar si constituye un avance, retroceso o estancamiento.

| Características en el Derecho Romano | Características en el Derecho Contemporáneo |
|---|--|
| ✓ Se encuentra en un orden normativo, la Ley de las XII Tablas. | ✓ Se encuentra en un orden normativo, en la legislación civil de todos los Estados. |
| ✓ Pertenece al derecho de gentes. | ✓ Pertenece al derecho público. |
| ✓ Se constituye como parte del Derecho Familiar. | ✓ Se constituye como parte del Derecho Familiar. |
| ✓ De orden público, interesa que toda persona sea resguardada. | ✓ De orden público porque interesa y debe ser regulado por el Estado. |
| ✓ Recae en un varón jurídicamente capaz (siendo la mayoría grandes amigos de la familia y con gran patrimonio). | ✓ Recae en una persona jurídicamente capaz de sexo indistinto (siendo la mayoría parientes próximos al incapaz). |
| ✓ Se ejerce sobre menores de edad y mujeres cualquiera que fuera su edad. | ✓ Se ejerce sobre personas que carecen de capacidad jurídica y no sujetos a patria potestad. |
| ✓ Puede existir pluralidad de tutores, pero todos son deudores solidarios en caso de deber al incapaz. | ✓ Es personalísima, a menos que se encuentre en el supuesto del artículo 455 del CCDF. |
| ✓ Cargo remunerado (lo que el magistrado señale). | ✓ Cargo remunerado (no debe bajar del 5% ni exceder del 10% de rentas líquidas). |
| ✓ Temporal para los menores de edad y permanente para las mujeres. | ✓ Temporal tanto para los q se encuentran en estado de interdicción como para los menores de edad |
| ✓ La finalidad es la de proteger al pupilo y los bienes de éste, y en su caso acrecentarlos. | ✓ La finalidad es asistencia, cuidado, protección y representación hacia el incapaz. |

- **Regulación y reconocimiento**

Ha constituido un avance en nuestra la normatividad, regular la figura de la tutela en cada Estado de la República Mexicana. Destacando entre ellos por su avance, el Estado de Hidalgo, que dentro de su legislación civil, deroga todos sus artículos para trasladarlos al Título Noveno de la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo (LFEH)¹⁶³. Normatividad que fue a la par con la reforma de fecha 15 de mayo de 2007, al CCDF, pues ambas introdujeron la llamada tutela cautelar o voluntaria.

Aunque el CCDF se ha quedado estancado, al no insertar un apartado que regule a los adultos mayores, como si lo hace LFEH, en su Título Séptimo, Capítulo IV.

Artículo 202 Bis. Las personas y las instituciones de asistencia pública del estado libre y soberano de Hidalgo que tengan bajo su cuidado y protección a un adulto mayor tienen el deber de otorgarles todos los medios para su subsistencia y protección. Dicha facultad no implica infligir actos que atenten contra su integridad y dignidad.

Se concede acción popular para denunciar los malos tratos a los adultos mayores, pudiendo ser de manera anónima para su investigación oficiosa, dando vista de manera inmediata al ministerio público para su intervención.

Artículo 202 Ter. Los responsables de las instituciones de asistencia social pública o a través de los directores o encargados de los centros asistenciales, en donde se reciban a adultos mayores, desempeñaran la tutela de estos, cuando así sea necesario y no tengan quien los represente, con arreglo a las leyes. En este caso no es necesario el discernimiento del cargo.

Asimismo, se han estancado varias entidades de la República (más de la mitad), puesto que no regulan la llamada tutela cautelar, voluntaria o autodesignada. La legislación federal civil, también ha omitido modificar esta parte. Siendo ya un hecho posible en las entidades de: Morelos, Coahuila, Chihuahua, San Luis Potosí, Durango, Nuevo León, Hidalgo, Estado de México, Sonora, Nayarit, Guanajuato, Baja California Sur y Zacatecas.

¹⁶³ Ley que entra en vigor el 8 de junio de 2007, misma que ha nuestro parecer regula mejor la figura a estudio.

- **Interés público**

Como lo hemos mencionado, este cargo nace de la solidaridad y la subsistencia del ser humano, por ello, nos atañe a todos proteger a aquellos que no pueden valerse por sí mismos.

Actualmente podemos decir que esta esencia no ha cambiado, pero la normatividad no es acorde a nuestra realidad actual o no se cumple con ella, porque ¿Cuántos de nosotros sabemos de algún adulto mayor que está siendo maltratado? ¿Cuántos de nosotros hemos visto a niños (aproximadamente entre 4 y 10 años) trabajando en horarios muy excesivos sin derecho a su recreación, educación, alimentación y descanso? Según los índices de población la gente en situación de calle es elevada (incluyendo niños, jóvenes y adultos).

“En la Ciudad de México, 4 mil 14 personas viven en situación de calle. Dos de cada tres consumen algún tipo de droga, principalmente alcohol y solventes, pero su estado los hace más vulnerables, porque están expuestos a gran cantidad de peligros, afirmó el titular de la Secretaría de Desarrollo Social, Jesús Valdés Peña... a pesar de que ese sector de la población está expuesto a peligros de manera continua se niega a estar en albergues, a los cuales acuden durante la temporada de frío o por comida, pues la calle es su hogar... 20 por ciento de los 4 mil 14 cuentan con primaria completa y 18 por ciento inconclusa, dieciséis por ciento tienen la secundaria terminada y 10 por ciento no la concluyeron, 5 por ciento cuentan con estudios medios superiores completos y 4 por ciento inconclusos. Además, agregó, uno por ciento tienen educación superior completa y 2 por ciento inconclusa. Sin embargo, 24 por ciento no cuentan con ningún grado escolar, destacó el funcionario, quien comentó que mil 540 de ellas son originarias del Distrito Federal, 392 del Estado de México, 347 de Veracruz, 269 de Puebla, 206 de Oaxaca, 197 de Chiapas, 139 de Hidalgo, 135 de Michoacán y 110 de Guerrero. Los 679 restantes provienen de otras entidades e incluso del extranjero”.¹⁶⁴

Es decir, que ya existe una problemática en este sector de la población, la cual está desprotegida y vulnerable a cualquier abuso, y el índice va en aumento. Y en este sentido las leyes se encuentran totalmente estancadas, porque no se ha tenido la intención de reducir este grupo, solamente queda en el "deber ser" y no

¹⁶⁴ Periódico “La Jornada”, <http://www.jornada.unam.mx/2012/03/20/capital/033n1cap>, consultado el 25 de noviembre de 2015 a las 14:02 hrs.

en "hacer" y "ser". Y puede interpretarse que el legislador sólo se preocupa por aquellas personas que sí tienen patrimonio y las que no, se ven desamparadas y segregadas de la sociedad.

En cambio en la época romana, se crearon leyes más estrictas para proteger a los incapaces de los abusos generados hacia sus bienes y de alguna manera tener cierto control sobre la población, pues se entendía imperativamente, que no podían eximirse así como así del cargo. Hasta para dejar libre a un esclavo se debía cumplir ciertas formalidades.

- **Inclusión de la mujer**

Este punto, lo encontramos totalmente trascendental, debido a que la mujer para los romanos era una persona frágil y débil, por lo que no tenía responsabilidades, por ende no podía ser tutora y era considerada incapaz. Aunque en la época de la República, la mujer adquiere más libertades, no termina de excluirse de diversos asuntos. Mientras que en nuestro derecho vigente, se hizo inclusión de la mujer sin ninguna restricción, desaparece el sometimiento de ésta hacia el varón, debido a la inserción social no sólo en el ámbito local, sino también nacional e internacional. Otorgándole no sólo el derecho de poder nombrar tutor o ser tutora, sino un abanico de derechos¹⁶⁵. Ejemplo de ello fue el derecho al sufragio en el año 1953 y acudiendo por primera vez a las urnas en el año de 1955¹⁶⁶.

Refiriendo mismos derechos y obligaciones tanto para el hombre como para la mujer. Por lo que hace de este punto importantísimo y trascendental para nuestro derecho.

¹⁶⁵ El artículo 1º Constitucional, contempla la igualdad entre hombres y mujeres, así como la prohibición a la discriminación por motivos de género. El 2 de agosto de 2006, se publica en el Diario Oficial de la Federación, la Ley General para la igualdad entre mujeres y hombres.

¹⁶⁶ Secretaría de Educación Pública, http://www.sep.gob.mx/es/sep1/3_de_julio#.VdzPELUtLhk, consultado el 25 de agosto de 2015 a las 15:28 hrs.

- **Personalísima**

En la época romana, la persona que tenía el cargo de tutor podía solamente delegar dicha encomienda vía sucesoria, por ejemplo: en la “tutela fiduciaria”, el *paterfamilias* entregaba a su hijo como garantía para cubrir una deuda, con la promesa de que al saldar el adeudo regresaría al seno familiar, pero si aquél acreedor moría, en sus descendientes recaía el cargo en los mismos términos.

Situación que es contraria al derecho que nos rige, pues se considera un acto personalísimo, esto es, solamente el que fue nombrado tutor es quien deberá ejercer el cargo, mismo que no puede cederse por vía sucesoria. Además, el artículo 455 del CCDF establece que no puede existir pluralidad de tutores a menos de que exista causa justificada. Por ejemplo: que los bienes del incapaz estén en diversos lugares y sea difícil estar al pendiente de todos los negocios patrimoniales del pupilo (este último ejemplo, sí se encontraba regulado en Roma, ya que existía la pluralidad de tutores, mismos que debían responder solidariamente por el detrimento en el peculio del incapaz).

Pero el hecho de que sea personalísima, demuestra seguridad tanto a quien nombra tutor, como en quien recae dicha tutela, ya que la persona a la cual se elige, se supone cumple con los requisitos que establecen las leyes y moralmente es, en quien se confía. No así, en sus sucesores. Por lo que consideramos es una trascendencia en nuestra legislación.

- **Temporalidad**

Una similitud, la constituye la temporalidad, debido a que los romanos respecto del menor de edad, que al emanciparse o adquirir la mayoría de edad se convierte en un *sui iuris*, no requiere de un tutor. Lo mismo pasa en nuestro derecho, con la salvedad de que aquí no existe la división entre los *sui iuris* y *alieni iuris*, y la mayoría de edad se ejerce a los 18 años.

Respecto de la mujer quién estaba sometida a la tutela perpetua en la época romana. No es aplicado en nuestra normatividad, por la igualdad entre ambos sexos.

Excepcionalmente, cuando se trata de personas que padecen de discapacidad física de por vida o temporal, fijado ya un grado de limitación a la capacidad de ejercicio, podrá tener un tutor hasta la muerte, o en los lapsos de interdicción; pues por su misma naturaleza no es viable que pueda estar en aptitud de tomar decisiones respecto de su patrimonio y su persona (el juez con ayuda de los expertos en medicina determinará qué actos podrá realizar, su extensión y limitación); de acuerdo a lo señalado, existe la posibilidad de poder ser relevado de dicha encomienda. Así lo establece el CCDF en su:

Artículo 466. El cargo de tutor respecto de las personas comprendidas en los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450 durará el tiempo que subsista la interdicción cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge tendrá obligaciones de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trata tienen derecho de que se les releve de ella a los diez años de ejercerla.

Aunque como expresa Carlos Rendón: “La ley es omisa con respecto a la duración del cargo de tutor cuando su desempeño le corresponda a un colateral, pues el artículo citado anteriormente (*sic*) nos habla únicamente de ascendientes, descendientes, cónyuge y extraños. Los colaterales son otra categoría no recogida por la ley, aunque sí son mencionados como obligados a desempeñar la tutela de sus parientes mayores incapacitados”.¹⁶⁷

- **Remuneración**

A diferencia del Derecho Romano, en donde el magistrado determinaba la remuneración a su arbitrio, el CCDF (artículos 585 y 586) sí prevé que porcentaje debe ser remunerado, el cual no debe bajar del 5% ni exceder del 10% de las

¹⁶⁷ Rendón Ugalde, Carlos, *op. cit.*, nota 19, pp. 36 y 37

rentas líquidas de los bienes; de existir pluralidad de tutores, la cantidad final deberá repartirse equitativamente. Lo cual es trascendente en la legislación.

- **Exoneración**

A través de los periodos romanos, el tutor tiene ciertas complicaciones, ya que se le pedían cuentas de todo lo que hacía y de no estar satisfecho con el desempeño de su encargo, el propio pupilo tenía acciones contra éste, por lo que mejor decidía abdicar la tutela o cederla. Lo que trajo como consecuencia desaparecer las dos acciones anteriores y en caso de no poder ejercer la tutela, tener una buena justificación.

Ahora bien, nuestras normas al parecer caen en la misma tesitura, pues con el ideal quizás utópico, de preservar a la familia y a cada integrante que la compone, brindándole los medios suficientes para su sano desarrollo; es que la persona que sea nombrada no puede eximirse del cargo, de hacerlo, deberá responder por los daños y perjuicios que genere al incapaz. (Artículos 452 y 453 del CCDF)

Punto que encontramos a nuestro parecer, incongruente porque vulnera los derechos de la persona en que recaiga esa responsabilidad, debido a que existe la posibilidad de que al exponer los impedimentos o excusas, el Juez deseche las mismas y no exima a la persona. No así, al mismo Estado, quien está obligado a velar por las personas que carecen de los medios económicos para su desarrollo e integración a la sociedad por su incapacidad. Pues según lo dispuesto por los artículos 543 a 545 del CCDF, si los incapaces (menores o mayores de edad) carecen de los medios para su subsistencia y desarrollo, primero se les pedirá que sean cubiertos por los parientes que tienen la obligación de hacerlo; sino se pedirá que los particulares suministren trabajo a los mismos, con obligación de alimentarlo y educarlo, ya en último instancia de las rentas públicas del Distrito Federal.

Lo anterior, no es algo que realmente se cumpla, pues como lo hemos señalado, este sector está creciendo a pasos agigantados¹⁶⁸, hay muchísima gente en situación de calle, y el legislador exime a las autoridades hasta última instancia, siendo que es un deber primordial del Estado, garantizar alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, teniendo énfasis por los menores de edad, bajo el principio de interés superior del menor (artículo 4° CPEUM).

Por lo que creemos necesario cubrir esa laguna de la ley, e incluir como causa para eximirse del cargo, el demostrar que se beneficiaría más al no tener esa responsabilidad, que tenerla. Ya que en caso de ponderarse derechos como el de la libertad para desarrollarse profesionalmente y el número de hijos que se desea tener (en caso del candidato a tutor) y, el de un incapaz que tiene derecho a la alimentación, salud y educación; no se podrá saber qué derecho es el más importante. Por lo que al existir exoneración en la tutela testamentaria o legítima, entra en juego la dativa y el incapaz no queda desprotegido.

- **Remoción**

En el Derecho Romano, los pupilos tenían la libertad de acudir con el magistrado y comentarle los inconvenientes del tutor o sus malas gestorías, o bien, cualquier persona que supiera de ello podía acudir y presentar su “queja”, ya el magistrado valoraría si removerlo o no. Asimismo se le otorgó al pupilo ciertas acciones para garantizar su protección tanto personal como económica.

Nuestro derecho es similar, dando pauta al incapaz y a los órganos encargados de vigilancia de poder ejercer acciones para su remoción. Y las causas son básicamente las mismas aunque es de destacar las que anexa la legislación actual, por ejemplo: los tutores deben exhibir el certificado médico en el mes de enero de cada año (en caso del incapaz en estado de interdicción), así como la rendición de cuentas (independientemente de cuándo haya asumido el cargo), de no hacerlo será removido de su encomienda.

¹⁶⁸ Véase nota a pie de página número 164.

Otro ejemplo: (art. 159 CCDF) "...*el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que tenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela*". Lo cual consideramos correcto, pero debe actualizarse este supuesto, ya que en cuanto sean verificadas y concedidas la rendición de cuentas, quien debe considerar esa dispensa es el Jefe Delegacional del domicilio del incapaz (o antigua incapaz), ya que el Distrito Federal se compone de dieciséis Delegaciones Territoriales y no de Municipios.

También es destacar que: el tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso, en contra de la persona sujeta a tutela será removido. Algo realmente novedoso, puesto que en Roma el *paterfamilias* tenía todo el poder de corrección para el menor, y ese poder se confería al tutor (a excepción de quitarle la vida), es decir, podía en un momento determinado ejercer violencia sin ser sancionado y removido del cargo. En cambio, nuestro derecho trasciende a tal grado que los derechos humanos se incluyen en nuestra Carta Magna¹⁶⁹, y el interés superior del menor queda plasmado tanto en el CCDF como en tratados internacionales.

- **Interés del incapaz**

El interés del incapaz, es contrapuesto al Derecho Romano preclásico, debido a que se entendía como la protección al patrimonio de toda la *domus* y no como la protección al incapaz. Con el tiempo se introduce más esta última idea, ya que existen ciertos beneficios para ambas partes. Asimismo, se considera que a los únicos que debe resguardarse son a los impúberes y mujeres.

A diferencia de ellos, nuestra normatividad ha tenido a bien salvaguardar y tutelar a toda persona incapaz, tan es así, que creemos que una de las más notorias y

¹⁶⁹ El 10 de junio de 2011, se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se reconoce constitucionalmente los derechos humanos de las personas y establece las garantías para lograr su efectiva protección. Incorpora disposiciones en materia de derechos humanos que den cumplimiento a los tratados internacionales de los que México sea parte.

trascendentales aportaciones, fue incluir a los adultos mayores para ser tutelados y a su vez, darles libertad para que ellos elijan quién cuidará de ellos en caso de encontrarse en estado de interdicción, es decir, dar pauta a la tutela cautelar.

3.3 OBJETIVO Y REGULACIÓN DE LA TUTELA EN EL DISTRITO FEDERAL

Esto tiene mucho que ver con el punto que tocamos anteriormente, pues debe quedar claro que el objetivo de la tutela es brindar protección al incapaz y no sólo a su patrimonio (como en Roma), esto lo hará el tutor a través de su representación, administración y cuidado.

Sin embargo, creemos que se ha perdido un poco el objetivo, porque si bien existe un avance en la legislación, también existe un estancamiento, tal es el caso de los adultos mayores y menores expósitos o abandonados, que hoy en día no deja de ser un foco rojo, teniendo en cuenta que son personas incapaces que deben gozar de los derechos que todo mexicano tiene.

Opinamos que esta problemática se sigue generando porque existe poca difusión de valores y derechos, una inadecuada enseñanza de la educación sexual, la falta de empleos bien remunerados, el poco subsidio, vigilancia y evaluación que se da dentro de las instituciones (públicas y privadas) encargadas de velar por estos intereses, así como la segregación de la sociedad hacia estos grupos vulnerables, y su idiosincrasia dentro de los mismos.

Respecto de la poca difusión de valores y derechos nos referimos a que, si existiera el valor de tolerancia, respeto, igualdad y sobre todo solidaridad con otro individuo que tiene mayor necesidad que nosotros, lo encaminaríamos y contribuiríamos a su bienestar, como una obligación natural y no el “¿yo por qué?!”. Enseñar a las personas desde pequeñas que es de humanos ayudar a otros, sin pretender nada a cambio, pues el hecho de hacerlo es una satisfacción natural que no se puede compensar con nada.

Ahora bien, nos referimos a una inadecuada enseñanza de la educación sexual, porque tanto en el hogar como en la escuela, se habla de los métodos anticonceptivos como los medios para evitar daños respecto a la salud y los embarazos no deseados, pero poco se habla de las consecuencias demográficas, ambientales, sociales y familiares que se generan a corto, mediano y largo plazo.

Por lo que sugerimos hacer más públicas estas problemáticas, estar en campaña permanente, con el fin de disminuir los embarazos no deseados y el abandono de los recién nacidos, las enfermedades y pandemias por la falta de higiene en estos sectores vulnerables, la sobrepoblación en las instituciones de asistencia tutelar tanto públicas como privadas y en un momento determinado disminuir estos grupos e insertarlos a la vida económica activa del país.

Lo anterior va de la mano con la falta de empleos bien remunerados, pues a veces por circunstancias ajenas a la persona, éste se queda sin trabajo, por lo cual debe reducir el gasto en las necesidades básicas y salir en busca de nuevos empleos. Lo que genera falta de atención en los menores que al ver la situación salen de sus hogares a trabajar o deambular por las calles, corriendo peligro de ser explotados o bien introducirse al mundo de las drogas, pudiendo repetir el mismo patrón que ha experimentado con su familia.

Hemos dicho que existen instituciones de índole pública o privada en donde se asisten a las personas incapaces, pero hemos visto que son insuficientes o bien dentro de éstas algo está fallando. Puede ser la falta de infraestructura, de políticas públicas, de subsidio, el poco interés que se tiene por parte de los empleados que se encuentra allí (les importa más cobrar un sueldo), etc. Pero son factores que están impidiendo que este sector disminuya.

Las problemáticas enunciadas anteriormente, no se pueden erradicar de la noche a la mañana, pero puede empezar a cambiar esta situación a través de una adecuada vigilancia, educación sexual y de valores en el sector público y privado,

lo cual aminoraría la idiosincrasia y la segregación dentro de estos grupos vulnerables.

3.4 ANÁLISIS COMPARATIVO DE LAS DISTINTAS CLASES DE TUTELA

Las clases de tutela (la tutela testamentaria, la tutela legítima y la tutela dativa) no han trascendido en cuanto a su esencia, pero si en las formalidades de los sujetos en los que recae y ejercen la tutela. Lo que exponemos a continuación:

- Tutela testamentaria

Como sabemos esta se lleva a cabo por que la persona que ejercía la patria potestad nombra tutor en un testamento con el fin de que ejerza la tutoría cuando éste ya no exista. En Roma, esta persona debía ser confirmado por el magistrado sin tener ninguna información sobre su solvencia, reputación o costumbre y no se le pedía caución; en cambio, si era la madre, el patrono o un *extraneus*, si se tenía que averiguar esos detalles. Actualmente el juez se hace de toda la información del próximo tutor y de encontrar alguna cosa que atente contra el interés del incapaz o no cumple con el perfil solicitado, puede sustituirlo por algún otro, vía legítima o dativa, y no es necesario entregar caución si el testador lo exonera de ello.

En nuestra época han sido excluidos los codicilos (que funcionaban como complemento y aclaración), y no existe la pluralidad de tutores, pero si un tutor para varios menores o incapaces.

- Tutela legítima

En el Derecho Romano comentamos que esta clase de tutela se lleva a cabo cuando no hay quien ejerza la patria potestad o tutor testamentario, el cargo recaía en el varón *agnado* y *sui iuris* más próximo, si había varios en el mismo grado todos eran tutores, y en el caso de la *tutela mulieris* este cargo podía recaer en otra persona mediante la *in iure cesio*.

La trascendencia en nuestro derecho esta primeramente en los sujetos tutelados, pues la ley contempla a los menores de edad, a los mayores de edad y los menores expósitos y abandonados, independientemente de su sexo. Mientras que en Roma sólo se contemplaba al impúber varón y a la mujer, suponemos que era porque en la ciudad sólo existían personas y esclavos, y los hijos de los esclavos no tenían derechos debido a que seguían la suerte de sus padres, los cuales eran cosas. En este sentido no podían existir personas expósitas o abandonadas porque la misma ley exigía la protección de quienes eran consideradas personas, ya fuese vía testamentaria, legítima o dativa.

En segundo lugar, notamos que a diferencia de los romanos el cargo de tutor no sólo recae en el pariente más cercano, sino que se extiende a los hermanos y demás colaterales (hasta el cuarto grado) al cónyuge, al padre y madre, a los hijos mayores de edad sobre el padre y los abuelos. En caso de los expósitos y abandonados, recae en las personas que los acogen o bien las casas de asistencia pública o privada que los reciben (En Roma, no existían).

Como tercer punto, tenemos que al existir un divorcio en donde las partes tengan un conflicto que ponga en riesgo el interés superior del menor, la ley nombra uno que será temporal, pero que en esencia es legítimo y se le conoce como tutor interino.

El cuarto punto trascendental, tiene que ver con los parientes en el mismo grado que a diferencia de los romanos, ya no se contempla en nuestro derecho la pluralidad de tutores sino que la autoridad jurisdiccional determinará quién es el más apto para fungir como tutor. Aunado a esto, nuestra legislación considera que la persona que tenga dieciséis años cumplidos puede elegir quien de todos ellos debe ser el tutor legítimo.

Y como último punto, tenemos que en caso de interdicción, se daba un poder amplio al tutor, lo que provocó abuso por parte de éste. Por lo que la Suprema

Corte de Justicia de la Nación, determinó que se debía establecer los parámetros de la limitación del incapaz, bajo el siguiente criterio jurisprudencial:

“ESTADO DE INTERDICCIÓN. EL JUEZ DEBERÁ ESTABLECER EN QUÉ TIPO DE ACTOS LA PERSONA CON DISCAPACIDAD GOZA DE PLENA AUTONOMÍA EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA Y EN QUÉ OTROS INTERVENDRÁ UN TUTOR PARA OTORGARLE ASISTENCIA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 462 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL).

...aquellas instituciones jurídicas que tengan como finalidad limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deberán tomar como punto de partida el tipo de diversidad funcional del caso en concreto... Así, una vez que el juzgador constate que una persona tiene una discapacidad, misma que justifica la limitación de su capacidad de ejercicio, deberá establecer claramente cuál es la naturaleza de la diversidad funcional específica y, a partir de ello, delimitará cuál es el grado de la discapacidad y, por tanto, la extensión que tendrá la limitación a su capacidad. Es decir, el estado de interdicción, contrario a la forma tradicional en la que se le interpretaba, esto es, como una declaración genérica y aplicable por igual a toda discapacidad, debe entenderse como la aptitud del juzgador de fijar un grado de limitación a la capacidad de ejercicio, cuya magnitud será proporcional al nivel de discapacidad de la persona... el juez deberá establecer en qué tipo de actos la persona con discapacidad goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en qué otros deberá intervenir el tutor para otorgarle asistencia, velando porque en todo momento se adopte la decisión más favorable para el individuo en estado de interdicción...”¹⁷⁰

- Tutela dativa

Al no haber pariente agnado que asumiera la tutoría del impúber o la mujer, lleva a la creación de esta clase de tutela. Con la introducción de la *Lex Atilia* y *Lex Iulia et Titia*, los pretores urbanos y los presidentes de las provincias también podían nombrar tutores. En la época imperial se abrió la oportunidad a más gente siempre y cuando no contara con muchos bienes el pupilo. Por lo tanto, no había manera que quedaría a su suerte algún menor o incapaz ciudadano.

Actualmente la tutela dativa se establece judicialmente al no existir testamento ni pariente legítimo, o por estar impedido temporalmente quienes deberían ejercer la tutela. Por lo que puede recaer en instituciones públicas o privadas (personas morales), lo que es un gran avance.

¹⁷⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t I, p. 518, Reg. IUS. 2005122

Otra punto a destacar, es que en nuestro actual derecho, existe un Consejo Local de Tutelas, que actuará como un órgano de vigilancia y elaborará una lista de las personas que cubren el perfil para ser tutor y, el Juez de lo Familiar designará quién debe asumir el cargo o bien el incapaz de dieciséis años (aunque deberá confirmar el juez); en cambio en Roma no existía un órgano así, además de que el magistrado no designaba, sino señalaba quien cumplía las expectativas de acuerdo a su criterio, para ejercer el referido cargo.

Esta clase de tutela, es gratuita cuando el menor no tiene bienes, por lo que el único objetivo del tutor es que el incapaz reciba educación de acuerdo a sus aptitudes y posibilidades económicas. Cuando el menor si tiene bienes, se paga al tutor cierta cantidad que no debe rebasar el 10% ni menos del 5% de rentas líquidas.

Ahora bien, referente a las otras "clases" romanas, en la actualidad han desaparecido, debido a la inserción de las mujeres en la sociedad, otorgándoles derechos y obligaciones. Asimismo, no se reconoce la esclavitud ni la venta de hijos, por lo tanto, quedan fuera ambas tutelas (de las mujeres y fiduciaria).

En la legislación civil del Distrito Federal, se incluye las siguientes "hipótesis": tutela especial, tutela interina las cuales son temporales y tienen como fin, cuidar del incapaz temporalmente en lo que se resuelve determinada situación (en Roma, para eso existía el curador, que tenía entre otras funciones ésta).

3.4.1 INCLUSIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

Aportación trascendental en nuestra legislación, porque el motivo de su creación estuvo encaminado por la sobrepoblación senil, así lo destaca García Villegas: "la restricción a la autonomía de su voluntad para autorregular situaciones de pérdida de capacidad a fin de hacer prevalecer la voluntad de la ley y sea ésta quien

decida sobre el futuro del patrimonio de la persona que siendo capaz, devenga en incapaz”.¹⁷¹

Lo que más destaca de esta clase, es que, un adulto mayor podrá seleccionar a su voluntad a una persona cualquiera y de su confianza, para que le cuide, represente y administre, en caso de caer en estado de interdicción, excluyendo a aquellos que por ley deberían realizarlo. Esto debe hacerlo ante notario público y antes de caer en incapacidad, por lo que en la escritura pública el fedatario tendrá que anexar un certificado médico en psiquiatría, expedido por perito en la materia, para que haga constar que se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales.

Se pretende que las demás entidades de la República adopten esta clase de tutela, con el fin de dar respuesta a las necesidades de la población.

3.5 EL TUTOR, SUS REQUISITOS, EXCUSAS E IMPEDIMENTOS

El tutor en la época romana era aquella persona que se encargaría de proteger y defender el patrimonio del incapaz. Asimismo, representarlo en los actos jurídicos que le beneficiaran a éste, y otorgar cantidades necesarias para que se le asista y eduque de acuerdo a su posición. Aspecto que cambia en nuestra ley, primero porque el cargo puede recaer en una persona física o moral (artículo 475 del CCDF); y segundo, aparte de representarlo y administrarlo, deberá de protegerlo y educarlo, de manera tal que fuese como su propio hijo, independientemente de la posición económica que tenga el incapaz.

Para ejercer ese cargo el tutor debía cubrir con ciertos requisitos, los cuales se describen a continuación, invocando las diferencias con la legislación que nos rige actualmente:

¹⁷¹ García Villegas, Eduardo, *op. cit.*, nota 136, p.148

| Época Romana | Época contemporánea (D.F.) |
|--|---|
| Contar con los tres status, capacidad de goce y ejercicio | Contar con capacidad de goce y ejercicio (se suprimen los tres <i>status</i>) |
| Ser mayor de edad (25 años) | Ser mayor de edad (18 años) |
| Ser varón | No importa el sexo de la persona (el CCDF no determina si debe ser hombre o mujer quien asuma el cargo, por lo que se debe entender que es indistinto el sexo). |
| Estar física y mentalmente sano | No padecer de incapacidad física o psicológica. |
| No desempeñar funciones privilegiadas. | [No desempeñarse como militar activo, servidor público o demás funcionarios de la administración pública. |
| Ser de buena conducta y no haber sido tachado de infamia. | Conducta intachable (lo cual consideramos un estancamiento que sigue arrastrando nuestra legislación, pues no puede determinarse algo subjetivo, ya que lo que es bueno para unos, es malo para otros). |
| Cualquier actividad excepto las privilegiadas (magistraturas o ejército) | Contar con una actividad que resulte compatible con el ejercicio de la tutela (en este sentido la ley exime ciertas actividades, y en nuestra opinión no puede ser así porque independientemente de la actividad que realice la persona –siempre y cuando sea lícita- y cumpla con las funciones que se le encomiendan, puede ser tutor). |

Respecto de este último punto proponemos que la ley sea más flexible, modificando e incluyendo a la legislación civil, los siguientes requisitos:

- ✓ Persona que cuente con plena capacidad jurídica (se entiende que debe tener capacidad de goce y ejercicio, por lo tanto debe ser mayor de edad, capaz, sin importar su sexo).
- ✓ Que presente tres cartas de recomendación (al igual que lo hacen en los trabajos), la primera por actual jefe de trabajo, la segunda por un familiar

y la tercera por un vecino en dónde se destaque lo que sabe realizar y las virtudes de la persona a ejercer el cargo.

- ✓ Deberá demostrar que independientemente de la actividad que realice, cuenta con los medios suficientes para su subsistencia y la del incapaz, así como contar con el tiempo suficiente (por lo menos 6 horas diarias).
- ✓ Presentar examen médico y psicológico hecho en las instituciones de salud del sector público, donde se avale que se encuentra en buen estado habitual de salud. Y de contar con alguna enfermedad reversible o irreversible, determinar qué actividades puede realizar o si afecta para el cumplimiento de su encomienda.

A diferencia de los romanos, la tutela es un cargo *intuito personae*, por lo que no puede cederse, aunque si puede ser excusada según el CCDF. Estas excusas e impedimentos son muy similares a los de aquel tiempo y sólo se modifican tres puntos importantes a saber:

| Época Romana | Época Contemporánea (D.F.) |
|---|---|
| Los impedimentos para asumir el cargo se determinaban de dos maneras: incapacidades y excusas. | Los impedimentos para asumir el cargo se determinan por: la incapacidad jurídica, por los intereses opuestos a los del incapaz, por su conducta o circunstancias personales para desempeñar adecuadamente la tutela. |
| Incapacidades (según Ravinovich): demencia, mudez, ceguera, menores de 25 años, edad avanzada (no se determina cuando se llega a ella), los monjes, los obispos, la militancia activa en el ejército, los deudores y acreedores del pupilo. | Incapacidad jurídica (según el CCDF): menores de edad, mayores de edad tutelados, el que no esté domiciliado en el lugar que deba ejercer la tutela, el que padezca de una enfermedad que impida el ejercicio adecuado de la tutela. |
| Excusas (según Ravinovich): edad avanzada, pobreza extrema, ejercicio de cargos elevados, posesión de un privilegio (rector, veterano, atleta). | Excusas: los servidores públicos, los militares en servicio activo, los que tengan bajo su potestad tres o más descendientes, por su situación económica (paupérrima), los que estén en mal estado habitual de salud, los que tengan 60 años cumplidos, los que |

| | |
|--|--|
| | tengan a su cargo una tutela o curaduría, los que tengan inexperiencia en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén aptitud de desempeñar convenientemente la tutela. |
| | Intereses opuestos al incapaz: los que hayan sido removidos o sentenciados de otra tutela por haberse conducido mal o por sido culpable en un delito doloso, no tengan un modo honesto de vivir, los que tengan pleito pendiente con el incapaz, los deudores. |

Ahora bien, respecto de las excusas señaladas en el CCDF, encontramos ciertos detalles que pudieran confundir al intérprete, por lo cual se hace la sugerencia en modificar los artículos siguientes:

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

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

Suprimir la fracción I y II, porque dentro de los requisitos para ejercer la tutela se pide que la persona cuente con capacidad jurídica, por ende, debe ser mayor de edad y quedan excluidos automáticamente los menores de edad (aunque estén emancipados). Asimismo, si son mayores de edad y están bajo tutela es porque se encuentran incapaces. Por lo tanto, debe omitirse o bien modificarse por una sola fracción que describa: “Los que no cuenten con capacidad jurídica”.

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

La fracción III debe descartarse debido a que ya está contemplada en la fracción IV, teniendo en cuenta que para poder ser removidos del cargo, ya sea por conducirse mal, por el incapaz o respecto de los bienes de éste, debió existir un juicio previo (contemplado en el artículo 463 del mismo ordenamiento y en los

artículos constitucionales 14 y 16), el cual debió arrojar una sentencia que lo condena a la inhabilitación o privación del cargo.

VI. Los que no tengan un modo honesto de vivir

Referente a la fracción VI, a nuestro punto de vista no rescata nada, al contrario, genera especulación sobre quiénes son aquellas personas que no tienen "un modo honesto de vivir", por lo que debería eliminarse.

IX. Los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia o del consejo local de tutelas;

XI. Los servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto;

En cuanto a la fracción IX, podría ser complementada con la XI, quedando de la siguiente manera:

"Los funcionarios y empleados de la administración de justicia o del Consejo de Tutelas y demás servidores públicos que por razón de sus funciones tengan responsabilidad pecuniaria actual o la hayan tenido y no la hubieren cubierto".

Incluyendo este párrafo en la fracción I del artículo 511 del mismo ordenamiento.

3.5.1 FUNCIONES Y OBLIGACIONES DE LA TUTELA EN AMBOS PERIODOS

| Época Romana | Época Contemporánea (D.F.) |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none">• <i>Gestio Negotiorum</i> | <ul style="list-style-type: none">• Administración de los bienes |
| <ul style="list-style-type: none">• <i>Auctoritas interpositio</i> | <ul style="list-style-type: none">• Representación legal del pupilo |
| | <ul style="list-style-type: none">• Guarda del incapaz |

Dentro de las funciones del tutor, tenemos que los romanos aluden a dos: la *gestio negotiorum* y la *auctoritatis interpositio*, la primera se asemeja mucho a lo que hoy en día se lleva como gestión de negocios, pero con la diferencia de que el gestor actúa sin mandato y sin obligación de un asunto de otro para evitar un daño inminente (la mayoría de índole lucrativa). En cambio en Roma, el tutor actuaba por obligación, ya que si no se ocupaba de administrar el patrimonio del incapaz,

se vería reflejado en la rendición de cuentas y tendría la responsabilidad de indemnizar al pupilo por el daño causado (asimismo, cuando existía pluralidad de tutores, todos eran responsables solidarios).

Haciendo la comparación con nuestro derecho, la *gestio negotiorum*, es similar a la “administración de los bienes”, aunque con mayor restricción, ya que el tutor está impedido para realizar determinados actos jurídicos como vender, arrendar, hacer donaciones, etc. Pero es similar, en cuanto al deber de administrar y representar al incapaz en diversos actos jurídicos, y por esas labores obtener un lucro como reciprocidad del cargo.

Actualmente, puede confundirse esta función con el mandato, que es un contrato por el cual, el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que él le encarga. Esto es, para poder administrar el patrimonio debe obtener en escritura pública un poder general para pleitos y cobranzas con las facultades generales y especiales. Función que es similar con la del tutor, pero que no se puede completar del todo; primeramente porque los incapaces no pueden realizar actos jurídicos (la celebración de un contrato); segundo, porque la rendición de cuentas no sólo debe darse al mandante (incapaz) sino también a los funcionarios públicos (Consejo de tutelas, Juez de lo familiar); tercero, el mandatario puede delegar a otros ciertas funciones de administración, no así la función del tutor, quién debe actuar *intuito personae* y responder por los daños causados por su negligencia.

Finalmente como una observación favorable y trascendental de esta función en nuestra legislación, es que para comenzar la administración de los bienes ya debe estar designado un curador (quién ya es un órgano vigilante), de no hacerse así, el tutor debe responder por los daños y perjuicios, además de ser separado de la tutela (artículo 535 del CCDF).

La segunda función romana, *auctoritatis interpositio*, que consistía en dar autorización a un menor de edad para ser partícipe de un negocio y beneficiarse de éste. Y daba pauta a que el pupilo se fuera preparando para su futura gestión independiente. En nuestros días no existe como tal esa autorización, lo que sí es que una persona de 16 años, sin capacidad de ejercicio pero con capacidad de discernimiento, puede ser consultado para algún acto importante de administración sobre su patrimonio (artículo 537, fracción IV, del CCDF), más no para participar en negocios o celebrar actos jurídicos.

Como segunda función actual en el Derecho Mexicano, tenemos la representación del incapaz en los actos jurídicos en que esté inmerso, con excepción de aquellos que son estrictamente personales (la donación, el matrimonio y el reconocimiento de hijos). A nuestro criterio, este último cargo, está inmerso en la *gestio negotiorum* romana.

La guarda del incapaz, es la tercera función positiva y trascendental en nuestra legislación, porque ya no sólo el tutor debe cuidar del patrimonio, sino que deberá cuidar también al incapaz (en toda la extensión de la palabra), esto es: alimentarlo, vestirlo, calzarlo, educarlo y reprimirlo, sin llegar a la violencia física o psicológica. Gastos que correrán según sus requerimientos y posibilidades económicas del incapaz, para ello el juez fijará la cantidad que haya de invertirse (art 537 y 538 del CCDF). Caso que no ocurría en Roma, recordemos que los cuidados personales de aquél los debía atender la mujer.

De ello, surge la interrogante ¿qué es lo que ocurre con aquellas personas que carecen de bienes económicos para sus cuidados? El CCDF (artículos 543 a 545) prevé que deben cubrir esos gastos los parientes que tienen obligación legal de alimentarlos, de no ser así, se pondrá al tutelado en una institución de asistencia pública o privada, o bien, el tutor procurará que los particulares suministren trabajo al incapaz de acuerdo a su edad y circunstancias personales, con la obligación de

alimentarlo y educarlo, y como último medio, deberá ser a costa de las rentas públicas del Distrito Federal.

¿Lo anterior realmente se cumple? Desgraciadamente no es así, atendiendo a que los parientes a los que les correspondería legalmente alimentarlos, no cuentan con solvencia económica suficiente para correr con esa responsabilidad; las casas de asistencia que existen están saturadas de personas incapaces en la misma situación, y no cuentan con más infraestructura ni ningún subsidio o aportación económica; los particulares o PyMES, no desean suministrar trabajo a los incapaces por temor a verse inmiscuidos en problemas, porque el trabajo que realizan requiere ciertos perfiles (fuerza, tamaño, agudeza mental, etc.) y porque no obtienen de éstos ningún lucro; y las rentas públicas creemos que se utilizan para fines diversos a éste.

Es por eso que nos atrevemos a sugerir que aquella persona física o moral que dé empleo a personas incapaces, obtenga cierto descuento en sus contribuciones fiscales.

También consideramos trascendental en nuestra legislación el hecho de que se priorice por la salud de los adultos mayores incapaces, obligando al tutor a destinar los recursos del incapacitado mayor de edad a la curación de sus enfermedades o a su regeneración. Asimismo, deberá presentar un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren que aún está en estado de interdicción el incapaz (arts. 546 y 547 del CCDF). Algo que no existía en Roma.

Al respecto, el legislador en la fracción I, del artículo 469 Quater, indica:

“... que el tutor tome decisiones convenientes sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado...”

Lo cual genera una especulación sobre qué decisiones convenientes puede tomar el tutor, porque el tutor podría negarle al incapaz un tratamiento que es vital por no considerarlo conveniente, más aún, que delegue esta función a otra persona (por

ejemplo: un médico). Entonces dejamos al incapaz en estado de indefensión. Por lo que sugerimos omitir esa parte o bien concatenar que se entiende por decisiones convenientes.

OBLIGACIONES

- **Inventario**

Es un elemento realmente importante, tan es así que se ha conservado hasta nuestros días y a diferencia de los romanos, que tenían que entregarlo ante funcionarios públicos (parecidos a los notarios de la actualidad), hoy en día sólo se le rinde este inventario al Consejo de Tutelas y al Juez de lo familiar (mismos que no tienen fe pública).

Otro cambio radica en que anteriormente en Roma, se consideraba como fraude el hecho de no entregar este inventario (este no tenía fecha precisa, pero suponemos que era cada año y cuando así lo requiriera el magistrado). Ahora debe realizarse en el mes de enero de cada año, cuando lo requieran las autoridades, siempre y cuando exista una causa grave, y al finalizar el cargo de tutor. De comprobarse un mal manejo o no se entrega en la fecha correspondiente, el tutor podrá ser removido de su cargo y asumir las consecuencias de los posibles daños, obligándose a indemnizar en la misma proporción al daño ocasionado.

3.6 ASPECTOS DIVERGENTES EN LOS SUJETOS SOBRE LOS QUE RECAE LA TUTELA

| Época Romana | Época Contemporánea |
|--|---|
| Menores de edad (0 a 25 años) Decisiones poco favorables por su clara inexperience. | Menores de edad (0 a 18 años) Al igual que en Roma siguen tutelados éstos. |
| No existía regulación al respecto. | Adultos mayores (60 años en adelante) debido a que ellos ya no tienen lucidez en sus determinaciones, además de que por su edad padecen |

| | |
|---|--|
| | enfermedades propias de la vejez. Aunado a ello, los mayores de edad ya pueden elegir (antes de caer en incapacidad) quién los cuide, represente y administre. |
| Mujeres (por su naturaleza y fragilidad) | Con la igualdad entre hombres y mujeres, esta puede ser considerada capaz cumpliendo la mayoría de edad. |
| Aquellos que padecían de alguna discapacidad física o mental (<i>furiosi</i>) y <i>pródigos</i> (despilfarradores), también eran atendidos, sólo que por un curador | Personas que padecen una enfermedad reversible o irreversible, discapacidad física o mental. Se desplaza al curador, para tomar ese papel, un tutor. |

3.7 REMOCIÓN Y CONCLUSIÓN TUTELAR

| Época Romana | Época Contemporánea |
|--|---|
| -Mala administración (pueden pedirla: el incapaz y todas las personas cercanas a éste acudía con el magistrado para hacerlo notar) | -Mala administración (pueden pedirla: el incapaz, parientes y órganos vigilantes) *No rendir cuentas a tiempo (enero de cada año). |
| -Tener un cargo público | -Tener un cargo público (además que es un impedimento y excusa) |
| -Caer en incapacidad (enfermedad, estado de locura o disminución de cabeza) | -Caer en incapacidad (los contemplados en el artículo 450 del CCDF). |
| *Edad avanzada | *Se contempla dentro de este artículo. |

Como podemos observar las causas de remoción en diversas épocas son muy similares. A continuación mencionamos las que se suman a esta lista, y que logran ser trascendentes por parte del derecho que nos rige actualmente:

- No haber dado caución al entrar al cargo. Si bien se crea con la finalidad de evitar abusos y con esta garantía subsanar alguna omisión del tutor, también es cierto que, se puede tomar como excusación, ya el juzgador deberá discernir si dispensa esto o no (en la tutela testamentaria, el testador puede librar de esta carga al tutor).

- De conocer un impedimento legal. Aquí entra la labor de los órganos vigilantes, de estar muy audaces en la labor del tutor, lo que es muy positivo ya que en Roma no había tanta vigilancia y el incapaz podía ser abusado en su persona y patrimonio.
- Ausencia de tres meses. Se entiende que el incapaz no puede esperar de ese tiempo, máxime que sus circunstancias requieren de atención.
- Conducirse mal respecto de la persona. Es innovador, ya que a diferencia de los romanos que sólo velaban por el bienestar del patrimonio, nuestra legislación incluye el respeto a los derechos humanos del incapaz (que es la esencia de crear esta figura) y de conducirse con violencia se retira del cargo.

Ahora bien, en Roma, la única manera de suspenderse el cargo era cuando se le llamaba al tutor para dirimir una controversia respecto de su encargo, y cuando sucedía entraba en juego un curador. Actualmente, el tutor puede ser suspendido del cargo, por lo anteriormente expresado, por una enfermedad o por ser procesado por algún delito, pero el que entra en juego es un tutor interino o especial, mientras se resuelve la circunstancia, y el curador vigilará el manejo de este "nuevo".

La conclusión o extinción del cargo podía ser por parte del incapaz o del tutor, para los romanos, cualquiera de las partes que cayeran en disminución de cabeza, daba motivo a la terminación de la tutela. Actualmente no existen eso, pero se incorporan las siguientes causas por las que puede cesar el cargo:

- Cuando incapaz cumpla la mayoría de edad (18 años)
- Por desaparición
- Por cesar su estado de interdicción
- Por adopción
- Por llegar al término o condición del cargo de tutela

Concluido el cargo, se tenía que rendir cuentas, en la época romana se tenía que asistir el pupilo de uno o varios curadores, en la época actual se asiste de los órganos vigilantes, teniendo la posibilidad de ejercer alguna acción contra el tutor relativo a la administración durante los cuatro años posteriores a la rendición. A continuación algunas diferencias en la rendición de cuentas:

| Época Romana | Época Contemporánea |
|--|---|
| Restitución intacta del patrimonio según inventario | Restitución del patrimonio según inventario, pudiendo devaluarse por causa justificada (gastos propios del incapaz o para la conservación de sus bienes). |
| Devolución de todas las sumas y bienes que haya adquirido durante su administración. De no obtener ningún lucro el pupilo podía pedir que se le indemnizara. | Se le devuelven todos los bienes y sumas adquiridas, de corroborar que hubo negligencia por parte del tutor, éste deberá indemnizar al incapaz. |
| Indemnizar por los gastos erogados | La remuneración no debe exceder más del 10% de las rentas líquidas, ni ser menor del 5%. |

3.8 INCLUSIÓN DE ÓRGANOS AUXILIARES

Esta es una de las máximas aportaciones que hay en nuestra legislación, debido a que en Roma, no existían órganos que coadyuvaran con la difícil tarea de la tutela, solamente el magistrado, esto provocó miles de irregularidades que desembocaron una normatividad más rigurosa. Ciertamente es que en la época imperial se va dando poder a los cónsules, pretores y obispos de diversas provincias (sino son muchos los bienes del pupilo) pero era una facultad que sólo daba la tarea de

asignar el cargo, no sé tenía el cuidado de vigilar que realmente el tutor cumpliera con su encomienda, como ahora se tiene.

El CCDF, en su artículo 454 incorpora como órganos coadyuvantes: al Juez de lo familiar, el Consejo Local de Tutelas, el Ministerio Público y el Curador. Figuras que por ende no se tenía en aquél tiempo (excepto el curador) y que a la normatividad actual han servido como ahorro procesal y para no exponer al incapaz.

Referente a lo anterior, el curador deja de hacerse cargo de los *furiosi* y pródigos, para convertirse en vigilante del tutor, y en su caso quedar como tutor “temporal” (interino o especial) cubriendo los mismos requisitos que se le exigen al tutor.

CONCLUSIONES

- I. El concepto de tutela en nuestra legislación, atiende más a la protección del incapaz que a su patrimonio.
- II. El cargo de tutor trasciende, ya que no sólo recae en personas físicas sino en personas morales (instituciones de asistencia pública o privada), y desaparecen los tres status manejados en Roma, y se pide que el tutor cuente con capacidad jurídica.
- III. Se incluye a la mujer, y se le otorgan los mismos derechos y obligaciones como al hombre. Protección regulada a nivel, local, federal e internacional; por lo que puede ejercer el cargo sin ningún pre requisito.
- IV. Se prevé la protección al impúber, destacando en la CPEUM el interés superior del menor como derecho humano.
- V. Una de las mayores aportaciones fue la incorporación del adulto mayor como incapaz, lo que hizo imprescindible su regulación para garantizar sus derechos, ya que este sector va en incrementando y en un momento determinado y, por cuestiones biológicas todos llegaremos a la senectud.
- VI. El adulto mayor podrá ejercer su voluntad para nombrar al tutor idóneo, en caso de caer en incapacidad, dejando de lado a los que por ley correspondería esa responsabilidad. Es decir, ya no será sólo la voluntad de la ley. Por lo que consideramos debe ser incluida la tutela cautelar en las demás entidades de la República Mexicana, así como el reconocimiento de ésta en la legislación civil federal.
- VII. Asimismo la legislación civil prioriza por la salud de los adultos mayores incapaces, obligando al tutor a destinar los recursos de éste a la curación de sus enfermedades o a su regeneración. Pero genera dudas al enunciar que

el tutor deba tomar “decisiones convenientes” sobre el tratamiento médico y el cuidado de la salud del tutelado, por lo que sugerimos llenar esa laguna.

- VIII. La SCJN, señaló que al declarar a una persona en estado de interdicción se deberá determinar qué actos si puede realizar. Pues anteriormente se entendía que quedar en estado de interdicción afectaba todas las facultades del individuo.
- IX. La inclusión de expósitos y abandonados a la tutela, constituye una trascendencia legislativa pero un estancamiento en la vida cotidiana por su aumento, y si bien las instituciones públicas deberían acogerlos, lo cierto es que existe una sobrepoblación, falta de personal y vigilancia en éstas. Se supone que el Gobierno del Distrito Federal lo deberá hacer a costa de las rentas públicas, pero no se cumple con ello.
- X. Nuestra legislación trasciende al introducir a los órganos de vigilancia de la tutela: Consejo Local de Tutelas, Juez de lo Familiar, Ministerio Público y Curador
- XI. Se sugiere la modificación del CCDF respecto de los artículos 159, 466, 469 quater, 503, 504, 511, 544; insertando un apartado donde se regule a los adultos mayores, actualizando los supuestos normativos de acuerdo de acuerdo a la realidad histórica actual.
- XII. La ley no es acorde a la realidad o no se cumple, y se refleja en el aumento de este sector desprotegido, las problemáticas como hemos descrito en este trabajo, son varias. Por lo que es importante reconocerlas y resarcir el eslabón que falta tanto a nivel privado como a nivel público para disminuir su índice.
- XIII. Considerando que todos estamos expuestos a caer en incapacidad, debemos garantizar nuestro cuidado, asistencia y permanencia en la naturaleza. Y sólo se puede lograr a través de educación, valores y derecho.

BIBLIOGRAFÍA

• LIBROS

1. ÁLVAREZ CORREA, Eduardo, *Curso de Derecho Romano*, 2ª edición, Colombia, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2010.
2. BRAVO, Agustín y BRAVO, Beatriz, *Derecho Romano, Primer Curso*, 29ª edición, México, Porrúa, 2012.
3. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, 4ª edición, México, Porrúa, 2001.
4. DOMINGO, Rafael, *Textos de Derecho Romano*, España, Aranzadi, 1998.
5. D'ORS, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, 10ª edición, España, Universidad de Navarra, 2004.
6. DÓRS, Álvaro, *et al.*, *El Digesto de Justiniano*, España, Aranzadi, 1972, t. II.
7. GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de propia incapacidad (voluntad anticipada, tutela cautelar, poder interdicto)*, 2ª edición, México, Porrúa, 2010.
8. GONZÁLEZ ROMÁN, Héctor, *Derecho Romano*, 2ª edición, México, Oxford, 2010.
9. HUBER OLEA, Francisco, *Derecho Romano I*. México, Iure, 2005.
10. LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho Romano (Compendio)*, 5ª edición, México, Limsa, 1979.
11. LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho Romano (Sinopsis histórica)*, 2ª edición, México, Limsa, 1977.
12. MORINEAU Martha e IGLESIAS Román, *Derecho Romano*, 4ª edición, México, Oxford, 2009.
13. PADILLA SAHAGÚN, Gumesindo, *Derecho Romano*, 4ª edición, España, Mc Graw Hill, 2008.

14. PETIT, Eugene, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 17ª edición, México, Porrúa, 2001.
15. RAVINOVICH, Ricardo, *Derecho Romano*, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.
16. RENDÓN UGALDE, Carlos, *La tutela*, México, Porrúa, 2001.
17. RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et al.*, *De la persona y de la familia en el Código Civil para el Distrito Federal*, México, Porrúa, 2007.
18. RICO ÁLVAREZ, Fausto, *et al.*, *Derecho de Familia*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012,
19. SÁINZ GÓMEZ, José María, *Derecho Romano I*, México, Limusa, 1988.
20. SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, España, Casa Bosch, 1960.
21. SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *et al.*, *Código de Napoleón Bicentenario, estudios jurídicos*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
22. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Tutela*, México, SCJN, 2012, serie Temas Selectos de Derecho Familiar.

- **DICCIONARIOS**

1. BUSTOS RODRÍGUEZ, María, *et al.*, *Diccionario de Derecho Civil*, México, Oxford, 2006.
2. GUTIÉRREZ ALVIZ, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, 4ª edición, España, Reus, 1995.
3. HUBER OLEA, Francisco, *Diccionario de Derecho Romano comparado con Derecho Mexicano y Canónico*. 2ª edición. México, Porrúa, 2007.
4. SÓCRATES JIMÉNEZ, Santiago, *Diccionario de Derecho Romano*, 4ª edición, México, Sista, 1991.
5. TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho Romano*, España, Edisofer, 2005.

- **LEGISLACIÓN**

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2016
2. Código Civil para el Distrito Federal 2016

3. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal 2016
4. Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia 2016
5. Ley Familiar del Estado de Hidalgo 2016

- **TESIS AISLADAS Y JURISPRUDENCIA**

1. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LXXII, p. 6328. Reg. IUS. 352611
2. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, p. 1739, Reg. IUS. 170732
3. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t I, p. 518, Reg. IUS. 2005122

- **FUENTES ELECTRÓNICAS**

1. Comisión Organizadora de Festejos del Bicentenario de la Independencia y Centenario de la Revolución Mexicana, http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/librosfac/pdf/pu_b03/01DraCastaneda.pdf, consultado el 29 de febrero de 2016 a las 9:29hrs.
2. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www.cuentame.inegi.org.mx/>, consultado el 26 de febrero de 2016, a las 16:37hrs.
3. Periódico "La Jornada", <http://www.jornada.unam.mx/2012/03/20/capital/033n1cap>, consultado el 25 de noviembre de 2015 a las 14:02 hrs.
4. Real Academia Española, <http://dle.rae.es/?id=azNzA8J>, consultada el 29 de febrero de 2016 a las 10:30
5. Secretaría de Educación Pública, http://www.sep.gob.mx/es/sep1/3_de_julio#.VdzPELUtLhk, consultado el 25 de agosto de 2015 a las 15:28 hrs.

- **FUENTE HEMEROGRÁFICA**

1. Frías Leonardo, "Más de 600 millones de adultos mayores, revolución demográfica de la tercera edad; la cifra se duplicará en 2025", en Gaceta UNAM, p.6, México, jueves 27 de agosto de 2015, cita a Graciela Casas Torres, de la Escuela Nacional de Trabajo Social, UNAM.