



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**INEFICACIA DE LA TUTELA
CAUTELAR EN LA CIUDAD DE
MÉXICO, DESDE SU ENTRADA
EN VIGOR. INSUMOS PARA UNA
REFORMA**

T E S I S

**Que para obtener el grado de Licenciada en
Derecho**

Presenta:

KARLA XIMENA SOLIS AGUILAR

**Tutora: Dra. Hilda Pérez Carbajal y
Campuzano**

Ciudad Universitaria, Ciudad de México, 2019



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV/1/2019
ASUNTO: Aprobación de Tesis.

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE,
DIRECTORA GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
P R E S E N T E.**

La alumna, **SOLÍS AGUILAR KARLA XIMENA**, quien tiene el número de cuenta **309266938**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad de la **DRA. HILDA PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO**, la tesis denominada **“INEFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR EN LA CIUDAD DE MÉXICO, DESDE SU ENTRADA EN VIGOR. INSUMOS PARA UNA REFORMA”**, y que consta de **173** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 de los lineamientos para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite 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 ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización 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 calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

“POR MI RAZA, HABLARÁ EL ESPIRITU”
Cd. Universitaria, Cd. de México, a 11 de enero del 2019.


Mtro. José Marcos Barroso Figueroa.
Director del Seminario, turno matutino.



Este trabajo está especialmente dedicado a todos esos sueños cuya realización quedó detenida para lograr la ejecución de este otro gran anhelo, pero que sin lugar a dudas siempre serán recordados y amados.

A la gracia y gloria de Dios y de la Virgen María, por la increíble benevolencia y amor que han demostrado hacia mí y toda mi familia, por guiar las manos de todos los médicos y enfermeras que me acompañaron y ayudaron a superar una de las pruebas más difíciles de toda mi vida.

A mi abuela, la señora Engracia Montes de Oca García, por la increíble fortaleza, persistencia, resistencia y amor que nos demostró a lo largo de su vida.

Fuente de inspiración para nunca rendirme y continuar pese a todos los obstáculos que la vida me ponga, sé que tarde que temprano nos volveremos a encontrar.

A mis padres, los señores María Eugenia Aguilar Montes de Oca y Carlos Solís González, por el gran amor, esfuerzo, enseñanzas, cuidados y apoyo que me han brindado. Quisiera poder expresarles todo lo que los amo, respeto y admiro, más no existen palabras o acciones que lo hagan, por ello solo me resta decirles que todos los triunfos que coseche a lo largo de mi vida son por y para ustedes.

A mis hermanos David, Claudia y Octavio, los amo inmensamente, gracias por todos los momentos divertidos, las enseñanzas y cuidados, mi vida sin ustedes no sería la misma,

A mis sobrinos Zadkiel y Danna, sin lugar a dudas mis más grandes amores, el mejor regalo que la vida me pudo dar.

A Rufo, mi compañero y mejor amigo, la vida sin ti jamás volvió a ser igual, te extraño tanto.

A Emilio Encarnación Brito, por nunca dejarme caer aun cuando las circunstancias fueran terribles, por tu cariño, cuidados, consejos y apoyo, gracias por permitir que pasara, por lo que fue.

A todos mis profesores, que con su insólita labor me dieron las herramientas para salir adelante mi especial e inmensa admiración agradecimiento y cariño a:

A la Licenciada María de la Luz González y González, sembradora de esta firme creencia que la única manera de titularse es a través de un examen de oposición, gracias por la increíble enseñanza de vida que me dio;

Al Licenciado José Marcos Barroso Figueroa, quien me demostró la profesionalidad que debe tener un abogado, por la pasión y dedicación que siempre demostró a nosotros sus alumnos;

A la Doctora Hilda Pérez Carbajal y Campuzano, mi mentora, sin usted este sueño jamás se hubiera logrado, gracias por su paciencia, consejos, conocimientos, cariño, gracias y mil gracias;

Al Doctor Carlos Rodríguez Manzanera, no importa la materia que estudie, todas siempre me llevan a los conocimientos que usted me proporciono; y

A la Doctora Ana Isabel Flores Solano y a la Licenciada Ana Isabel Pech Ramírez, por los grandes seres humanos que son, por todos los conocimientos de Derecho Fiscal me otorgaron y sobre todo por la mano que me tendieron cuando ya no tenía esperanzas.

Al Doctor Othón Pérez Fernández del Castillo, por la primera oportunidad laboral otorgada.

A los licenciados Laura Susana Montes Lechuga y María Gabriela Fernández Lechuga.

Al Colegio de Ciencias y Humanidades Plantel Sur, porque fue en sus instalaciones en donde forje no solo mi conocimiento académico, sino también mi carácter, en donde viví muchos de los mejores momentos de mi vida, sin duda la mejor etapa de está.

A la Facultad de Derecho.

Y a mi hermosa Universidad Nacional Autónoma de México, prometo esforzarme y lograr representarte de manera digna, no importa el lugar en el que esté, pues creó que es la única manera de demostrarte todo lo agradecida que estoy por ayudarme a obtener los conocimientos que siempre tanto anhele.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
--------------------	---

CAPITULO PRIMERO PANORAMA GENERAL

I. Concepto de Tutela	5
II. Evolución	8
A. Internacional	9
a) Roma	9
b) Pueblos Germánicos	13
c) España. Las Siete Partidas	15
d) Francia. El Código de Napoleón	15
B. Nacional	17
a) Código Civil de 1870	17
b) Código Civil de 1884	22
c) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917	24
d) Código Civil de 1928	24
III. Naturaleza Jurídica	26
A. La Naturaleza Jurídica de la Tutela para Otros Autores	27
a) Manuel Chávez Asencio	27
b) Ignacio Galindo Garfías	28
c) Carlos Rendón Ugalde	28
B. La Naturaleza Jurídica de la Tutela para Fines del Presente Trabajo	29
a) ¿Por qué la Tutela es Jurídica?	29
b) ¿En qué Categoría o Género Jurídico se Encuentra la Tutela?	30
IV. Características	34
A. El Carácter Humanitario de su Objeto	34
B. Cargo de Interés Público	34
C. Desempeño Altamente Vigilado	34
D. Supletoria de la Patria Potestad	35
E. Carácter Personal	35
F. Carácter Singular o Plural	36
G. Múltiple	36
H. Previa Declaración Estatal	36
I. Excusable, Antes de Ser Aceptada	37
J. Obligatoria Una Vez que Fue Aceptada	38
K. Remoción del Cargo de Tutor	38
L. Temporal	39

M. Garantizable	40
N. Remunerada	40
V. Órganos de la Tutela	41
A. Pupilo	41
B. Tutor	43
C. Curador	48
D. Juez de lo Familiar	49
E. Consejo Local de Tutelas	50
F. Ministerio Público	50
VI. Clases de Tutela	51
A. Por la Forma de su Constitución	51
a) Tutela Testamentaria	51
b) Tutela Legítima	52
c) Tutela Dativa	53
d) Tutela Cautelar	54
B. Por las Personas sobre las que se Ejerce	54
a) Tutela de Minoría	54
b) Tutela de Menores de Edad en Situación de Desamparo	54
c) Tutela de Mayores de Edad	54
C. Por las Facultades Concedidas al Tutor	55
a) Tutela General	55
b) Tutela Especial	55
D. Por su Temporalidad	55
a) Tutela Definitiva	55
b) Tutela Interina	55

CAPÍTULO SEGUNDO LA TUTELA CAUTELAR

I. Concepto de Tutela Cautelar	57
II. Evolución y Presencia de la Tutela Cautelar en Diferentes Ordenamientos Jurídicos	58
A. Internacional	58
a) Roma	58
b) Rusia	59
c) Canadá	59
d) Reino Unido	60
e) Alemania	60
B. Nacional	60
a) Código Civil de 1870	61
b) Código Civil de 1884	61

c)	Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917	62
d)	Código Civil de 1928	62
III.	La Tutela Cautelar en la Ciudad de México	62
IV.	Características	65
A.	Por su Objeto	65
B.	Fundamento en el Principio de Autonomía de la Voluntad	65
C.	Únicamente los Mayores y los Menores de Edad Emancipados, Pueden Ser Lo Sujetos Pasivos de la Tutela Cautelar	66
D.	Preventiva y Correctiva	68
E.	Prioritaria y Excluyente	71
F.	Constitución Solemne	72
G.	Modulación de Derechos y Obligaciones del Tutor Designado	74
H.	Ausencia de Curador	74
I.	Revocable	75
V.	Proceso de Constitución	75
VI.	Proceso de Sustanciación	78
A.	Proceso de Declaración de Interdicción	79
a)	Diligencias Prejudiciales o Jurisdicción Voluntaria	79
b)	Juicio Ordinario	82
VII.	La Tutela Cautelar en Otras Entidades Federativas	83
A.	Coahuila de Zaragoza. Tutela Autodesignada	83
B.	Estado de México. Tutela Voluntaria	85
C.	Morelos. Tutela Preventiva	85
D.	Baja California Sur. Tutela Autodesignada	86
E.	Guanajuato. Tutela Autodesignada	86
F.	Zacatecas. Tutela Autodesignada	87
G.	Baja California. Tutela Autodesignada	87
H.	Hidalgo. Tutela Voluntaria	88
I.	Nayarit. Tutela Autodesignada	88
J.	Durango. Tutela Autodesignada	89
K.	San Luis Potosí. Tutela Auto Asignada	90
L.	Chihuahua. Tutela Autodesignada	90
M.	Colima. Tutela Cautelar	90
N.	Nuevo León. Tutela Cautelar	91
O.	Puebla. Tutela Voluntaria	92
P.	Chiapas. Tutela Voluntaria	93
Q.	Tlaxcala. Tutela Preventiva	93

CAPÍTULO TERCERO
EFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR

I.	Derecho Eficaz	95
II.	Teoría de los Tres Círculos de Eduardo García Maynez	95
III.	Cifras Oficiales de Constitución de la Tutela Cautelar	99
IV.	Percepción de la Población sobre la Tutela Cautelar	100
	A. Características de la Población Entrevistada	101
	a) Distribución de la Población según su Sexo	101
	b) Distribución de la Población según su Edad	101
	c) Distribución de la Población según su Estado Civil	102
	d) Distribución de la Población según su Domicilio	102
	B. Cuestionamiento Practicado	103
V.	Campañas de Difusión sobre la Existencia y Otorgamiento, Aplicables a Instituciones Similares a la Tutela Cautelar	109
	A. Campaña “Septiembre, Mes del Testamento”	111
	B. Voluntad Anticipada	116

CAPÍTULO CUARTO
DEFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN E INEFICACIA DE LA
TUTELA CAUTELAR EN LA CIUDAD DE MÉXICO
Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

I.	Deficiencias Regulatorias y Propuesta de Solución	123
	A. Sobre su Denominación	123
	B. Sobre la Capacidad para Otorgarla	126
	C. Sobre Quién Debe Comparecer a su Otorgamiento y El Cómo Debe Hacerse Constar	128
	D. Sobre la Vía de su Constitución	130
	E. Sobre el Aviso de su Constitución	134
	F. Designación de Curador	135
	G. Sobre la Expresión de los Derechos y Obligaciones del o los Designados	136
	H. Sobre el Proceso de su Substanciación	138
II.	Ineficacia de la Tutela Cautelar	146
	A. Sobre la Ineficacia de la Tutela Cautelar y Propuesta de Creación de una Campaña de Difusión	146
	B. Reformas al Testamento Público Abierto y a la Voluntad Anticipada	151
	CONCLUSIONES	153
	BIBLIOGRAFÍA.....	157
	ANEXOS	161

SIGLAS

Código Civil para el Distrito Federal y la Baja California de 1870	CCDFBC de 1870
Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884	CCDFTBC de 1884
Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917	LSRF de 1917
Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal de 1928	CCDTFMCRM de 1928
Código Civil para el Distrito Federal de 2000	CCDF de 2000
Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal	LOTSJDF
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932	CPCDF de 1932
Ley del Notariado para el Distrito Federal de 2000	LNDF de 2000
Ley del Notariado para la Ciudad de México de 2018	LNCM de 2018
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917	CPEUM de 1917
Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza de 1999	CCECZ de 1999
Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza de 2015	LFCZ de 2015
Código Civil para el Estado de México de 2002	CCEM de 2002
Código Familiar para el Estado Libre y Soberano de Morelos, 2006	CFELSM de 2006
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur de 1996	CCELSBCS de 1996
Código Civil para el Estado de Guanajuato de 1967	CCEG de 1967
Código Familiar del Estado de Zacatecas de 1986	CFEZ de 1986
Código Civil para el Estado de Baja California de 1974	CCEBC de 1974
Ley para la Familia del Estado de Hidalgo de 2007	LFEH de 2007
Código Civil para el Estado de Nayarit de 1981	CCEN de 1981
Código Civil del Estado de Durango de 1948	CCED de 1948
Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí de 2008	CFESLP de 2008
Código Civil del Estado de Chihuahua de 1974	CCEC de 1974
Código Civil para el Estado de Colima de 1954	CCEC de 1954
Código Civil para el Estado de Nuevo León de 1935	CCENL de 1935
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla de 1984	CCELSP de 1984
Código Civil del Estado de Chiapas de 1938	CCEC de 1938
Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala de 1976	CCELST de 1976
Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal de 2008	LVADF de 2008
Reglamento de la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal de 2008	RLVADF de 2008

INTRODUCCIÓN

La presente tesis tiene como *objetivo general analizar de forma integral a la tutela cautelar*, la cual es una de las diferentes clases de tutela previstas por el Código Civil aplicable en el actual territorio de la Ciudad de México, *con la finalidad de determinar su nivel de eficacia*. Para ello se estudió de manera detallada los planteamientos doctrinarios realizados por diversos autores, la regulación aplicable y *máxime el conocimiento y perspectiva que al respecto tienen los habitantes de éste territorio, siendo este último criterio el punto total de esta investigación*.

Aunado a lo anterior es necesario señalar que la autora de esta obra tiene con la realización de la misma, no sólo el propósito de obtener el grado de licenciada en Derecho, sino el de *proporcionar a los estudiosos del derecho (a fin de que brinden verdaderas asesorías del tema) y a los que no lo son el conocimiento de la tutela cautelar, misma que a la fecha es poco analizada por la doctrina mexicana, pero que sin lugar a dudas resulta ser interesante y benéfica para todos aquellos que se encuentran solos e imposibilitados de valerse por sí mismos, en estos tiempos en los que recurrir a los familiares ya no es una opción, por la mutación que ha sufrido la familia tradicional, con lazos fuertes e inquebrantables*.

La idea de abordar este tema en el presente trabajo de investigación surgió porque durante dos años de ejercer el derecho en una notaría del extinto Distrito Federal, ninguna persona se presentó (en esta) a solicitar la constitución de dicha clase de tutela o por lo menos asesoría al respecto. De la observancia de lo comentado, derivo la elaboración de la *hipótesis central* de esta investigación consistente en que *los habitantes de dicho territorio, no solicitan asesoría o constituyen tutela cautelar por el desconocimiento que tienen de su existencia, o porque consideran que se trata de un trámite demasiado costoso por realizarse ante Notario, lo cual los coloca en una situación de inseguridad y zozobra. La reforma al ordenamiento jurídico aplicable es la solución de este problema, pues a partir de esta se pueden llegar a establecer tanto mecanismos que tengan como finalidad su divulgación, como más procedimientos para constituirlos*.

A fin de comprobar la hipótesis planteada, *esta investigación parte del análisis de la tutela vista como el género, como la institución jurídica prevista*

por el ordenamiento jurídico aplicable, para llegar al estudio detallado de una de sus clases, tal como lo es la tutela cautelar. La razón por la cual la presente obra se desarrolla de esta manera es porque se considera que para comprender un tema particular es necesario conocer sus generalidades, es decir, para entender el funcionamiento de la tutela cautelar, debe forzosamente conocerse y comprender el funcionamiento de la tutela en general, dado que las reglas previstas para esta última le son aplicables, por ser simplemente una especie, tipo o como la denomina la legislación clase de aquella. Dicho desarrollo fue realizado a partir de la utilización de tres diferentes técnicas de investigación, tales como la bibliográfica, hemerográfica y de campo.

Es por lo comentado que la estructura de esta obra se compone cuatro capítulos, el primero intitulado *Panorama General*, en el cual se analiza detalladamente a la tutela en general, partiendo del estudio de los diversos conceptos que sobre ella se han elaborado, su evolución normativa, tanto en ordenamientos jurídicos extranjeros como en los nacionales, su naturaleza jurídica, sus características, los órganos que la componen y sus diversas clases o tipos; el segundo denominado *De la Tutela Cautelar*, abocado al estudio de dicha clase de tutela, desde la perspectiva doctrinal y legislativa, razón por la cual en este se abordan los conceptos elaborados sobre la dicha clase de tutela, su evolución y presencia en distintos ordenamientos jurídicos, tanto extranjeros como nacionales, el proceso legislativo que origino su regulación, sus características, su proceso de constitución, su proceso de sustanciación, y su regulación en los ordenamientos jurídicos estatales, que la prevén; el tercero, sin lugar a dudas uno de los más importantes para comprobar la hipótesis planteada, es titulado *Eficacia De la Tutela Cautelar*, y en este se aborda el concepto del derecho eficaz, la teoría de los tres círculos de Eduardo García Máynez, las cifras oficiales sobre la constitución de la tutela cautelar, la percepción que tiene la población de la actual Ciudad de México sobre dicha clase de tutela, y el origen y consistencia de dos distintas campañas que existen para la difusión de instituciones similares a la tutela cautelar, tal como lo son el testamento y la voluntad anticipada; finalmente el cuarto capítulo que se denomina *Deficiencias En La Regulación E Ineficacia De La Tutela Cautelar En La Ciudad De México Y Propuestas De Solución*, en el cual se enlistan y exponen las diversas deficiencias encontradas, tras el

análisis realizado a lo largo de los capítulos segundo y tercero, en la regulación de dicha clase de tutela, así como de las medidas que de llegar a adoptarse les dan solución, además se propone la adopción de dos distintas medidas que tienen como objetivo propagar entre la población en general y los que se dedican al estudio y práctica del derecho, el conocimiento de dicha clase de tutela, a fin de erradicar el problema de ineficacia de esta.

Como es de observarse el presente estudio se divide en dos grandes apartados, el primero de ellos abocado a proporcionar al lector un conocimiento general sobre el funcionamiento de la tutela vista como institución jurídica, como la especie, y el segundo dedicado a exponer tanto los análisis doctrinarios como la regulación aplicable al género de la tutela denominado tutela cautelar.

Finalmente es de mencionar que la investigación de mérito fue realizada en el lapso en que seguía en vigor la ley del Notariado para el Distrito Federal del año 2000, razón por la cual en los apartados en que se hace referencia a dicho ordenamiento jurídico, se mencionan tanto los artículos de la ley abrogada, como los pertenecientes a la ley en vigor.

CAPÍTULO PRIMERO PANORAMA GENERAL

I. Concepto de Tutela

Todo análisis que se realice, cualquiera que sea su objeto, debe comenzar por la definición del mismo, pues con ello se establecen sus aspectos principales, motivo por el cual, el presente estudio comienza por la explicación del concepto de tutela, pues conocerlo permite determinar o fijar su naturaleza, fuente, objeto, efectos jurídicos, etcétera.

La palabra tutela proviene del vocablo latino *tueor*, que significa proteger o defender.¹

En el lenguaje común, dicha palabra es entendida en dos distintos criterios, el primero como la "...autoridad que, en defecto de la paterna o materna, se confiere para cuidar de la persona y los bienes de aquel que, por minoría de edad o por otra causa, no tiene completa capacidad civil"; y el segundo como la "dirección, amparo o defensa de una persona respecto de otra".²

Por lo que respecta al significado jurídico, es de señalarse que tanto el poder legislativo (en el texto del artículo 449 del Código Civil vigente)³ y el poder judicial (en los diversos criterios interpretativos que ha emitido sobre la tutela), han omitido definirla, limitándose únicamente a enunciar su objeto.⁴

¹ Cfr. Zavala Pérez, Diego H., *Derecho familiar*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 357.

² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, [en línea], Madrid, 2017, [fecha y hora de consulta: 23 de noviembre de 2017, 18 horas], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=azNzA8J>

³ CCDF, 2000, art. 449. "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. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley..."

⁴ Ejemplo de la omisión de definición de la tutela, por parte del poder Judicial, son los criterios jurisprudenciales que a continuación se enuncian:

Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. LIII, p. 289. "... la patria potestad excluye a la tutela, desde el momento en que ésta únicamente se realiza para la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural o legal, o sólo la segunda, para gobernarse por ellos mismos; regla general que sólo admite la excepción de la tutela interina o tutela específica..."

Tesis: XV.4º.13 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, octubre de 2009, p. 1656. "De un análisis sistemático, armónico e integral de los artículos... que regulan la tutela, se advierte que su finalidad es salvaguardar la persona y el patrimonio del incapaz; congruente con su objetivo, el legislador introdujo como requisito que el tutor recabe autorización judicial en aquellos actos en los que consideró que está de por medio la

Ahora bien, por lo que respecta al campo doctrinal, muchos han sido los autores que han elaborado definiciones sobre la tutela, resultando algunas de las más trascendentes, las siguientes:

Diego H. Zavala define a la tutela como:

“...la institución de interés público, con la finalidad de la representación jurídica, protección de la persona y administración de bienes de los menores de edad no sujetos a patria potestad y mayores de edad incapacitados; quién la ejerce se denomina tutor y sobre quién se ejerce llamase pupilo”.⁵

En este tenor, Ernesto Gutiérrez y González, comenta:

“...una figura jurídica por la cual, a través de las formas que establece la ley, se confiere a un incapacitado, al cual se designa pupilo (a) por cualquier causa que lo sea, y que carece de quién ejerza respecto de la patria potestad una persona capaz, que se designa como tutor o tutora, que va a realizar respecto de él y de sus bienes pecuniarios, todos los actos de representación para su cuidado y el ejercicio de sus derechos”.⁶

Mientras que para Jorge Mario Magallón Ibarra la tutela está:

“Íntimamente ligada al concepto de la patria potestad vamos a encontrar que la tutela es una institución supletoria de aquella. Esto es, ópera en aquellos casos en los que la patria potestad no existe, y excepcionalmente concurre con ella en circunstancias especiales a promover de protección a los menores o incapacitados en los casos en los que pudiera ser que, quién tiene a su cargo la protección paterna, pudiera tener un interés contrario a aquel de los hijos que le estuvieren sometidos”.⁷

A juicio de Manuel Chávez Asencio es:

persona y 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...”

⁵ Zavala Pérez, Diego H., *op. cit.*, p. 357.

⁶ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 613.

⁷ Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 2001, t. III, p. 585.

“...una institución formada por un conjunto de reglas de derecho, de orden público, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, tienen incapacidad legal y natural, o solamente la segunda para gobernarse a sí mismos y que responde a una necesidad social en beneficio de los menores e incapaces”.⁸

A su vez Julio J. López del Carril la entiende como la:

“...institución tuitiva, personalísima, que funciona como carga pública, representando y cuidando la persona del menor no sometido a la patria potestad, atendiendo a su salud física y moral, a su educación y asistencia, administrando al incapaz y asumiendo su representación legítima en todos los actos de la vida civil”.⁹

Por su parte, Iván Lagunes Pérez señala que:

“...en su más amplia acepción, quiere decir el mandato que emerge de la ley determinando una potestad jurídica sobre la persona y bienes de quienes, por diversas razones se presume hacen necesaria tal protección,... constituye una función social que la ley impone a las personas aptas para proteger a menores de edad y mayores incapaces, generalmente no sujetos a patria potestad, en la realización de su vida jurídica”.¹⁰

Finalmente, Benjamín Flores Barroeta explica que la tutela es un:

“...cargo de interés público, del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima y tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solo la segunda para gobernarse por sí mismos, pudiendo tener también por objeto, la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala ley”.¹¹

Del análisis de las definiciones antes enlistadas, se concluye que no todas contemplan los mismos elementos, o bien, si lo hacen lo realizan de

⁸ Chávez Asencio, Manuel F., *La familia en el derecho, relaciones jurídicas, paterno filiales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 406.

⁹ Citado por SCJN, *Temas selectos de derecho familiar, tutela*, México, s. e., 2014, p. 10

¹⁰ Citado por *Ibíd*em, p. 11.

¹¹ Citado por *Ibíd*em, p. 12.

diferente forma, pero que a pesar de dichas discrepancias, existen elementos que son de vital importancia para conceptualizar a la tutela tales como su naturaleza jurídica, los sujetos que en ella intervienen, su objeto, finalidad y algunas de sus características.

En este tenor, *la tutela es la institución de interés público que emana de la ley y que consiste en la protección, cuidado, asistencia y representación de la persona y administración del patrimonio, que proporciona el tutor o tutriz, de forma personalísima, obligatoria y extremadamente vigilada, al que carece de manera total o parcial de capacidad de ejercicio y que puede o no estar sujeto a patria potestad, a quien se denomina pupilo.*

II. Evolución

Estudiar la historia de la tutela permite conocer, entre otras cosas, la problemática social a la que respondió su origen, así como las modificaciones que ha tenido su regulación en los distintos ordenamientos jurídicos, tanto antiguos como contemporáneos, en donde se ha previsto. Es decir, permite conocer el porqué, el cómo y el para qué de dicha institución.

La tutela fue regulada en diversos ordenamientos jurídicos antiguos, entre los que figuran el egipcio, el griego,¹² el romano y el germano. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, en este apartado se analizarán a detalle únicamente las disposiciones tutelares previstas por el derecho romano y germánico, por ser estos la base de la familia jurídica Romano-Germánica, a la cual pertenece el sistema jurídico¹³ mexicano. Así como las legislaciones que influyeron de forma directa a la legislación tutelar mexicana, como son el

¹² De Ibarrola, Antonio, *Derecho de familia*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993, p.471. “En Atenas, el patrimonio de un menor de 18 años de edad, estaba administrado por un tutor, quien podía ser designado por el padre, y a falta de designación, el agnado más próximo, por línea paterna, y quien adquiría obligaciones tales como brindar alimentos al pupilo y responder al término de la tutela, por mal manejo de funciones. Su función estaba supervisada por el magistrado principal y por cualquier ciudadano, dado que tenían la potestad de presentar queja en contra de un tutor negligente. Finalmente, señala que, tanto en Atenas como en el Egipto Helénico había una clara distinción en cuanto a las funciones y terminología que se usaba para la tutela, el poder doméstico, poder y autoridad sobre la mujer”.

¹³ Citado por González Marín, Nuría, “Sistemas jurídicos contemporáneos. Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica”, *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2000, no. 30, p. 628. “...el conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo es lo que constituye un Sistema Jurídico, es decir, el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad o que rigen en un determinado ámbito geográfico”.

derecho español y el derecho francés, mismos que, como resulta obvio, también pertenecen a la citada familia jurídica.

A. Internacional

a) Roma

En Roma la tutela y la curatela, tuvieron como finalidad la protección de las personas¹⁴ que, por razones de edad, sexo, locura o por ser pródigos, estaban incapacitadas, de ejercer algunos de sus derechos y cumplir con algunas de sus obligaciones, por sí mismas.

Desde los tiempos romanos más remotos, se estableció una clara distinción entre la tutela y la curatela,¹⁵ basada en la razón por la que se consideraba incapaz a la persona. Por ello la tutela¹⁶ sólo fue aplicable para los *infans* (niños de 0 a 7 años), los *impuberes* (de 7 años hasta el comienzo de la capacidad sexual, que para las mujeres fueron los 12 años y para los hombres los 14 años) y para las mujeres (tutela que desapareció en el tiempo de Justiniano);¹⁷ mientras que la curatela se ejercía sobre los *impúberes* (mayores de 12 o 14 años pero menores de 25 años), *pródigos* (quienes dilapidaban sus bienes) y los que padecían de locura (*furiosi* y en tiempos de Justiniano, también fue aplicable para los *mente capti*). Sin embargo, con el pasar del tiempo el anterior criterio de distinción fue inaplicable y por ello se dice que en realidad la diferenciación se basó en que la tutela tuvo como objeto principal el

¹⁴ Huber Olea Contro, Francisco José, *Derecho romano I*, México, Iure editores, 2006, p. 164. "Para el derecho romano, a diferencia de nuestro derecho, no todos los seres humanos son personas, sino que para acceder a dicho estatus, es indispensable reunir los requisitos exigidos por la ley: en primer lugar ser libre (*status libertatis*), contar con la ciudadanía romana (*status civitatis*) y estar exento de la patria potestad (*status familiae*)..."

¹⁵ A diferencia de la regulación vigente, donde la curatela es una figura complementaria de la tutela.

¹⁶ Huber Olea Contro, Francisco José, *op. cit.*, p. 164. Respecto de la definición de tutela, el jurisconsulto Servio señaló que era el: "...Derecho y potestad en una persona libre para proteger a aquel o aquella que por su edad o por su sexo no pueden defenderse, dado y otorgado por el Derecho Civil".

¹⁷ Bialostosky, Sara, *Panorama del derecho romano*, 9a. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 66 y 67. "El régimen de la *tutela mulierum* se empezó a desvirtuar a través de ciertas medidas legislativas, a saber:

- a) El pretor obliga a los tutores a autorizar negocios ya realizados por la mujer.
- b) Se le permite a la mujer rechazar la tutela legítima y escoger su tutor (*optio tutoris*) y se le otorga el recurso de la *coemptio fiduciaria*, para cesar al tutor legítimo.
- c) Las *Leges Julia* y *Papia Poppaen* (18 a. C.) dispensan de la tutela (*ius liberorum*) a la ingenua que tuviera tres hijos y a la manumitida que tuviera cuatro.
- d) La *Lex Claudia de tutela mulierum* declara abolida la tutela legítima de las mujeres..."

cuidado de la persona, mientras que la curatela podía darse sólo para la administración del patrimonio de los incapaces.

En ese contexto, la evolución histórica de la tutela y curatela, en el derecho romano, puede dividirse en dos etapas, las cuales atienden al grado de intervención del Estado y a la naturaleza que el ordenamiento jurídico les fue dando, estas etapas son:

PRIMERA: En principio la tutela y curatela, fueron concebidas como el derecho que tenían los familiares del incapaz (en especial el *pater familias*), de brindarles protección, a través de sus propias reglas y métodos. Lo anterior debido a la creencia de las familias romanas, relacionada con que los bienes de un miembro pertenecían a todos, y con la finalidad de evitar la dilapidación de su supuesto patrimonio.¹⁸

SEGUNDA: Con el pasar del tiempo, se fue desarrollando la idea de que la tutela debía versar no sólo sobre la protección del patrimonio, sino también de la persona, razón por la cual el Estado le otorgó el carácter público y emitió normas que regulaban el nombramiento, gestión y responsabilidad de los tutores, así como los derechos del incapaz en las relaciones jurídicas, y acciones a favor del tutor y del pupilo.

Fue así como la tutela y curatela, se transformaron y pasaron de ser un asunto familiar, a ser de orden público, y por consiguiente, de ser un derecho del tutor o curador, a un poder jurídico, posteriormente a una *manus*¹⁹ y finalmente a un *onus*²⁰ por ser un cargo establecido en beneficio del pupilo.

A partir de que a la tutela se le otorgó el carácter de público, de esta se conocieron tres diferentes clases, las cuales se diferenciaban unas de otras, de acuerdo a la forma en que se designaba al tutor, y fueron:

¹⁸ Cfr. Brena Sesma, Ingrid, *Intervención del Estado en la tutela de menores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 21.

¹⁹ Cisneros Farías, Germán, *Diccionario de frases y aforismos latinos, una compilación sencilla de términos jurídicos*, México, UNAM, 2003, p. 74. "Poder que corresponde al marido sui iuris sobre la mujer casada conforme a las formas de la *confarreatio*, *cometió* o *usus*, o al *pater familias* del marido en el caso de él estar sometido todavía a la potestad del mismo, esto es, ser aún *alieni iuris*. Posteriormente se admite que puede corresponder a una tercera persona a título temporal. Según algunos, originariamente significa un poder conjunto del *paterfamilias* sobre su mujer, descendientes, personas *in mancipio* y esclavos".

²⁰ Obligación de la que solo se puede sustraer comprobando una causa de dispensa.

1. Tutela testamentaria: Se denomina de esta forma, cuando la designación de tutor era dada por quién ejercía la patria potestad sobre el incapaz, mediante su disposición testamentaria. El tutor designado podía aceptar o renunciar (*abdicatio tutelae*) al cargo.

2. Tutela legítima: Únicamente se aplicaba cuando no existía designación de tutor testamentario. En estos casos, la ley establecía que los *agnados*²¹ más próximos, o los *gentiles*²² debían desempeñar el cargo, esto cambio en los tiempos de Justiniano, en los que se determinó que el *cognado*²³ más próximo, también podía desempeñar el cargo. El tutor legítimo podía transferir su cargo (a través de la *in iure cessio*)²⁴ a un tercero; y

3. Tutela dativa: Esta clase de tutela era aplicada cuando se carecía de tutor testamentario, de *agnados*, *gentiles* y de *cognados*. Quien nombraba a la persona que ejercería el cargo era en principio, el *praetor* o los tribunos, con posterioridad el cónsul, luego un *praetor* especial y finalmente se determinó que a los incapaces ricos, les designará tutor un magistrado. El tutor dativo sólo podía excusarse del cargo aduciendo razones graves que le impedían ejercerla.

Ahora bien, por lo que respecta al ejercicio de la tutela y de la curatela, este variaba de acuerdo a las razones por las que se consideraba a la persona incapaz.

Para el caso de la tutela ejercida sobre los *infans*, y de la curatela a la que estaban sujetos los locos y *pródigos*, la protección que brindó el derecho romano fue total, en razón de la edad y las deficiencias del pupilo, según el caso en particular. Durante la vigencia de ambas instituciones, los pupilos no podían por ningún motivo, realizar actos jurídicos o cumplir con obligaciones, por sí mismos, por ello el tutor o curador, debía ejercer una representación indirecta, a través de la *gestio negotiorum*, es decir, los actos jurídicos que celebraban, eran a nombre propio pero a cuenta de su pupilo. Las

²¹ Agnado es el pariente consanguíneo por una sola línea recta.

²² Gentil miembro de la *gens*.

²³ Cognado es el pariente por ambas líneas, de manera recta y colateral.

²⁴ La *in iure cessio* era una forma de adquirir la propiedad romana, y que era usada para realizar otros actos, como la transferencia del cargo de tutor y la cual consistía en el reclamo realizado con el uso de una forma sacramental por el que pretendía ser tutor al que ejercía

consecuencias jurídicas, repercutían de forma directa en el patrimonio del tutor o curador. En relación con la tutela, cuando esta finalizaba, el tutor debía transferir los beneficios obtenidos al patrimonio del ex pupilo.

Mientras que el tutor o el curador de los *impúberes*, podía realizar actos a beneficio de su pupilo, a través de la *gestio negotiorum* (la cual funcionaba como en el caso de la tutela de los *infans*) y la *auctoritatis interposito*, consistente en la celebración de actos jurídicos por parte del propio incapaz, con la vigilancia de su tutor, y cuyas consecuencias recaían de forma directa en el patrimonio del pupilo.

Asimismo, el Derecho romano diseñó un sistema avanzado, con la finalidad de proteger al pupilo del actuar del tutor o curador, y viceversa, a través del establecimiento de obligaciones, prohibiciones y acciones.

Respecto de las obligaciones, el tutor y curador debían presentar inventario de los bienes del pupilo y dar caución por su gestión, con excepción del tutor testamentario; por prohibiciones, existían, entre otras, la de contraer matrimonio con la pupila, otorgar donaciones y enajenar bienes inmuebles; y entre las acciones, se encontraban previstas, la *postulatio* pública (ejercida cuando se sospechaba que el tutor hacía mal uso de los bienes del pupilo, en principio podía ser ejercida por cualquier persona, salvo el pupilo, y en tiempos de Justiniano procedía de oficio), la *actio de rationibus distrahendis* (acción penal que consistía en la restitución del doble de la parte del patrimonio que el tutor hubiese sustraído del patrimonio del pupilo), la *actio tutelae* (ejercida contra el tutor testamentario y dativo, consistente en la restitución de las cosas y resultados, al finalizar la tutela), la *actio tutelae contraria* (ejercida por el tutor contra el pupilo, a fin de exigir el pago de créditos), la *actio ex stipulatu* (ejercida contra el tutor legítimo, consistente en el exigimiento de la restitución de las cosas y resultados de la tutela, una vez finalizada), el *privilegium exigendi* (relacionado al beneficio que tenía el pupilo de ser pagado antes que los acreedores del pupilo, en el caso de quiebra del primero) y la *actio negotiorum gestorum utilis*, ejercida por el pupilo contra el curador.²⁵

dicho cargo, y en el silencio que este último guardaba, en razón del cual se consideraba como abandonado el cargo y deferido por el segundo, todo este proceso era llevado ante el *praetor*.

²⁵ Cfr. Bialostosky, Sara, *op. cit.*, p. 65 y 66.

Finalmente, es de señalarse que la tutela podía extinguirse por la actualización de cualquiera de las siguientes situaciones fácticas:

- a) Por llegar a la pubertad el pupilo (si es varón).
- b) Por la *capitis deminutio* máxima o media del pupilo o del tutor.
- c) Por adrogación del pupilo o del tutor.
- d) Por caer *in manu* (si es mujer).
- e) Por muerte del tutor o del pupilo.
- f) Por haber prosperado la *postulatio* que acusaba al tutor del crimen *suspecti tutoris*.
- g) Por haberse aceptado una excusa de parte del tutor”.²⁶

Mientras que de la curatela de los menores de 25 años se extinguía por:

- a) Por muerte del curador o pupilo.
 - b) Por *capitis deminutio* máxima o media del curador o pupilo.
 - c) Por la *venia aetatis*.
 - d) Por cumplir 25 años”.²⁷
- b) Pueblos Germánicos

Explicar el desarrollo de la tutela en el derecho germánico implica un cierto grado de complicación, dado que su desenvolvimiento fue de forma desigual en las distintas áreas en que dicho ordenamiento tuvo aplicación; es por ello que debe hacerse una clasificación, entre los pueblos que aplicaron en todo momento y de forma pura, el sistema que disponía su ordenamiento jurídico, y aquellos otros que adoptaron elementos del derecho romano. A continuación se explican ambos sistemas.

El derecho germánico, originalmente dispuso que cuando el varón que ejercía la *munt*²⁸ fallecía, su viuda e hijos, pasaban al cuidado de la *sippe*,²⁹

²⁶ *Ídem*.

²⁷ *Ibidem*, p. 68.

²⁸ Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, p. 21. La *munt* fue concebida como la “Potestad jurídica personal sobre todos aquellos que se encuentran vinculados con la comunidad doméstica... El titular de la *munt* cuida y protege a los miembros de su grupo y representa hacia el exterior a todos los sometidos a él; se hace cargo de los procesos en los que estén involucrados y responde de los delitos por ellos cometidos...”

²⁹ *Cfr. Ídem*. En los Pueblos Germánicos, se denominó *sippe* a la asociación agraria y militar, conformada por los hijos que el varón hubiere procreado durante el matrimonio; por los hijos que la mujer hubiere procreado tanto en el matrimonio como fuera de él, quienes comparten el mismo padre troncal; y por las personas libres que sin ser parientes, entran a la *sippe*, mediante el acto jurídico denominado otorgamiento de linaje. Dicho en otras palabras, la *sippe*,

misma que ante la imposibilidad de brindarles protección de forma personalizada, les nombraba, de entre sus miembros, a un *mundium*,³⁰ quien bajo su más estricta responsabilidad, se encargaba de su cuidado, protección y celebración de sus negocios, recibiendo como remuneración las rentas sobrantes, una vez cubiertos los gastos de manutención de dichos incapaces, así como la propiedad de los bienes muebles de los cuales estos últimos fueran titulares,³¹ y quien al término de su gestión debía presentar al o los ex pupilos y a la *sippe*, una rendición de cuentas.

Como es de observarse la tutela, fue concebida por el derecho germánico como un tema meramente familiar, razón por la cual se desconoció la existencia de la tutela testamentaria, y por la cual la *sippe* contó con facultades para designar y deponer al *mundium*, vigilar y valorar su actuación y otorgar su consentimiento en asuntos importantes como la enajenación de bienes y adquisición de estado, de los incapaces.³²

Aunado a lo anterior, Ignacio Galindo Garfias señala que:

“La tutela correspondía por tanto, entre los germanos a toda la familia; y asimismo, por transformación de esta protección, colectiva y familiar, nació la tutela ejercida por uno de los parientes más próximos; aunque conservando la familia una tutela superior o de alta inspección, con derecho a intervenir en los actos, más importantes del pupilo...”³³

En principio el sistema tutelar anteriormente descrito fue el que se aplicó entre los germanos, sin embargo, con el pasar del tiempo y debido a las conquistas que estos realizaron a comunidades romanas, surgió un nuevo sistema tutelar, el cual se caracterizó por la adopción de elementos regulados por el derecho romano. Dicho sistema se aplicó principalmente en el pueblo germano conocido como el franco, el cual, señala Ingrid Brena Sesma que por

era el grupo de personas que se organizaban en familias y que compartían o no un ascendiente en común.

³⁰ Esta palabra fue utilizada para referirse al tutor.

³¹ Cfr. Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, p. 21. La razón por la cual el *mundium* obtenía la propiedad de estos bienes fue que la tutela germánico operó bajo el principio de “El patrimonio del menor no debe disminuir ni aumentar”, es decir, con el mismo patrimonio con que comenzaba la tutela, debía terminar.

³² Cfr. *Ibidem*, pp. 20 a la 22.

³³ Galindo Garfías, Ignacio, *Derecho civil primer curso, parte general, personas, familia*, 13a. ed., México, Porrúa, 1994, p. 716.

su decisión de conversión a la ortodoxia de la Iglesia cristiana, recibió la herencia del Derecho romano posclásico, en cuanto a la intervención del Estado, con la *tutela regia* que consistía en la atribución que hizo el rey germano en cuanto a la protección de los huérfanos, viudas, peregrinos y extranjeros. Este tipo de tutela puede ser entendida como la facultad que tenía el rey y que ejercía a través de representantes jurisdiccionales, de nombrar, vigilar y destituir a los tutores, así como la autorización de celebrar determinados actos de disposición de bienes pupilares.³⁴

c) España. Las Siete Partidas

La regulación establecida por las Siete Partidas, en relación a la tutela y curatela incorporó elementos tanto del derecho romano, como del derecho germánico.

La tutela fue definida en la Partida VI, Título XVI, Ley I, como "...la guarda que es dada y otorgada al huérfano libre menor de 14 años, y a la huérfana menor de 12 años, que no se puede ni sabe amparar...".³⁵ Asimismo, fueron previstas la tutela testamentaria, legítima y dativa. En todo caso, el objeto principal, de todo tipo de tutela, consistía, en la guarda de la persona y de manera secundaria la de su patrimonio, en ambos casos de forma total; quien debía estar sujeto a ella no podía rechazarla ni destituir al tutor; y concluía cuando el menor llegaba a la mayoría de edad.

A diferencia de la tutela, la curatela fue definida en la Partida VI, Título XVI, Ley XIII, como la institución que tenía como finalidad la guarda de los mayores de 14 años y menores de 25 años, así como de los mayores que fuesen catalogados como locos. Su objeto principal era el cuidado de los bienes y secundariamente el cuidado de la persona, podía ser de forma total o parcial, es decir, determinarse sólo para casos en específico; y concluía cuando el incapaz llegará a los 25 años, recuperara el sentido, o se presentará el fallecimiento del curador o del pupilo.

d) Francia. El Código de Napoleón

Señala Fausto Rico Álvarez que el Código de Napoleón previó la existencia tanto de la tutela como de la curatela, al igual que el derecho

³⁴ Cfr. Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

³⁵ Zavala Pérez, Diego H., *op. cit.*, p. 359.

romano, pero regulando a ambas instituciones de forma distinta,³⁶ dado que en el derecho francés, el carácter de estas dos instituciones fue meramente familiar.

Por lo que respecta a la tutela, ésta tenía aplicación para el caso de que falleciera uno o ambos titulares de la patria potestad de un menor de edad o de un interdicto. En el supuesto de que sólo falleciera uno de los ascendientes, el supérstite continuaba en ejercicio de la patria potestad, y además se le otorgaba la tutela del mismo,³⁷ asimismo, le asistía el derecho de designar, a través de su testamento o por declaración ante Juez, a la persona que continuaría con el ejercicio de la tutela, una vez que él falleciera. A falta de dicha designación, quien ejercía la tutela era el abuelo varón (paterno) y en su defecto los familiares paternos de grados superiores, siempre que fueren varones.

En caso de carecer de estos, quien designaba al tutor era el Consejo de Familia,³⁸ el cual también contaba con la facultad de designar, en toda tutela, a un tutor sustituto, el cual se encargaba de vigilar la gestión del tutor principal.

En cuanto a la curatela, continúa señalando el mismo autor que "...era una figura que tenía por objeto asistir al menor emancipado en la administración de sus bienes. La función del curador se reducía a aconsejar al menor y a estar presente en la celebración de sus actos. El curador no administraba ni celebraba acto alguno a nombre y por cuenta del menor..."³⁹

³⁶ Cfr. Rico Álvarez, Fausto *et al.*, *Derecho de familia, estudios en homenaje a la escuela Libre de Derecho, con motivo de su primer centenario*, 2a. ed., México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, p. 448.

³⁷ De ahí que se sostenga que en Francia, a diferencia de Roma, la patria potestad podía coexistir con la tutela, y ambas podían ser ejercidas por la misma persona.

³⁸ Planiol, Marcel y Ripert, George, *Tratado práctico de derecho civil francés, personas*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal – UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. I, p. 417. En el Derecho Francés, "El mecanismo de la organización tutelar tiene cuatro engranajes: 1° la potestad tutelar reside esencialmente en el Consejo de familia, que continúa, en cierto modo, la patria potestad...; en nuestro derecho, la tutela es, pues, sobre todo una magistratura familiar; 2° en la administración corriente de la tutela, el tutor es el que actúa tiene cuidado del menor y la representa; 3° el sub-tutor vigila al tutor y algunas veces lo sustituye; 4° el tribunal, colocado por encima del Consejo de familia. Su intervención siempre necesaria en algunos actos muy graves".

³⁹ Rico Álvarez, Fausto *et. al.*, *op. cit.*, p. 449.

B. Nacional

a) Código Civil de 1870 ⁴⁰

El Código Civil de 1870 reguló la institución de la tutela en su Título IX, artículos 430 al 668, y a la curatela en su Título X, artículo 669 al 688.

Dicho Código dispuso que el objeto de la tutela era "...la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos".⁴¹

Por lo que corresponde al objeto de la curatela, este no se estableció de forma textual, sin embargo, de la interpretación del artículo 674, se concluye que la finalidad de esta fue la protección del pupilo respecto del actuar del tutor, a través de su representación en Juicio o fuera de él (para el caso de que este tuviese intereses contrarios a los de su tutor), de la vigilancia del actuar del tutor y la comunicación que debía hacer al Juez, si este fuese dañino para el incapaz, y la notificación al Juez, del abandono del cargo de tutor.⁴²

Tanto el cargo de tutor, como el de curador se podían deferir por testamento, ley, nombramiento exclusivo del Juez, o bien por *elección del mismo incapaz con la confirmación de la mencionada autoridad*.⁴³

En relación con las hipótesis de incapacidad de ejercicio el citado Código dispuso que los menores de edad no emancipados, los mayores de edad que se encontraran privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tuvieran intervalos de lucidez y los sordo-mudos que no supieran leer ni escribir tendrían incapacidad natural y legal,⁴⁴ mientras que los que habiendo sido declarados como pródigos⁴⁵ y los menores de edad legalmente emancipados para los negocios judiciales, sólo tenían incapacidad

⁴⁰ Baqueiro Rojas, Edgard, "El derecho de familia en el código civil de 1870", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, mayo – agosto, 2017, t. LXVI, no. 268, pp. 379 y 380. Según Edgard Baqueiro Rojas, este Código fue sancionado por el Congreso de la Unión el 13 de diciembre de 1870, entrando en vigor el 1 de marzo de 1871, en el Distrito Federal y el Territorio de la Baja California, el cual fue con posterioridad adoptado por la mayoría de los estados integrantes de la federación mexicana, y cuya abrogación se dio por Decreto del 14 de diciembre de 1883.

⁴¹ CCDFBC, 1870, art. 430.

⁴² CCDFBC, 1870, art. 674.

⁴³ CCDFBC, 1870, art. 447.

⁴⁴ CCDFBC, 1870, art. 431.

⁴⁵ Pródigo es la persona que tiene más pasivo que activo, dentro de su patrimonio.

legal.⁴⁶ Al respecto es necesario señalar que para que las personas que presentaran alguna o algunas de las características antes citadas fueran reconocidas como incapaces, se requería de la tramitación de un juicio, el cual concluía con una declaración estatal que podía, en términos generales, ser de estado de minoría o de interdicción.⁴⁷

En este Código se dispuso que la tutela debía ser desempeñada de forma personal y sin opción a eximirse, salvo causa legítima,⁴⁸ por un solo tutor con la intervención de un solo curador,⁴⁹ cargos que no podían recaer en una misma persona,⁵⁰ o entre quienes existiera parentesco, en línea recta sin limitación de grado y en colateral hasta el cuarto grado.⁵¹

Asimismo, las personas que desempeñaran el cargo de tutor o curador no podían ser mujeres, salvo que el incapaz fuere su marido o sus hijos (cuando su cónyuge hubiere fallecido y no hubieren más varones que desempeñaran dicho cargo, siempre y cuando ella continuará soltera), menores de edad, mayores de edad que estuvieren bajo tutela, los que hubieren sido removidos de otra tutela por no caucionar su gestión o por haber desempeñado mal el cargo, los inhabilitados para el desempeño del cargo por sentencia judicial, los que no tuvieren oficio, un modo de vivir conocido o fueran notoriamente de mala vida, los que tuvieren pleito con el menor al momento de deferirse la tutela, los deudores del pupilo y que no hubieren sido exonerados, los jueces o magistrados con jurisdicción en el lugar donde se hallaba el menor

⁴⁶ CCDFBC, 1870, art. 432.

⁴⁷ CCDFBC, 1870, arts. 440, 453, 456, 468 y 472.

⁴⁸ CCDFBC, 1870, arts. 438 y 567.

“Artículo 438. La tutela es un cargo personal, de que ninguno puede eximirse sino por causa legítima”.

“Artículo 567. Pueden excusarse de ser tutores de cualquiera clase:

I. Los empleados superiores del estado;

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que tengan bajo su patria potestad cinco descendientes legítimos;

IV. Los que fueren tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, o por no saber leer, ni escribir, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII. El que tenga a su cargo otra tutela o curaduría”.

⁴⁹ CCDFBC, 1870, arts. 433 y 434.

⁵⁰ CCDFBC, 1870, art. 436.

⁵¹ CCDFBC, 1870, art. 437.

o sus bienes, los empleados públicos y los extranjeros que no tuvieran domicilio en el país.⁵²

En este orden de ideas, es de señalar que el multicitado ordenamiento, dispuso como requisito previo al desempeño de la tutela que, quien hubiese sido designado como tutor o tutriz debía presentar caución,⁵³ salvo determinadas excepciones,⁵⁴ la cual garantizaba el buen desempeño de su gestión.

El plazo para cumplir con dicho requisito era de tres meses, contados a partir de la aceptación de su cargo. Durante ese tiempo, se designaba a un tutor interino,⁵⁵ quien se encargaba únicamente de realizar actos de administración del patrimonio del pupilo.

Por lo que respecta a la forma de la caución, por regla general, esta debía ser dada por hipoteca, y por excepción con fianza, esto sólo, cuando el tutor no contaba con bienes sobre los que pudiera constituir hipoteca o cuando los bienes de los que era titular no eran suficientes, caso en el cual se podía caucionar parte en fianza y parte en hipoteca, o solo con fianza, ello a consideración del juez y del curador.⁵⁶

En cuanto al monto de la caución, este se determinaba en razón del importe de las rentas de los bienes raíces y réditos de los capitales impuestos; por el de los bienes muebles y el de los enseres y semovientes de las fincas rústicas, por el de los productos de las mismas fincas, graduados por peritos, por el término medio de un quinquenio, a elección del Juez; por el de las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles o industriales, calculadas

⁵² CCDFBC, 1870, art. 562.

⁵³ CCDFBC, 1870, art. 578.

⁵⁴ CCDFBC, 1870, art. 585. Las personas exceptuadas de presentar caución o garantía eran:
“I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador;
II. Los tutores, de cualquier clase que sean, siempre que el incapaz no esté en posesión efectiva de sus bienes, y sólo tenga créditos o derechos litigiosos;
III. El padre, la madre y los abuelos en los casos en que conforme a la ley son llamados a la tutela de sus descendientes;

IV. Los que recojan a un expósito, y le alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él”.

⁵⁵ CCDFBC, 1870, art. 584. La tutela interina, solo era aplicable para el caso de que el tutor no presentara caución dentro de los tres meses que tenía para hacerlo.

⁵⁶ CCDFBC, 1870, arts. 578, 579 y 580.

por los libros o a juicio de peritos. Si el tutor no podía dar la caución, en el plazo previsto, el Juez, previa audiencia del curador, podía resolver la disminución de aquella, pero sin que fuese menor a la mitad del monto total determinado.⁵⁷

Dicha caución debía ser actualizada conforme a la disminución o aumento de los conceptos anteriormente enlistados.⁵⁸

Por su forma de constitución la tutela podía ser testamentaria, legítima y dativa.⁵⁹

Se trataba de una tutela testamentaria cuando la persona que ejercía la patria potestad o quien legaba o heredaba a un incapaz (solo para la administración de dichos bienes), en su testamento determinaba tanto el nombre de la persona que debía desempeñar el cargo de tutor, como las reglas, limitaciones y condiciones puestas para la administración de la tutela, salvo que a juicio del Juez y del curador, dichas disposiciones resulten dañosas para el incapaz.⁶⁰

Para el caso de la tutela legítima, esta tenía lugar cuando quien desempeñaba la patria potestad no otorgaba disposición testamentaria, o habiéndola hecho no hubiere determinado nada al respecto; o porque hubiere suspensión o pérdida de la patria potestad; o por causa de divorcio. Quienes debían desempeñar el cargo de tutor eran los hermanos varones, a falta o por impedimento de ellos, los tíos por parte del padre y de la madre, a elección del Juez.⁶¹

Por su parte, la tutela dativa era aplicable cuando se carecía de tutor testamentario o legítimo, o bien habiéndolo, este se encontrara impedido, y en asuntos judiciales en los que interviniera un menor de edad emancipado.

⁵⁷ CCDFBC, 1870, art. 583.

⁵⁸ CCDFBC, 1870, arts. 581 y 582.

⁵⁹ CCDFBC, 1870, art. 447. "...Los cargos de tutor y curador se difieren:

I. En testamento;

II. Por la ley;

III. Por elección del mismo incapaz, confirmada por el Juez;

IV. Por nombramiento exclusivo del Juez".

⁶⁰ Este tipo de tutela se encuentra regulada en el Capítulo V, artículos 526 al 544 del CCDFBC de 1870.

⁶¹ La tutela legítima se reguló en los Capítulos VI, VII y VIII, artículos 545 al 566, del CCDFBC de 1870.

*El nombramiento de tutor dativo podía ser realizado por el Juez, cuando el incapaz fuere menor de 14 años y por el propio incapaz, cuando fuere mayor de la citada edad.*⁶²

Una vez que el tutor comenzaba sus funciones, la legislación civil le otorgaba determinados derechos, obligaciones y prohibiciones, siendo algunos de los más importantes, los que a continuación se enlistan:

*Derechos: La obtención de remuneración por su gestión, la cual podía ser determinada por el testador que designó al tutor, por el Juez, para el caso de los tutores legítimos y dativos,*⁶³ *y el derecho de solicitar la intervención del Juez, para la realización de actos de singular importancia.*⁶⁴

*Obligaciones: El tutor estaba obligado a alimentar y a educar al menor; a cuidar de su persona; a administrar sus bienes, y a representarlo en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros de la misma clase.*⁶⁵

Asimismo, el tutor debía *formar y actualizar inventario solemne y circunstanciado* de todo cuanto constituía el patrimonio del pupilo, así como *admitir donaciones, legados y herencias que llegaran a ser dejadas a favor de su pupilo.*⁶⁶

*Prohibiciones: Dentro de los actos que el tutor tenía prohibido realizar, se encontraba el de vender bienes raíces fuera de subasta pública y judicial (ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella), comprar o arrendar bienes del menor, ni hacer contrato respecto de ellos para el propio tutor, su mujer, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad, salvo que se tratara de venta de bienes, dar en arrendamiento los bienes del menor por más de 9 años, recibir préstamos a nombre del pupilo (salvo que hubiera necesidad y mediara el consentimiento del Juez y curador) y hacerse pago de los créditos que el menor tuviere con él, o aceptar cesión de derechos o de crédito.*⁶⁷

⁶² La tutela dativa estuvo regulada en los capítulos IX y X, artículos 555 al 561.

⁶³ CCDFBC, 1870, art. 632.

⁶⁴ CCDFBC, 1870, art. 635.

⁶⁵ CCDFBC, 1870, arts. 584, 596, 597, 598, 600, 601 y 602. En estas disposiciones se regulaba de forma detallada la manera en como el tutor iba a actuar y los medios de los que se iba a valer para cumplir con las citadas obligaciones.

⁶⁶ CCDFBC, 1870, arts. 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609 y 624.

⁶⁷ CCDFBC, 1870, arts. 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622 y 623.

Por último es de señalar que este ordenamiento jurídico también dispuso la existencia de diferentes causales cuya actualización provocaba la separación del cargo de tutor⁶⁸ y la extinción de la tutela, y por ello, la forma en que el ex tutor debía hacer entrega de los bienes al ex pupilo. Al respecto Edgard Baqueiro Rojas comenta que "...todas ellas encaminadas a la protección de los bienes del incapacitado, han subsistido en sus términos hasta nuestro código actual".⁶⁹

b) Código Civil de 1884 ⁷⁰

En este ordenamiento jurídico se reguló a la tutela en su Título Noveno, artículo 403 al 579 y a la curatela en su Título Décimo, artículo 580 al 589. Sin embargo, muchas de estas disposiciones fueron reproducciones textuales de las contenidas en el Código de 1870, salvo ciertas modificaciones, mismas que a continuación se enlistan:

1. Dispuso que la tutela tenía por objeto tanto la guarda, cuidado, representación y administración de la persona y de los bienes del incapaz no sujeto a la patria potestad, como su representación interina en los casos especiales señalados por la ley.⁷¹

2. Suprimió el supuesto jurídico que consideraba a quienes fueron declarados como pródigos como personas con incapacidad legal.⁷²

3. Ordenó que el cargo de curador sólo podía deferirse por testamento, elección del propio incapaz con la confirmación del Juez o por elección exclusiva de este último.⁷³

4. Previó por primera vez que los menores de edad que padecieran de demencia, idiotismo, imbecilidad o que fueran sordo mudos, estarían bajo la tutela de los menores, pero al cumplir la mayoría de edad, pasarían a la de los

⁶⁸ CCDFBC, 1870, art. 563.

⁶⁹ Baqueiro Rojas, Edgard, *op. cit.*, p. 392.

⁷⁰ El 31 de marzo de 1884 se expidió el Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, el cual fue aprobado el 24 de mayo del mismo año, vigente desde el 1 de junio del citado año, hasta 1917, por lo que concierne a los temas de familia, y hasta 1932 por las materias restantes.

⁷¹ CCDFTBC, 1884, art. 403.

⁷² CCDFTBC, 1884, art. 405.

⁷³ CCDFTBC, 1884, art. 413.

mayores, previo juicio de interdicción, con audiencia de su anterior tutor y curador.⁷⁴

5. *Otorgó al menor de edad, que contara con 14 años cumplidos, el derecho de elegir al hermano que debía ejercer su tutela, para el caso de que hubiere pluralidad de estos parientes.*⁷⁵

6. Estableció que los abuelos, eran las personas que debían desempeñar la tutela legítima del nieto incapaz, dándole preferencia a los paternos, sobre los maternos.⁷⁶

7. Dispuso que quienes habían sido designados como tutores, podían excusarse del ejercicio de dicho cargo, por tener tres o más descendientes legítimos, bajo su patria potestad.⁷⁷

8. Ordenó que el monto de la caución que debía dar el tutor, se debía calcular en atención a las rentas, los réditos y los productos de las fincas que en dos años se debían generar.⁷⁸

9. Para el caso de que el tutor no otorgara la caución en un plazo de tres meses, se determinó que debía nombrarse uno nuevo.⁷⁹

10. Suprimió la aprobación judicial como requisito para la imposición del dinero sobrante al tutor.⁸⁰

11. Estableció que para que procediera el aumento de la retribución del tutor, debían haber sido aprobadas las cuentas de la tutela por dos años consecutivos.⁸¹

12. Dispuso que no era necesaria la designación de curador, para el caso de la tutela interina y no se debían administrar bienes.⁸²

13. Dispuso que el curador tenía derecho a los honorarios señalados por el arancel para los procuradores.⁸³

⁷⁴ CCDFTBC, 1884, arts. 415 y 416.

⁷⁵ CCDFTBC, 1884, art. 447.

⁷⁶ CCDFTBC, 1884, art. 453.

⁷⁷ CCDFTBC, 1884, art. 469, fracción III. La diferencia que presenta esta regulación con la anterior, reside en que el Código de 1870 disponía como causal de excusa que el número de descendientes era más de cinco.

⁷⁸ CCDFTBC, 1884, art. 483.

⁷⁹ CCDFTBC, 1884, art. 485.

⁸⁰ CCDFTBC, 1884, art. 514.

⁸¹ CCDFTBC, 1884, art. 550.

⁸² CCDFTBC, 1884, art. 580.

⁸³ CCDFTBC, 1884, art. 589.

c) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917 ⁸⁴

La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, previó la existencia de la tutela y de la curatela, en su Capítulo XX denominado “Disposiciones Generales Relativas a la Tutela”, artículo 298 al 464, y en el Capítulo XXXIV denominado “Del Curador”, artículo 465 al 474.

Al igual que el Código Civil de 1884, esta Ley recoge muchas de las disposiciones establecidas por el Código Civil de 1870. Dentro de las modificaciones más importantes que dicha legislación hace a la regulación de la tutela, se encuentran:

1. Adicionó a las causales de incapacidad natural y legal, el supuesto de los ebrios habituales.⁸⁵

2. Estableció que la incapacidad legal de los menores de edad emancipados no solo era para las negociaciones judiciales, sino también para la administración de sus bienes.⁸⁶

3. Suprimió el supuesto consistente en que para los asuntos judiciales de un menor, siempre debía nombrársele un tutor dativo.⁸⁷

4. Estableció para el Juez la obligación de cerciorarse del estado del incapaz, a fin de que tomara las medidas convenientes para mejorar la condición de éste.⁸⁸

d) Código Civil de 1928 ⁸⁹

⁸⁴ La Ley sobre Relaciones Familiares fue expedida en la Ciudad de México, el día 9 de abril de 1917, por Venustiano Carranza, en funciones de Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, y cuya publicación en el Diario Oficial de la Federación, se realizó durante los días 14 de abril y 11 de mayo de 1917, entrando en vigor a partir de esta última fecha.

La estructura de este ordenamiento estuvo conformada por 43 capítulos y un apartado denominado “Disposiciones Varias”.

⁸⁵ LSRF, 1917, art. 299, fracción IV.

⁸⁶ LSRF, 1917, art. 300.

⁸⁷ LSRF, 1917, art. 347.

⁸⁸ LSRF, 1917, art. 422.

⁸⁹ El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal fue promulgado por el entonces Titular del Poder Ejecutivo, el general Plutarco Elías Calle, el 30 de agosto de 1928, mismo que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, los días 26 de mayo (artículos 1 al 722), 14 de julio (artículos 723 al 1280), 3 de agosto (artículos 1281 al 1791) y 13 de agosto (1792 al 3044 y nueve artículos transitorios), y cuya vigencia comenzó el 1° de octubre de 1932, debido a la falta de Código de Procedimientos Civiles.

A diferencia de los ordenamientos jurídicos anteriores, el Código Civil de 1928 hizo importantes modificaciones a la regulación de la tutela y curatela, entre las cuales destacan:

1. Organizó las disposiciones de la tutela y de la curatela en un mismo Título, otorgando con ello el correcto tratamiento de institución principal a la tutela y de auxiliar a la curatela, pues no se trata de instituciones distintas sino de una sola, la cual necesita apoyarse de ciertos mecanismos, como la curatela, para su adecuada aplicación y ejercicio.

2. Fue el primer ordenamiento que dio un enfoque humano a la tutela, toda vez que estableció que en la tutela se cuidaría preferentemente al pupilo, en su persona y de forma secundaria en su patrimonio.⁹⁰

3. Dispuso la existencia de mayores mecanismos de control para el actuar del tutor, como fueron el juez pupilar y el consejo local de tutelas.⁹¹

4. Estableció que los ebrios consuetudinarios y las personas que hicieran uso inmoderado de drogas y enervantes, también tendrían incapacidad natural y legal.⁹²

5. Estableció por primera vez que las personas que sin justa causa se negaren a ejercer el cargo de tutor, serían responsables de los daños y perjuicios ocasionados al incapaz.⁹³

6. Proporcionó una visión más igualitaria entre el hombre y la mujer, dado que dispuso que ambos podían ejercer la tutela.⁹⁴

7. Otorgó el derecho al adoptante de nombrar tutor testamentario para el adoptado.⁹⁵

8. Estableció que la caución otorgada por el tutor, podía ser, además de hipoteca y fianza, en prenda.⁹⁶

En conclusión, la tutela ha estado presente desde tiempos muy remotos y en diferentes civilizaciones, ello en virtud de la importancia de su objeto (el cual ha consistido desde siempre, en la guarda y protección de la persona y de

⁹⁰ CCDTFMCRMF, 1928, art. 499.

⁹¹ CCDTFMCRMF, 1928, art. 454.

⁹² CCDTFMCRMF, 1928, art. 450, fracción IV.

⁹³ CCDTFMCRMF, 1928, art. 453.

⁹⁴ CCDTFMCRMF, 1928, arts. 483, 489 y 503.

⁹⁵ CCDTFMCRMF, 1928, art. 481.

⁹⁶ CCDTFMCRMF, 1928, art. 519, fracción I.

los bienes de aquel que carece de capacidad de ejercicio, ya sea de forma total o parcial. Aclarando que algunas legislaciones han dado preferencia a la atención de la persona sobre la del patrimonio), y porque es a través de esta que las personas que no pueden actuar jurídicamente por sí mismos (por ser incapaces) lo hacen.

Al respecto es importante destacar que la tutela no sólo se prevé para la protección de los incapaces y los menores que no se encuentran bajo la patria potestad, ya sea de sus padres o abuelos, sino también para blindar a la sociedad de conflictos que le perjudicarían en demasía, como son, la imposibilidad de contratar con estas personas, provocando que cierto sector de la economía se paralice, incremento en la cifra de personas en situación de calle y por ello, el surgimiento de contingencias sanitarias, el nacimiento o incremento de contribuciones que tengan como fin mantener centros de albergue para este tipo de personas, etcétera.

Dicho en otras palabras, la tutela es la institución jurídica por la cual los distintos ordenamientos jurídicos brindan protección tanto a las personas incapaces y menores que no están bajo la patria potestad, como al resto de la sociedad. Siendo justo esta la razón por la cual las distintas legislaciones han otorgado un carácter rígido y bastante sancionador a las disposiciones relacionadas con esta institución, así como la existencia de diferentes medios que permiten su correcto ejercicio.

III. Naturaleza Jurídica

Estudiar el término de naturaleza jurídica es una tarea compleja, dado que dicho término es abstracto,⁹⁷ es decir, varía en razón de la época, circunstancias y de la perspectiva que tenga el autor de su definición. No obstante, la gran mayoría de los tratados jurídicos dedican considerables apartados al análisis de la naturaleza jurídica del objeto de estudio, pues ello permite proporcionar una explicación integral de dicho objeto.

Es por lo antes mencionado que el presente apartado está dedicado a la explicación de la naturaleza jurídica de la tutela, abordada desde dos perspectivas, la primera encaminada a determinar porque la tutela es jurídica, y

⁹⁷ Cfr. Estévez, José Lois, "Sobre el concepto de naturaleza jurídica", *Anuario de filosofía del derecho*, España, 1956, no. 4, p.159, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2054273.pdf>

la segunda en qué categoría o género jurídico se encuentra ubicada, partiendo de una breve alusión a los estudios realizados por otros autores, sobre este tema.

A. La Naturaleza Jurídica de la Tutela para Otros Autores

a) Manuel Chávez Asencio

A fin de explicar la naturaleza jurídica de la tutela, el profesor Manuel Chávez Asencio realiza tres tipos de análisis.

En el primero relata las distintas concepciones que se tienen de la tutela, clasificándolas, en aquellas que la entienden como institución jurídica, como un poder, como una función jurídica, como un organismo de representación, como una carga pública y como una protección, cuidado o guarda; para llegar a la conclusión de que la tutela es:

“...una institución formada por un conjunto de reglas de Derecho de orden público, cuyo objeto es la guarda de la persona y bienes de los que no están sujetos a patria potestad, tienen capacidad legal y natural o solamente la segunda para gobernarse así mismos, y que responde a una necesidad social en beneficio de los menores incapaces”.⁹⁸

En el segundo, relata que cuando menos existen tres sistemas tutelares, el de: a) tutela de autoridad, el cual considera que la tutela es un asunto del Estado; b) tutela de familia, según el cual la tutela está en manos de un consejo de familia (personas con vínculos de parentesco o buena amistad con el pupilo); y c) sistema mixto, en el cual la tutela es ejercida por un familiar pero bajo la supervisión del Estado.

Finalmente, en el tercer análisis elabora una distinción entre la patria potestad y la tutela, partiendo de la idea de que:

“...se reconoce a la tutela como una institución supletoria de la patria potestad. Por lo tanto, hay una similitud entre ambas instituciones, pero no necesariamente identidad. La institución que la suple, aun cuando haga referencia a la suplida, no puede ser igual a ésta ni por su origen ni por su naturaleza jurídica...”⁹⁹

⁹⁸ Chávez Asencio, Manuel, *op. cit.*, p. 370.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 372.

Con el propósito de sustentar la idea antes planteada, realiza las siguientes aseveraciones: Menciona que la patria potestad emana de un vínculo natural o que surge de la adopción, por lo que se crea un parentesco entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la relación, mientras que en la tutela esto no sucede; asimismo, comenta que los límites en el ejercicio de la patria potestad son menores que los aplicables para la tutela, dado que el tutor debe pedir autorización para realizar cualquier acto debe pedir autorización, mientras que, para quien ejerce la patria potestad, esto no es aplicable. Por lo que se refiere a los sentimientos, señala que en la patria potestad surge afecto, mientras que en la tutela surge un sentimiento de solidaridad; y finalmente señala que la patria potestad es una institución principal mientras que la tutela es una institución subsidiaria.

A manera de conclusión, se puede afirmar que el estudio realizado por Manuel Chávez Asencio está encaminado a determinar la naturaleza jurídica de la tutela, a partir de su esencia, de su estructura, y de encontrar las diferencias específicas que tiene con un género próximo, como lo es la patria potestad. Tratamiento que proporciona herramientas para determinar la naturaleza jurídica de la tutela en un espacio y tiempo determinado.

b) Ignacio Galindo Garfías

Para este autor, la tutela es una institución jurídica, concepto que cita de Renard como "...el conjunto de normas y preceptos armónicamente enlazados y definitivamente establecidos, que estructuran la función del estado de asistencia normal a los jurídicamente capaces".¹⁰⁰

c) Carlos Efrén Rendón Ugalde

En un ejercicio parecido al realizado por Manuel Chávez Asencio, este autor analiza la naturaleza jurídica de la tutela desde distintas concepciones. Comienza por señalar que la tutela es un poder conferido para cuidar a una persona, cuyo origen es legal y no de la naturaleza; continua mencionando a la tutela como una función jurídica conferida a una persona capaz para cuidar a otra persona incapaz; luego analiza a la tutela entendida como un órgano legal o un organismo de representación de incapaces; continua con el análisis de la

¹⁰⁰ Galindo Garfías, Ignacio, *op. cit.*, p. 714.

tutela como una carga pública, como un cuidado llevado bajo la supervisión del Estado y finalmente explica a la tutela como institución.

B. La Naturaleza Jurídica de la Tutela para Fines del Presente Trabajo

Una vez que se ha hecho referencia a los estudios realizados por diversos autores, se procede a desahogar el tema en cuestión, es decir, determinar porque la tutela es jurídica y en qué categoría o género jurídico se encuentra ubicada.

a) ¿Porque la Tutela es Jurídica?

Para poder abordar este aspecto de la tutela, resulta necesario determinar la esencia de la misma, para ello se debe tener una visión amplia de esta, desde su origen hasta la actualidad, para encontrar aquello que no ha cambiado y aquello que la distingue de otros presupuestos jurídicos y que se asemejan a ella.

Como en apartados anteriores se comentó, desde Roma la tutela tuvo como finalidad la protección de los que, en su momento, no tenían capacidad jurídica de actuar, hecho que se mantiene en las legislaciones actuales. En consecuencia se puede determinar que un primer elemento de la esencia de la tutela es que esta es *un mecanismo de protección de quienes por cumplir con la actualización del supuesto jurídico establecido en la norma, no pueden actuar plenamente en el entorno jurídico ya sea de forma total o de forma parcial*. Dicho elemento reviste a la tutela de un carácter jurídico, pues esta no es la protección en el sentido amplio de la palabra, sino que hay una calificación de carácter jurídico de las personas a proteger, es decir la incapacidad es un estado jurídico de la persona y por ende la protección y el mecanismo para salvaguardar a los que tienen la citada condición, debe revestirse de una calidad semejante para superar los impedimentos que la misma norma establece.

En este tenor, la tutela también es jurídica porque *surge si y sólo si existe una calificación legal que la considere necesaria*. Es decir, *la fuente de la tutela es de origen legal*, pues se constituye si se cumplen los supuestos jurídicos de la norma que determinan, para el sujeto pasivo, cuando una persona debe tener tutor, y para el sujeto activo, cuando se pueda ser tutor y se pueda ejercer la tutela, y no por lazos de consanguinidad o parentales, como la patria potestad o la adopción.

Otro común denominador de la tutela en los ordenamientos jurídicos que la regularon y la regulan, es que esta surge para la satisfacción del interés público,¹⁰¹ y no para el del interés individual¹⁰² del incapaz, dado que con ella se evita el surgimiento de futuros conflictos, y porque otorga la posibilidad concreta y segura, a los terceros para contratar con un incapaz, lo que en consecuencia provoca que el patrimonio de este aumente al grado de que sea suficiente para poder sustentar o cubrir sus necesidades económicas. Dicho en otras palabras, la tutela es el medio por el que se busca la armonía y estabilidad de toda una sociedad, asimismo, por el cual se supera el impedimento legal que hace que las personas incapaces no puedan hacer producir su patrimonio, e incluso la posibilidad de que se dé certeza jurídica a los actos que se celebren con incapaces, pues el tutor debe hacer los actos jurídicos conforme a los intereses del pupilo.

Ahora bien, este otro elemento esencial de la tutela, le otorga igualmente el carácter de jurídico ya que por la importancia de su finalidad debe ser regulada por la ley, tanto en su nacimiento, como en la forma en que se ha de desempeñar, ello en razón de la relevancia de los actos que puede realizar el tutor en ejercicio de su cargo, es decir, la tutela, es una actividad vigilada o supervisada, lo cual le impone límites a su actuación, no es libre sino que se debe someter a un control previo o posterior de su actuar ya sea por la propia familia del pupilo o del propio Estado.

En este sentido y para que la tutela funcione con estos criterios, y logre su objetivo, esta se asume como un orden jurídico y ético, ya que debe sujetarse inminentemente a las reglas establecidas por el Estado, procurando el bien, tanto de la sociedad como del incapaz (ahí lo ético).

b) ¿En qué Categoría o Género Jurídico se Encuentra la Tutela?

¹⁰¹ Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo, segundo curso*, 5a. ed., México, Oxford, 2012, p. 156. "...hay interés público cuando un bien o servicio, material o cultural, común a un importante sector de la población, es considerado por el estado de primordial trascendencia proteger o proporcionar... el interés público es la pretensión de un grupo humano de que un bien o actividad material o cultural, que les resulte común, sea proporcionado o protegido por el estado al considerarlo muy valioso".

¹⁰² Se considera interés individual o particular a aquel que tiene una persona por obtener un beneficio exclusivo, propio. Al respecto se dice que la suma de intereses individuales o particulares constituyen intereses colectivos o públicos.

A fin de poder determinar cuál es la categoría o género jurídico en el que se encuentra ubicado la tutela, resulta necesario hacer un ejercicio similar al practicado por algunos de los autores antes citados, es decir, comparar a la tutela con uno de sus géneros más próximos, como lo es la patria potestad, y establecer sus diferencias específicas.

Al respecto, la patria potestad se puede definir como:

“...una institución establecida en el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil)”.¹⁰³

A partir de dicha definición se observa que las similitudes entre la patria potestad y la tutela es su objeto consistente en la protección, asistencia, cuidado, guarda y representación de la persona que se considera incapaz y la administración de su patrimonio, sin embargo hay elementos que la distinguen, mismos que a continuación se señalan.

1. Origen: La primer diferencia entre la tutela y la patria potestad es su origen, para el caso de la tutela, esta surge como un mecanismo jurídico excepcional que busca subsanar la existencia de impedimentos que el sistema jurídico establece a una persona para actuar en el mundo jurídico por su propia voluntad y su propio actuar, es decir gozar de una plena capacidad de ejercicio. En contraste la patria potestad surge, no de la necesidad de subsanar, sino como consecuencia de una relación consanguínea o civil en la cual se establecen lazos de parentesco y cuyo origen o referencia es la relación natural de un padre o madre con su hijo o hija. Es decir en el primer caso es una *construcción normativa* necesaria para subsanar situaciones de derecho concretas, mientras que la segunda surge de la *normativización* de una situación de hecho preexistente.

2. Ordinación entre los sujetos de la relación jurídica: El segundo punto en que se diferencian la tutela y la patria potestad es la relación que guardan,

¹⁰³ Galindo Garfías, Ignacio, *op. cit.*, p. 669.

para el primer caso, entre el tutor y pupilo, y en el segundo, entre padre e hijo (o en su caso adoptante y adoptado).

Desde Roma, la relación entre tutor y pupilo se establece entre personas que guardaban el estado de *sui iuris*, es decir tenían la misma categoría y por consiguiente no estaban sujetos a una *potestas*, y en consecuencia uno no se encontraba por encima del otro, por el contrario la relación se encontraba en un plano de igualdad. Esta situación se ha conservado, en las legislaciones actuales al establecer normas que exigen que el actuar del tutor no sea en detrimento del pupilo, y este a su vez, con su patrimonio, remunere al tutor por el desempeño de su cargo, tal como se explicó en el apartado destinado a explicar las características de la tutela en general.

Para el caso de la patria potestad, en Roma, si existía la denominada patria potestad misma que era ejercida por el padre sobre el hijo el cual inclusive llegaba a otorgarle al padre (*pater familia*) el derecho de vida o muerte sobre ellos, es decir se mostraba claramente una relación de supra-subordinación. Si bien, actualmente, esto se ha ido disminuyendo, cierto es que en las legislaciones vigentes se establece una relación de familia entre padre o hijo, la cual a diferencia de la tutela el padre toma las decisiones y se pueden presumir como favorables al menor,¹⁰⁴ y este último no paga o remunera al padre de familia dicha actividad, pues deriva del ejercicio de un poder¹⁰⁵ jurídico.

3. Aplicación: Por último, la diferencia que guarda la tutela con la patria potestad es el alcance de ambas. Dicho aspecto se puede observar en dos aristas. La primera es que la tutela cautelar se aplica en un régimen excepcional, es decir en el caso de que no exista una patria potestad (menores), o bien una persona con mayoría de edad sea declarada interdicta, mientras que la patria potestad aplica a partir del inicio de la personalidad hasta

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 675. “La patria potestad esta constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad en la posibilidad de cumplir los deberes que le concierne respecto de los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentra como ocurre en otras figuras jurídicas en una situación de oposición y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber”.

¹⁰⁵ Entendiendo al poder como la capacidad de imponer la voluntad de una persona sobre otra.

que cumpla la mayoría de edad o el menor se emancipé, por lo que su aplicación es regla general.

La segunda arista es el objeto de aplicación, mientras que la tutela aplica tanto para casos de incapacidad natural como legal, la patria potestad aplica sólo para la primera.

En resumen, la tutela frente a la patria potestad conserva tres diferencias, a saber. 1. Es una construcción normativa que subsana impedimentos para la capacidad de ejercicio. 2. Es una relación de coordinación, es decir entre iguales, y 3. Su aplicación es excepcional y para todos los supuestos de incapacidad.

Como se dijo en líneas anteriores, la patria potestad y la tutela mantienen similitudes, y en consecuencia forman parte del mismo género, es decir como instituciones de orden público con el objeto de la asistencia y protección. Sin embargo, es importante determinar porque son consideradas instituciones.

Para ambos casos se está enfrente de una institución jurídica,¹⁰⁶ en razón de su estructura compleja compuesta por variados conceptos jurídicos, principios y reglas, que concurren con para lograr un fin en común y determinado, como lo es la protección y representación de una persona considera como incapaz, y que por la importancia de dicha finalidad es prevista en diversos ordenamientos jurídicos.

Pero no cualquier institución sino una de carácter ético y jurídico que procure la protección de la persona y permita que el pupilo supere los impedimentos legales para usar, disfrutar y disponer de su patrimonio, al suplir su incapacidad por la misma tutela, siempre que conforme a la ley así se necesite.

¹⁰⁶ Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 21a. ed., México, Porrúa, 2012, p. 244. Las instituciones jurídicas "...pueden comprender varios conceptos y varios principios valorativos, pero en ellos los esquemas menores están estructurados en una visión de conjunto que versa sobre un mismo tema... que les da unidad y sentido por tener como fin la realización de determinados valores en un campo determinado. Hauriou definía la institución como "la idea de una obra o de una empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social". Más detallada es la definición de Hermann Bekaert: "las instituciones son entidades estructurales animadas de una ideología jurídica particular por la cual se plasma con bastante exactitud en el orden jurídico la idea de finalidad, puesto que para realizar los fines que ellas postulan se extiende a veces sobre todos los campos del Derecho".

IV. Características

Cuando se habla de las características de una institución jurídica, como lo es la tutela, se hace referencia a las cualidades que esta posee, las cuales la diferencian de otras instituciones, y propician su adecuado y pertinente ejercicio, estas son:

A. El Carácter Humanitario de su Objeto

Por regla general la tutela definitiva tiene como objeto principal la guarda y cuidado del pupilo. El tutor en todo momento debe brindar los medios y el entorno adecuado, a su pupilo para que pueda desarrollarse de forma óptima, tanto física como psicológicamente, atendiendo su salud, educación y sano esparcimiento. Mientras que de manera secundaria deberá representar a su pupilo y administrar sus bienes, permitiéndole con ello actuar en el mundo del derecho, a fin de proporcionarle los medios económicos suficientes para subsistir durante y después de su cargo (cuando la incapacidad cese).

La excepción a la anterior regla es la tutela interina, dado que su objeto se enfoca de forma primordial a la representación y administración del patrimonio del incapaz y no así al cuidado de su persona.¹⁰⁷

B. Cargo de Interés Público

El ordenamiento jurídico aplicable a la tutela le otorga el carácter de interés público, ello en razón de la importancia de su objeto, pues es a partir de su aplicación que se evita el surgimiento de conflictos graves para toda la sociedad, como son el abuso, descuido, desamparo, y en general erradicar la vulnerabilidad, de la persona y del patrimonio de un incapaz.¹⁰⁸

C. Desempeño Altamente Vigilado

Uno de los fines de la tutela es proteger al incapaz, del posible actuar de la sociedad, a través de la designación de un tutor, quien para el ejercicio de su cargo se encuentra investido de una serie de facultades de alta trascendencia e importancia, entre las que se encuentran las de enajenar, arrendar o gravar bienes propiedad de su pupilo; pero ¿quién protege al incapaz del actuar del tutor?, al respecto el sistema normativo aplicable prevé que la tutela debe desempeñarse con la intervención del Curador, el Juez de lo Familiar, el

¹⁰⁷ CCDF, 2000, arts. 449 y 440.

¹⁰⁸ CCDF, 2000, art. 452.

Consejo Local de Tutelas y el Ministerio Público, quienes deben vigilar permanentemente el actuar del tutor, en aras de evitar que por la conducta de este, se provoquen posibles perjuicios al incapaz.¹⁰⁹

La importancia de la institución jurídica de la tutela estriba en el objeto que tiene, toda vez que un tutor no sólo se hace cargo del cuidado y guarda de la persona, sino también del patrimonio de la misma, razón por la cual las leyes mantienen extremada vigilancia del ejercicio de la tutela, y por ser un cargo de interés público.

D. Supletoria de la Patria Potestad

Para el caso de menores de edad, la patria potestad y la tutela son instituciones afines dado que presentan el mismo objeto, y por ello son excluyentes, es decir, la aplicación de una impide la aplicación de la otra, salvo en el supuesto de la tutela que surge como consecuencia de una contraposición de intereses entre quien ejerce la patria potestad y el menor, como es el caso de la tutela interina.

Cuando el motivo que da origen a la incapacidad de una persona es la edad, la tutela sólo tendrá aplicación para el caso de que quien deba ejercer la patria potestad se encuentre imposibilitado. Al respecto es interesante la aportación que realiza Rendón Ugalde, al señalar que:

“...opera cuando el menor no tiene padres en ejercicio de la patria potestad, es decir, que la patria potestad y la tutela son dos figuras jurídicas que se excluyen recíprocamente. Si hay patria potestad, no se puede ejercer la tutela, y cuando hay tutela se deduce que no existe quién ejerza la patria potestad. Lo anterior es una regla general que acepta pocas excepciones...”¹¹⁰

E. Carácter Personal

Es personal porque cualquier acto que se celebre en atención al cumplimiento del objeto tutelar (en específico los actos que versen sobre la guarda y cuidado de la persona), deben ser desarrollados por el propio tutor, sin la intervención de terceros, pues fue por las cualidades y virtudes de éste, que se le designó el cargo. Al respecto, es necesario señalar que el tutor

¹⁰⁹ CCDF, 2000, art. 454, primer párrafo.

¹¹⁰ Rendón Ugalde, Carlos Efren, *La tutela*, México, Porrúa, 2001, p. 34.

cuenta con la permisión de otorgar nombramientos a otras personas, para que lo asistan en el cumplimiento de sus obligaciones, sin que ello implique que delega su cargo, pues éste es el único que se encuentra obligado y responsable, en consecuencia, con el pupilo para el cumplimiento de los fines de la tutela.

F. Carácter Singular o Plural

Desde la perspectiva del tutor, la tutela (una vez que es definitiva), es un cargo nítidamente singular, dado que por regla general únicamente debe ser desempeñada por una persona a la vez, es decir, a cada incapaz le corresponde un único tutor.

Lo antes señalado no siempre es aplicable, pues puede darse el caso de que por las circunstancias especiales del pupilo, ya sea por su persona o por su patrimonio, o por contraposición de intereses entre dos pupilos que se encuentran sujetos a la misma tutela; o bien por oposición de intereses entre un progenitor y su menor hijo, en un juicio sucesorio en el que ambos sean coherederos, sea necesaria la designación de dos tutores, uno encargado del cuidado de la persona y otro cuyo principal objetivo sea la administración del patrimonio del incapaz.¹¹¹

Por lo que respecta al pupilo es de mencionarse que la tutela es plural, ya que un solo tutor puede tener a su cargo el cuidado, tanto de la persona como de la administración de los bienes, de tres pupilos, o más, siempre que estos sean hermanos o tengan la calidad de coherederos o colegatarios de una misma sucesión.¹¹²

G. Múltiple

Existen varios tipos de tutela, tales como la testamentaria, la legítima, la dativa, la cautelar, la de los menores en situación de desamparo y la interina. En apartados posteriores se abordará este tema.

H. Previa Declaración Estatal

Para que la tutela pueda comenzar, se requiere forzosamente que el Estado emita, por conducto de las autoridades jurisdiccionales competentes y en atención a lo previsto por las leyes aplicables, una declaración en la que se

¹¹¹ CCDF, 2000, arts. 454, segundo párrafo, 455 y 457.

¹¹² CCDF, 2000, art. 456.

establezca que la persona se encuentra afectada de alguna causal de incapacidad, así como el grado está.¹¹³

Ahora, por lo que concierne al nombre que se le da a esta declaración, es necesario señalar que varía en razón del tipo de incapacidad que se tramita, es por ello que para el caso de los menores edad, esta se denomina como *declaración de minoría de edad y para los mayores de edad declaración de estado de interdicción*.

La declaración de estado de interdicción, será explicada con mayor abundamiento en apartado posterior.

I. Excusable, Antes de Ser Aceptada

Conforme a lo dispuesto en el Código Civil vigente, el cargo de tutor es excusable, esto significa que la persona o personas que hayan sido designadas para ejercer dicho cargo pueden eximirse del mismo, siempre y cuando sea por motivos relacionados con su profesión, situación socioeconómica, condiciones de salud, edad o por falta de conocimientos, que le impidan desempeñar de manera adecuada e imparcial, el citado cargo.¹¹⁴

A estas hipótesis de excusa el Código Civil vigente les denomina *causa legítima y su actualización es indispensable para que quien fue designado como tutor pueda excusarse del desempeño del cargo, sin adquirir la responsabilidad de los daños y perjuicios que por dicha excusa se causen al incapaz*.¹¹⁵

El tutor designado que argumente la existencia de una o varias causas legítimas debe hacerlo *antes de aceptar el cargo*, y en las formas y términos

¹¹³ CCDF, 2000, art. 462, en concordancia con lo dispuesto por el CPCDF, 1932, en su título quincuagesimo, capítulos I y II.

¹¹⁴ CCDF, 2000, art. 511. "Pueden excusarse de ser tutores:

I. Los servidores públicos:

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;

IV. Los que por su situación socioeconómica, no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;

V. Los que por el mal estado habitual de su salud, no puedan atender debidamente a la tutela;

VI. Los que tengan sesenta años cumplidos;

VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;

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

¹¹⁵ CCDF, 2000, art. 453.

establecidos por la Ley aplicable, de lo contrario se tendrán como renunciadas, y con ello por eliminada la opción de eximirse del cargo.¹¹⁶

Una vez que se argumenta la existencia de una causal de excusa, el Juez de lo Familiar debe, con base en las pruebas aportadas, determinar la existencia o no de ésta. Para el caso de que se resuelva que está no existe o bien, sea desechada, la persona que la hizo valer, deberá desempeñar el cargo, si aún se negare a hacerlo será responsable de los daños y perjuicios ocasionados al incapaz por el rechazo, y perderá todo derecho que le correspondiere sobre el patrimonio de este.¹¹⁷

Como puede observarse, lo que se pretende con el sistema jurídico es evitar que las personas se eximan de desempeñar el cargo de tutor, por ello sanciona a la persona que haga valer dichas circunstancias sin justificación, impidiéndoles obtener cualquier beneficio económico que pudieren obtener del patrimonio del incapaz, así como la responsabilidad de daños y perjuicios que se le pudieren ocasionar a este último.

J. Obligatoria Una Vez que Fue Aceptada

Una vez que la persona que fue designada como tutor acepta el mencionado cargo, se encuentra impedido de rechazar por voluntad el ejercicio del mismo, so pena de la aplicación de sanciones.

K. Remoción del cargo de Tutor

Para el caso de que el tutor no desempeñe su cargo de forma adecuada, la legislación aplicable dispone que este podrá ser removido de sus funciones o separado de su cargo,¹¹⁸ en aras de evitar daños y perjuicios tanto a la persona como al patrimonio del incapaz.

¹¹⁶ CCDF, 2000, arts. 512, 513 y 514.

¹¹⁷ CCDF, 2000, art. 517.

¹¹⁸ CCDF, 2000, art. 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

Quienes pueden solicitarle al Juez de lo Familiar, la separación del tutor de su cargo, son tanto el Ministerio Público como los parientes del incapaz.¹¹⁹

Por su parte la autoridad, para resolver, deberá escuchar previamente al sujeto activo de la tutela, de lo contrario la sentencia que recaiga será nula.¹²⁰

L. Temporal

El ejercicio de la tutela es temporal, por ello el ordenamiento jurídico prevé circunstancias que dan origen a su terminación, y que pueden clasificarse en aquellas que aluden al pupilo y aquellas que aluden al tutor. Por lo que respecta a las primeras, pueden citarse, la mayoría de edad (ello cuando la causal de incapacidad es la minoría de edad), cuando el incapaz entra a la patria potestad (por reconocimiento o adopción), la desaparición de la enfermedad o padecimiento que hacían a la persona incapaz (mayores de edad), o la muerte del incapaz; mientras por las segundas puede hacerse alusión al derecho que tiene el tutor (cuando no es pariente o cónyuge del incapaz) de ser relevado del cargo en un plazo de 10 años, la disolución del vínculo matrimonial (cuando la tutela era ejercida por el cónyuge del incapaz) o la muerte del tutor.¹²¹

Estrecha relación con lo anterior guarda lo mencionado por Sara Montero:

“El tiempo de duración del ejercicio de la tutela es diverso según la persona que ejerce la tutela y con respecto también a las circunstancias del pupilo. Si este último es menor de edad, la tutela se extingue por alcanzar la mayoría, el tutor cesará en sus funciones. Si la tutela es sobre un mayor incapacitado, se ejercerá mientras dure la incapacidad y el tutor sea ascendiente, descendiente o cónyuge del pupilo. Si el tutor es un extraño, tendrá derecho de ser relevado de su cargo a los diez años de estarlo desempeñado...”¹²²

VII. El tutor que ejerza violencia familiar o cometa delito doloso, en contra de la persona sujeta a tutela”.

¹¹⁹ CCDF, 2000, art. 507.

¹²⁰ CCDF, 2000, art. 463.

¹²¹ CCDF, 2000, art. 606.

¹²² Montero Duhalt, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1984, p. 363.

M. Garantizable

Por regla general, la persona o personas que hayan sido designadas para desempeñar el cargo de tutor o tutores, deben caucionar su gestión, a fin de garantizar el buen desarrollo de su labor. El tiempo en que debe otorgarse es antes del discernimiento o hasta 3 meses después de aceptado el cargo,¹²³ caso contrario, se deberá designar a un nuevo tutor.¹²⁴

La citada caución puede otorgarse a través de prenda, hipoteca, fianza o cualquier medio establecido por la ley y cuyo monto se determina en atención al importe de las rentas de los bienes raíces, de los 2 últimos años, del valor de los bienes muebles, de los productos de las fincas rústicas y por el veinte por ciento del importe de las mercancías y muebles, en las negociaciones mercantiles.¹²⁵

Al respecto es de señalar que los tutores testamentarios (cuando hayan sido relevados de ello por quien los nombró como tutores), quien no administre bienes, los ascendientes del incapaz (salvo que el Juez con previa audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas, lo crea conveniente), y los que sin recibir pensión hayan acogido a un expósito durante 10 años, se encuentran exceptuados de presentar caución.¹²⁶

N. Remunerada

Con la finalidad de evitar que el tutor ejerza de forma incorrecta su cargo, el ordenamiento jurídico le otorga el derecho de recibir una remuneración por el trabajo y responsabilidad que derivan del citado cargo.

En relación con la determinación del monto, es de señalarse que las personas que se encuentran facultadas para realizar tal acción son, quien lo haya designado como tutor (tutela testamentaria y cautelar) o por el Juez de lo Familiar (tutela legítima y dativa),¹²⁷ en todo caso dicho monto no podrá ser

¹²³ CCDF, 2000, arts. 519 y 532. Plazo en el que se nombrara un tutor interino, quien se dedicara únicamente a la administración de los bienes, por lo tanto a la realización de cualquier acto que tenga como finalidad la conservación del patrimonio.

¹²⁴ CCDF, 2000, art. 531.

¹²⁵ CCDF, 2000, art. 528.

Respecto de este punto, es de señalar que la presentación de garantía, más que una obligación es un requisito para entrar al ejercicio de este cargo, por ello existen personas que están exceptuadas del mismo, como son las enlistadas en el artículo 520 y 523 del ordenamiento en comento.

¹²⁶ CCDF, 2000, arts. 520 y 523.

¹²⁷ CCDF, 2000, arts. 469 Quáter, fracción II, y 585.

menor que el 5% ni exceder del 10% del valor de las rentas líquidas de los bienes del pupilo,¹²⁸ y podrá aumentar hasta un 20% de los productos líquidos, si el patrimonio del incapaz también lo hace, siempre que ello sea como consecuencia de la industria y del trabajo del tutor.¹²⁹

V. Órganos de la Tutela

Una de las acepciones de la palabra órgano,¹³⁰ en el lenguaje común, es la de “persona o cosa que sirve para la ejecución de un acto o un designio”.¹³¹

En este tenor, y para efectos del presente apartado, la expresión órgano es entendida como el o los medios por los cuales se cumplen los objetivos de la tutela. Para la legislación mexicana estos son: el tutor o tutores, el curador, el Juez de lo Familiar, el Consejo Local de Tutelas y el Ministerio Público,¹³² mismos que a continuación se explican.

A. Pupilo

El pupilo no es un órgano de la tutela, sino el sujeto pasivo de esta, por ello su explicación resulta de especial relevancia, pues sin su presencia no se actualiza el supuesto jurídico de la tutela. Se trata de la persona¹³³ física que carece de capacidad¹³⁴ de ejercicio de forma total o parcial.

¹²⁸ CCDF, 2000, art. 586.

¹²⁹ CCDF, 2000, art. 587.

¹³⁰ El origen de la palabra órgano es meramente biológico, su uso en la ciencia jurídica es una reminiscencia de la época en que el objeto de estudio de esta ciencia no estaba determinado y por ello está estudiaba cuanto tema existiera. En otras palabras, el uso de la palabra órgano es un vestigio de la época anterior a la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.

¹³¹ Real Academia Española, *op. cit.*, [fecha y hora de consulta: 18 de enero de 2018, 13 horas], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=azNzA8J>

¹³² CCDF, 2000, art. 454.

¹³³ Rico Álvarez, Fausto *et al.*, *Introducción al estudio del derecho civil y personas*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 162. “...persona es el sujeto de derechos y obligaciones. Es el ente que el Derecho considera apto para ser sujeto y no objeto de relaciones jurídicas... La doctrina iuspositivista parte del carácter lógico-formal del Derecho y afirma que persona es todo aquello que establezca una norma jurídica, válida como tal”.

¹³⁴ La capacidad es un atributo de la personalidad, es decir, una cualidad que el derecho otorga a las personas para que actúen en el mundo jurídico, es la aptitud que tienen los sujetos de derecho, para ser titulares de derechos y de obligaciones, y a su vez, ejercerlos y cumplirlas por sí mismos. Se caracteriza por ser múltiple, divisible y concreta.

Múltiple: Por ser graduable, es decir, las personas van adquiriendo mayor capacidad conforme van adquiriendo edad;

Divisible: Debido a que existen dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio. Entiéndase por capacidad de goce a la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones; y por capacidad de ejercicio a la aptitud para que la persona ejerza sus derechos y cumpla con sus obligaciones; y

Al respecto en el Código Civil vigente en la Ciudad de México, se dispone que las personas adquieren el carácter de pupilo, por razones naturales o biológicos (incapacidad natural) y/o por cuestiones legales (incapacidad legal). En este sentido, los menores de edad (sujetos o no a patria potestad)¹³⁵ y los mayores de edad (disminuidos en sus condiciones físicas y/o psíquicas, emocionales o sensoriales), son quienes pueden ser sujetos pasivos de la tutela.¹³⁶

Ahora bien, y relacionado con los menores de edad, es de señalar que para efectos de la tutela, esta clase de personas suele dividirse en aquellas que no se encuentran sujetos a patria potestad, los que sí están sujetos a patria potestad pero que tienen intereses contrarios con quien la ejerce (tutela interina), y los que por haber contraído matrimonio adquieren la emancipación.¹³⁷

Concreta: El grado de capacidad de la persona depende de la situación específica en la que está se coloque.

Ahora bien, puede darse el caso de que existan personas con capacidad de ejercicio reducida, ello sucede cuando se colocan en alguna de las causales que para el efecto determine el ordenamiento jurídico aplicable, mismo que las agrupa en dos rubros distintos, aquellas que se basan en circunstancias que tiene la persona en el mundo real, en el hecho, conocidas como naturales; y aquellas que son impuestas por el propio ordenamiento jurídico, en atención a sus aptitudes, las cuales se denominan legales.

¹³⁵ Colín, Ambroise y Capitant, Henry, *Derecho civil, introducción, personas, estado civil, incapaces*, México, Jurídica Universitaria, 2008, vol. I, pp. 308 y 309. Patria potestad es "...el conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre en la persona y en los bienes de sus hijos mientras estos son menores no emancipados para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación al que están obligados... corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre... la patria potestad termina con la mayor edad del hijo, y aún antes cuando es emancipado... constituye un poder de protección a las prerrogativas que confiere al padre y a la madre en la persona y los bienes de su hijo no son más que el reverso de los deberes y de la responsabilidad que les impone el hecho de la procreación".

¹³⁶ CCDF, 2000, arts. 450 y 451.

¹³⁷ La emancipación es una forma extraordinaria de terminar con la patria potestad, y que es aplicable para el caso de que el menor de edad contrajera matrimonio.

En fechas anteriores, el ordenamiento jurídico aplicable establecía dos hipótesis en que los menores de edad podían contraer matrimonio, siendo la primera de ellas, la de los menores de edad con 16 años cumplidos, siempre que contarán con el consentimiento de alguno de sus padres, de su tutor, o del Juez de lo Familiar; y la de la menor que contara con 14 años, siempre que se encontrara en estado de gravidez y comprobara dicha situación al Juez del Registro Civil.

Las hipótesis antes enunciadas fueron derogadas por reforma al texto del artículo 148 del Código Civil del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de dicho territorio, el día 13 de julio de 2016, en virtud de la cual se dispuso como requisito indispensable para contraer matrimonio que los consortes debían tener 18 años forzosamente.

En este tenor, los dos primeros grupos, se encuentran sujetos a tutela tanto por sus condiciones biológicas como por su inexperiencia (incapacidad natural y legal), pero las obligaciones de los tutores no son las mismas, puesto que los tutores de los que no se encuentran sujetos a patria potestad, deben hacerse cargo tanto del cuidado y protección de la persona como de la administración del patrimonio de esta; mientras que los tutores de los que se encuentran sujetos a la patria potestad, sólo deben hacerse cargo de la administración del patrimonio del pupilo. Por lo que concierne a los menores de edad emancipados, estos solo se encuentran sujetos a tutela para efectos de realizar actos de dominio sobre sus bienes raíces y para los negocios judiciales, no así para la realización de actos de administración de su patrimonio.¹³⁸

B. Tutor

Tutor es la persona designada y facultada, para desempeñar la tutela, y que por ello adquieren un cúmulo de derechos y de obligaciones.

En la actualidad, como ya se comentó, el cargo de tutor puede ser desempeñado por una o dos personas, ya sean físicas o morales, colectivas o jurídicas.

Al respecto es de señalar que para que una persona pueda desempeñarse como tutor, debe cumplir con una serie de condiciones que la ley establece, las cuales tiene como finalidad, garantizar, en cierto grado, el desarrollo óptimo de la presente institución jurídica.

Por lo que se refiere a las personas físicas, dichas cualidades atienden a diferentes criterios, tales como la edad, las aptitudes físicas y psíquicas, la buena conducta, el modo honesto de vivir, la profesión, el domicilio, el estado de salud, el no ejercicio de más de tres tutelas (ser tutor de más de tres incapaces, salvo que estos sean hermanos o coherederos o legatarios), o el de la curaduría de un mismo incapaz y las relaciones de parentesco consanguíneo (en línea recta sin limitación de grados o en colateral hasta el cuarto grado) con el curador, el personal del Juzgado Familiar o del Consejo Local de Tutelas,¹³⁹ así como el no haber influido de forma directa o indirecta en el surgimiento de

¹³⁸ CCDF, 2000, art. 643.

¹³⁹ CCDF, 2000, arts. 456, 458, 459 y 503.

la enfermedad o padecimiento causantes de la incapacidad de los mayores de edad.¹⁴⁰

Mientras que para las personas morales, el ordenamiento jurídico aplicable prevé que estas no deben tener fines lucrativos y su objeto primordial debe consistir en el cuidado y protección de los mayores de edad que se encuentren privados en sus facultades físicas y/o psíquicas. Dicho en otras palabras, las personas morales sólo pueden ser tutores de los mayores de edad cuyas condiciones se encuentren previstas por el artículo 450, fracción II, siempre y cuando cuenten con el beneplácito de ascendientes o del Juez, a través de la sentencia de interdicción, y el pupilo carezca de bienes.¹⁴¹

Con independencia de lo antes mencionado, es menester señalar que quienes se encuentran facultadas por el ordenamiento jurídico, para designar tutor son: Todas las personas que cuenten con capacidad para otorgar testamento (tutela cautelar),¹⁴² el padre y la madre en relación a los menores de edad que tengan bajo su patria potestad (tutela testamentaria),¹⁴³ el ascendiente superviniente para el mayor de edad sobre el que ejerza tutela legítima (tutela testamentaria),¹⁴⁴ quién deje bienes, por concepto de legado o herencia a un incapaz no sujeto a patria potestad (tutela testamentaria),¹⁴⁵ el propio incapaz, ya sea con o sin aprobación del Juez (tutela legítima y dativa)¹⁴⁶ y el Juez (tutela legítima, dativa y la de menores en situación de desamparo).¹⁴⁷ Aunado a lo anterior, y por el hecho de que el tutor entre en funciones, adquiere la titularidad de derechos, el cumplimiento de obligaciones y determinadas prohibiciones en su actuar.

Es así como el tutor tiene derecho a ser escuchado por el Juez de lo Familiar tanto para el caso de remoción del cargo, como para la fijación del monto destinado a la educación y alimentación de los incapaces a su cargo,¹⁴⁸ a adquirir los bienes que le hubiere legado o heredado, quien lo designó como

¹⁴⁰ CCDF, 2000, art. 505.

¹⁴¹ CCDF, 2000, arts. 456 Bis y 475, segundo párrafo.

¹⁴² CCDF, 2000, art. 469 bis.

¹⁴³ CCDF, 2000, art. 470.

¹⁴⁴ CCDF, 2000, art. 475.

¹⁴⁵ CCDF, 2000, art. 473.

¹⁴⁶ CCDF, 2000, arts. 484 y 496.

¹⁴⁷ CCDF, 2000, arts. 484, 488, 496 y 497.

¹⁴⁸ CCDF, 2000, arts. 539 y 463.

sujeto activo de la tutela e incluso del propio incapaz,¹⁴⁹ terminar su encargo en un plazo de 10 años (en el supuesto de la tutela para mayores de edad ejercida por una persona que no sea su pariente consanguíneo)¹⁵⁰ y como ya se mencionó, a recibir una remuneración.

Asimismo, el tutor está obligado a garantizar su cargo (como ya se mencionó), alimentar y educar al incapaz, destinar de manera preferencial los recursos del pupilo a la curación de sus enfermedades y a su rehabilitación (para el caso de que consuma algún tipo de droga), formar inventario solemne y circunstanciado del patrimonio del incapaz (en un plazo máximo de 6 meses), administrar con el consentimiento del pupilo (cuando tenga capacidad de discernimiento o sea mayor de 16 años)¹⁵¹ los bienes de este último y que no

¹⁴⁹ CCDF, 2000, arts. 469 Quintus, 516 y 517.

¹⁵⁰ CCDF, 2000, arts. 466 y 467.

¹⁵¹ Tesis: 1a. CCCXLVIII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, diciembre 2013, p. 521. "Estado de interdicción. La función del tutor consiste en asistir a la persona con discapacidad para que tome sus decisiones, pero no podrá sustituir su voluntad (interpretación de la fracción iv del artículo 537 del código civil para el distrito federal). En torno a la voluntad de una persona con discapacidad que se encuentre en estado de interdicción, la única mención con la que cuenta el Código Civil para el Distrito Federal, es la prevista en la fracción IV del artículo 537, en la cual se indica que el tutor administrará los bienes del pupilo, mismo que deberá ser consultado para actos importantes de administración cuando sea capaz de discernimiento y mayor de dieciséis años. Sin embargo, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tal disposición no resulta suficiente para concluir que las decisiones de la persona con discapacidad sean el punto de referencia en el estado de interdicción interpretado de forma tradicional, toda vez que tal voluntad se encuentra referida a actos que afecten de forma importante la administración de los bienes -la calificativa de qué actos resultan "importantes" recae en el tutor, mismo que realiza la consulta, y podría reducir los supuestos en los cuales lleva a cabo la misma-, y solamente se actualiza el supuesto cuando el pupilo es mayor de dieciséis años. Por tanto, a efecto de que dicha disposición sea acorde a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a pesar de que se hubiese decretado la limitación a la capacidad jurídica de una persona con discapacidad, ésta goza de su derecho inescindible de manifestar su voluntad, misma que deberá ser respetada y acatada, a pesar de que la misma no se estime "adecuada" de acuerdo con los estándares sociales. Al respecto, el tutor tendrá como función asistirle en la toma de las decisiones correspondientes, pero no podrá sustituir su voluntad. Por tanto, el estado de interdicción ya no puede ser interpretado como una institución en la cual el tutor sustituya la voluntad de la persona con discapacidad, sino que ahora deberá asistirle para que ésta tome sus propias decisiones y asuma las consecuencias de las mismas, ello en aras de incentivar la autonomía de la persona. En consecuencia, toda vez que una mayor protección de la persona con discapacidad no debe traducirse en una mayor restricción para que la misma exprese y se respete su voluntad, es que el estado de interdicción debe concebirse como una institución de asistencia para que la persona tome sus propias decisiones, mismas que deberán respetarse, incluso cuando pudiesen considerarse no acertadas, lo cual es acorde al modelo social contenido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad".

sean fruto de su trabajo, representar¹⁵² al pupilo dentro o fuera de juicio (con excepción de los actos estrictamente personales), solicitar la intervención judicial para la celebración de los actos que la requieran,¹⁵³ presentar informe

Tesis: 1a. CCCLII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, diciembre 2013, p. 514. "Estado de interdicción. Acorde al modelo de asistencia en la toma de decisiones, la persona con discapacidad externará su voluntad, misma que será respetada y acatada. A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, acorde al modelo social de discapacidad consagrado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la determinación judicial que limite la capacidad jurídica deberá tomar en consideración la primacía de la autodeterminación libre de la persona, pues de lo contrario nos encontraríamos frente a un esquema de "sustitución en la toma de decisiones", lo cual no sería adecuado en términos del instrumento internacional antes citado. Así, no debe confundirse el principio de mayor protección de la persona con discapacidad en aras de su mayor interés, con la prohibición de que la misma decida qué es lo que le beneficia, situación que redundaría de forma directa en el desarrollo libre de la personalidad, así como en el fomento de una vida autónoma y de una identidad propia, sin que deba restringirse la capacidad jurídica de una persona solamente porque la misma ha tomado una opción que la generalidad de la sociedad pudiese considerar o calificar como "no acertada". Por tanto, mediante la adopción del modelo de "asistencia en la toma de decisiones", la persona no debe renunciar al derecho a tomar sus propias decisiones, respetándose así su libertad de elección, ello mediante la asistencia en la toma de las mismas. Es decir, mediante dicho modelo, se deberán generar escenarios idóneos para que se asista a las personas con discapacidad, guiándolas y aconsejándolas para que tomen sus decisiones, pero una vez que en el caso concreto se ha determinado que la asistencia es necesaria y la persona con discapacidad ha sido asistida, la voluntad que la misma externe deberá respetarse y acatarse, es decir, en el centro de las decisiones relativas a las personas con discapacidad, se encontrará la voluntad del individuo cuya capacidad ha de limitarse. Tal ayuda en la toma de decisiones no atiende a un modelo único, sino que deberá ser fijada por el juzgador en el caso en concreto, delimitando los alcances de la relación entre el individuo que asistirá en la toma de decisiones y la persona con discapacidad, precisando que las intervenciones en la voluntad de las personas con discapacidad deberán ser lo menos restrictivas posibles, favoreciendo aquellos esquemas que permitan en mayor grado la toma de decisiones y, por tanto, la mayor autotutela posible. Lo anterior no implica que no puedan existir escenarios en los cuales, el juzgador, una vez analizadas las diversidades funcionales de la persona y, por tanto, las discapacidades involucradas en el caso en concreto, determine que la asistencia en la toma de decisiones no es suficiente para asegurar la protección y el bienestar de quien tiene la discapacidad, ante lo cual, deberá nombrarse a alguien que tome las decisiones en lugar de la misma -por ejemplo, ante la presencia de una falta de autonomía mental severa que impida a la persona expresar su voluntad por cualquier medio-. Sin embargo, cabe señalar que tales escenarios son la excepción del esquema asistencial, ante lo cual, estos casos deberán sujetarse a un mayor escrutinio por parte del juzgador.

¹⁵² Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, 25a. ed., México, Porrúa, 2015, p. 313. La representación es el "...acto por virtud del cual una persona dotada de poder, llamada representante, obra a nombre y por cuenta de otra llamada representada..."

¹⁵³ CCDF, 2000, art. 537, 539, 540, 542, 543 y 544. Sobre este punto resulta necesario señalar que todas las necesidades del pupilo deben ser cubiertas con su propio patrimonio, para el caso de que este no cuente con los medios suficientes, quienes tienen la obligación de proporcionarles alimentos lo harán, y a falta de estos últimos, el incapaz se pondrá a disposición de instituciones públicas o privadas, cuya finalidad sea su protección, o bien se determinará si el pupilo puede desempeñar algún trabajo.

sobre el desarrollo del incapaz,¹⁵⁴ para el caso de los mayores de edad, presentar un certificado realizado por 2 médicos psiquiatras, en el que se describan su estado,¹⁵⁵ invertir el dinero excedente,¹⁵⁶ admitir donaciones, legados y herencias,¹⁵⁷ rendir cuentas sobre su gestión¹⁵⁸ y entregar los bienes que hubiere administrado.¹⁵⁹

Por lo que respecta a las prohibiciones el tutor no puede (salvo por causa de absoluta necesidad y con previa confirmación del curador y autorización del Juez) gravar o enajenar los bienes del pupilo¹⁶⁰ así como adquirirlos, arrendarlos o celebrar para sí o para sus parientes consanguíneos o por afinidad, cualquier tipo de contrato en el que el objeto sea propiedad del pupilo,¹⁶¹ hacerse pago de créditos (cuando no cuente con la conformidad del curador y aprobación judicial),¹⁶² hacer cesión de derechos o créditos a su

¹⁵⁴ Tesis: 1a. CCCXLVI/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. I, diciembre 2013, p. 520. “Estado de interdicción. El juez podrá solicitar informes adicionales a los que por obligación debe presentar el tutor (interpretación del artículo 546 del código civil para el distrito federal). Si bien el citado artículo señala que el tutor deberá presentar en el mes de enero de cada año un informe ante el juzgador correspondiente, en el cual tendrá que exhibir un certificado de dos médicos psiquiatras que declaren acerca del estado de la persona sujeta a interdicción, a juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de que la interpretación de tal numeral sea acorde al modelo social de discapacidad y, en específico, al párrafo cuarto del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, debe considerarse que si bien el tutor tiene la citada obligación de presentación del informe, ello bajo ningún supuesto implica que la valoración del juzgador se encuentre limitada a dicho documento. Es decir, el juez podrá solicitar informes adicionales, pudiendo requerir a los especialistas que estime pertinentes para tal efecto, como médicos, pedagogos, abogados u otros expertos de cualquier campo del conocimiento, o alguna aclaración o evaluación del informe presentado por el tutor, a efecto de que tenga los elementos suficientes para determinar si el estado de interdicción se conserva en sus términos o sufre alguna modificación. Dicha solicitud de informes también podrá surgir a petición directa de la persona con discapacidad respecto de la cual surgió el asunto en cuestión. De lo contrario, se generaría un escenario perjudicial para la persona con discapacidad, pues la posible determinación del juzgador sobre algún cambio en la diversidad funcional del caso en concreto, se encontraría limitada a la información presentada por el propio tutor, ante lo cual, la evaluación adolecería de independencia e imparcialidad, tal y como lo exige la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

¹⁵⁵ CCDF, 2000, art. 546.

¹⁵⁶ CCDF, 2000, art. 557.

¹⁵⁷ CCDF, 2000, art. 579.

¹⁵⁸ CCDF, 2000, art. 590.

¹⁵⁹ CCDF, 2000, art. 607.

¹⁶⁰ CCDF, 2000, art. 561.

¹⁶¹ CCDF, 2000, art. 569.

¹⁶² CCDF, 2000, art. 571.

favor (salvo que sea por herencia),¹⁶³ celebrar contrato de arrendamiento por más de 5 años (sin el consentimiento del curador y del Juez Familiar),¹⁶⁴ realizar préstamos de dinero¹⁶⁵ y realizar donaciones.¹⁶⁶

C. Curador

Es la persona que encontrándose facultada y habiendo sido designada para ello, se encarga de proteger al pupilo del actuar de su tutor.

Conforme a lo dispuesto por el Código Civil vigente, todo incapaz sujeto a tutela debe ser dotado de un tutor y de un curador, sin embargo, esto no es aplicable para la tutela cautelar y los menores de edad en situación de desamparo.¹⁶⁷

Al igual que en la tutela, la curatela es un cargo que puede ser desempeñado por personas físicas o morales. Las personas físicas pueden ser curadores tanto de los menores de edad como de los mayores interdictos; mientras que las personas morales sólo pueden serlo de los mayores de edad declarados como incapaces, siempre y cuando sus fines no sean lucrativos y su objeto primordial sea el cuidado y protección de los mayores de edad declarados como incapaces.¹⁶⁸

Por lo que respecta a las disposiciones relativas a las prohibiciones, impedimentos y excusas (para ejercer el cargo de curador) y a las personas que se encuentran facultadas para hacer tal designación, estas serán las mismas que se aplican para el caso de la tutela.¹⁶⁹

La curatela, al igual que la tutela admite una cómoda clasificación en atención a su temporalidad. Es así como se identifica la existencia de una curatela definitiva, la cual se extingue hasta que cese la causal de incapacidad o bien pasados 10 años del comienzo de su cargo; y una interina, misma que se aplica en el caso de nombramiento de tutor interino, cuando haya contradicción de intereses entre los pupilos sujetos a una misma curaduría y en

¹⁶³ CCDF, 2000, art. 572.

¹⁶⁴ CCDF, 2000, art. 573.

¹⁶⁵ CCDF, 2000, art. 575.

¹⁶⁶ CCDF, 2000, art. 576.

¹⁶⁷ CCDF, 2000, art. 618.

¹⁶⁸ CCDF, 2000, art. 618, segundo párrafo.

¹⁶⁹ CCDF, 2000, arts. 622 y 458.

los casos de impedimentos, excusas o separación de los curadores definitivos.¹⁷⁰

El objeto principal de la curatela es proteger al pupilo vigilando el actuar del tutor, para ello el curador deberá cumplir con una serie de obligaciones, so pena del pago de daños y perjuicios causados al pupilo. Estas obligaciones consisten básicamente en: defender al incapacitado en juicio o fuera de él, cuando la contraparte sea el tutor, vigilar el actuar del tutor y para el caso de que estime dañoso el comportamiento de este, comunicárselo al Juez, y avisar del abandono del cargo por el tutor o la falta de este.¹⁷¹

Por lo que respecta a los derechos, es de señalar que uno de ellos es el de cobrar una remuneración, para el caso de que se necesite de su intervención, el monto de esta consistirá en lo que el arancel establezca para los procuradores, la finalidad que tiene el otorgamiento de esta facultad, es la de incentivar el correcto ejercicio del cargo de curador.¹⁷²

D. Juez de lo Familiar ¹⁷³

Es el servidor público que investido de fe pública por el Estado, encargado de emitir resoluciones y dirimir controversias en materia familiar.

Para efectos de la materia tutelar, se entiende por Juez Familiar a la autoridad facultada para emitir la declaración de minoría o de interdicción, de nombrar tutor o tutores, curador o curadores (según el caso), y en general de vigilar el buen desempeño del tutor, y que en consecuencia está obligado

¹⁷⁰ CCDF, 2000, arts. 619, 620 y 621.

¹⁷¹ CCDF, 2000, arts. 626 y 627.

¹⁷² CCDF, 2000, art. 630.

¹⁷³ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 52, fracción I, II, IV, VII y VIII, de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, las facultades de los Jueces Familiares son:

“Artículo 52. Los Juzgados de lo Familiar conocerán:

- I. De los procedimientos de jurisdicción voluntaria, relacionados con el derecho familiar;
- II. De los Juicios contenciosos relativos... que tengan por objeto cuestiones derivadas de la patria potestad, estado de interdicción y tutela...;
- III. ...
- IV. De los asuntos judiciales concernientes a otras acciones relativas al estado civil, a la capacidad de las personas y a las derivadas del parentesco;
- V. ...
- VI. ...
- VII. De las cuestiones relativas a los asuntos que afecten en sus derechos de persona a los menores e incapacitados; y
- VIII. En general, todas las cuestiones familiares que reclamen la intervención judicial”.

(entre muchas otras cosas) a cuidar provisionalmente de la persona y de los bienes del incapaz, hasta el discernimiento de la tutela y que para ello puede auxiliarse de las instituciones previstas por la ley.¹⁷⁴

E. Consejo Local de Tutelas

Es el órgano de vigilancia y de información, cuyas funciones consisten principalmente en elaborar y remitir al Juez de lo Familiar, una lista de tutores y curadores, para efectos de que este pueda hacer los nombramientos pertinentes, así como velar por que los tutores cumplan con sus obligaciones, en especial por la proporción de educación y alimentos, dar aviso al Juez de lo Familiar para el caso de que el tutor incumpla con sus obligaciones, así como del peligro en que se encuentre el patrimonio de un incapaz o cuando no se ha nombrado tutor para un incapaz y vigilar el registro de tutelas.¹⁷⁵

Por lo que respecta a su ubicación y conformación, es de señalar que dichos Consejos, tienen presencia en las 16 demarcaciones territoriales que conforman el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, conformados por un Presidente y dos Vocales, quienes permanecerán en su encargo por un año y cuyo nombramiento es hecho por el Jefe de Gobierno, por el Jefe Delegacional o por quien al efecto se designe.¹⁷⁶

F. Ministerio Público

Para Colín Sánchez "...el Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo), que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes".¹⁷⁷

Por lo que concierne a la materia tutelar, el Ministerio Público se encarga de poner al incapaz (menores en situación de desamparo) bajo el cuidado del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia,¹⁷⁸ de dar su punto de vista por lo que concierne al nombramiento de tutor dativo hecho por el Juez de lo Familiar,¹⁷⁹ de pedir la separación del cargo de tutor,¹⁸⁰ así como el aumento

¹⁷⁴ CCDF, 2000, arts. 468 y 469.

¹⁷⁵ CCDF, 2000, art. 632.

¹⁷⁶ CCDF, 2000, art. 631.

¹⁷⁷ Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 9a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 230.

¹⁷⁸ CCDF, 2000, art. 492, último párrafo.

¹⁷⁹ CCDF, 2000, art. 497.

de la garantía otorgada por este (en los casos procedentes),¹⁸¹ hacer del conocimiento del Juez la falta de cumplimiento del tutor de sus obligaciones¹⁸² y exigir al tutor que rinda cuentas.¹⁸³

VI. Clases de Tutela

La tutela es una institución jurídica de la que existen diferentes tipos, los cuales se clasifican en atención a su forma de constitución, a las personas sobre las que se ejerce, a las facultades concedidas al tutor y a la temporalidad de la tutela. A continuación se explican todas las clasificaciones antes mencionadas.

A. Por la Forma de Constitución

En atención a este criterio, la tutela se divide en testamentaria, legítima, dativa y cautelar.¹⁸⁴

a) Tutela Testamentaria

Se denomina de esta forma a la tutela que se constituye a través de la disposición testamentaria otorgada por los ascendientes que ejerzan la patria potestad;¹⁸⁵ por quien deje bienes a un incapaz que no se encuentre sujeto a su patria potestad, ni a la de ningún otro;¹⁸⁶ o por el ascendiente que ejerce la tutela legítima de un mayor de edad incapaz.¹⁸⁷

La tutela testamentaria es de prioritaria aplicación, esto significa que para el caso de que exista el otorgamiento de disposición testamentaria en donde se designe tutor, este será el que entre en funciones de manera preferente, salvo que se encuentre impedido, supuesto en el cual se le

¹⁸⁰ CCDF, 2000, art. 507.

¹⁸¹ CCDF, 2000, art. 529.

¹⁸² CCDF, 2000, art. 540, segundo párrafo.

¹⁸³ CCDF, 2000, art. 591.

¹⁸⁴ CCDF, 2000, art. 461.

¹⁸⁵ CCDF, 2000, art. 470. La designación de tutor testamentario hecha por uno de los padres del menor de edad no excluye del ejercicio de la patria potestad al padre que sobreviva, salvo que este se encuentre impedido.

¹⁸⁶ CCDF, 2000, art. 473. En este supuesto, el tutor tendrá solo facultades de administración de los bienes heredados o legados. Sí fueren varios los menores a quienes otorgue un bien, el testador podrá designarles un tutor común o diferente.

¹⁸⁷ CCDF, 2000, art. 475. El ordenamiento jurídico solo otorga la facultad de designar tutor testamentario a los padres que ejerzan la tutela de un hijo sujeto a interdicción podrán nombrarle tutor testamentario, sin embargo esto es incorrecto, pues se considera que dicha facultad debe ser otorgada también al cónyuge, los hijos, los ascendientes de ulterior grado y por los colaterales hasta el cuarto grado.

nombrará un tutor interino,¹⁸⁸ o bien se aplique de manera supletoria la tutela legítima y dativa.¹⁸⁹

Por lo que respecta a sus efectos, es de señalar que esta clase de tutela sólo es aplicable para después de la muerte del testador, por constituirse a través del testamento. Sin embargo esto no es siempre aplicable, dado que el ordenamiento jurídico aplicable establece que la tutela testamentaria otorgada por el ascendiente que ejerce la tutela de un mayor de edad incapaz, y que se encuentre afectado por una enfermedad crónica o incurable, o que por razones médicas se presuma que su muerte se encuentra cercana o cierta, tendrá efectos aun cuando el otorgante siga con vida.¹⁹⁰ Al respecto Felipe de la Mata y Roberto Garzón señalan que el testamento no es el medio más idóneo para que el tutor que se encuentre en dichas circunstancias constituya tutela sobre su pupilo, razón por la cual proponen que la forma de constitución de dicha tutela sea una declaración unilateral. Asimismo, hacen notar que esta permisión no solo debe ser otorgada a los tutores cuya salud es desfavorable, y no solo para los mayores de edad incapacitados.¹⁹¹

Finalmente, la tutela testamentaria se debe desempeñar conforme las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador, siempre y cuando estas no sean contrarias a derecho.¹⁹²

b) Tutela Legítima

Se trata del tipo de tutela que brinda protección a los menores y mayores de edad incapacitados, a quienes no se haya designado tutor testamentario o cautelar, y cuando habiéndolos, estos se encuentren impedidos para su ejercicio; y a quienes se les deba nombrar tutor por razones de divorcio.¹⁹³

¹⁸⁸ CCDF, 2000, art. 480.

¹⁸⁹ CCDF, 2000, art. 471.

¹⁹⁰ CCDF, 2000, art. 475 Bis.

¹⁹¹ De la Mata Pizaña, Felipe y Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho familiar. Y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, 5a. ed., México, Porrúa, 2012, p. 357.

¹⁹² CCDF, 2000, art. 479.

¹⁹³ CCDF, 2000, arts. 482 y 485 bis.

Es constituida por el Juez de lo Familiar, en sentencia y con atención a lo dispuesto por la ley. De Ibarrola define a este tipo de tutela como “... la diferida por la ley en defecto de la testamentaria...”¹⁹⁴

Por ser este tipo de tutela el medio por él se subsana la falta o deficiencia de designación de tutor, es la ley la que determina quienes ejercen el cargo de tutor, en orden y preferencia (con la salvedad de que el Juez puede alterar el orden establecido, atendiendo en todo momento el interés superior del menor¹⁹⁵ o el beneficio del mayor incapacitado), así como el modo en que se desempeña.

En este orden de ideas, quienes pueden desempeñar el cargo de tutor, refiriéndose expresamente a los menores de edad, son sus hermanos, teniendo prioridad aquellos que lo sean en ambas líneas; y a falta de éstos, los colaterales dentro del cuarto grado. En el supuesto de que concurrieran varios parientes dentro del mismo grado, el Juez decidirá quién ejercerá el cargo y si el menor tiene dieciséis años, será él quien elija.¹⁹⁶

La designación de tutor legítimo para los mayores de edad incapacitados atiende a que el incapaz se encuentre casado o soltero. En el primer supuesto, la tutela será desempeñada por el cónyuge (quien será relevado del cargo cuando pierda este carácter); mientras que en el segundo supuesto, quienes desempeñarán el cargo serán los hijos capaces o en el caso de carecer de ellos, alguno de los padres del incapaz, los abuelos, hermanos y demás colaterales dentro del cuarto grado.¹⁹⁷

c) Tutela Dativa

Se trata del último tipo de tutela que se aplica, es decir, que tendrá efectos cuando el que debió designar tutor testamentario o cautelar no lo hizo, o habiéndolo hecho, éste se encuentre impedido de ejercer el cargo, y no hubiere parientes que desempeñen el mismo;¹⁹⁸ o bien, el primer tipo de tutela que se aplica, para el caso de los asuntos judiciales en los que tenga intervención un emancipado.¹⁹⁹

¹⁹⁴ De Ibarrola, Antonio, *op. cit.*, p. 657.

¹⁹⁵ CCDF, 2000, art. 483.

¹⁹⁶ CCDF, 2000, arts. 483 y 484.

¹⁹⁷ CCDF, 2000, arts. 486, 487, 488 y 489.

¹⁹⁸ CCDF, 2000, art. 495.

¹⁹⁹ CCDF, 2000, art. 499.

La designación de tutor dativo puede ser realizada por el menor de edad (a partir de los dieciséis años). Dicha designación será válida siempre y cuando sea confirmada por el Juez de lo Familiar, quien podrá reprobado las ulteriores designaciones (previa manifestación del Consejo de Tutelas), y para el caso de que repruebe la citada designación podrá nombrar tutor dativo de la lista que al efecto forme cada año el Consejo Local de Tutelas, con audiencia del Ministerio Público. Lo anterior también es aplicable para el caso de que el incapaz sea menor de dieciséis años.²⁰⁰

d) Tutela Cautelar

Este tipo de tutela se explicará en el Capítulo siguiente.

B. Por las Personas sobre las que se Ejerce

En atención a esta clasificación, la tutela se divide en tres tipos, siendo:

a) Tutela de Minoría

Se trata de la tutela que es ejercida sobre menores de edad que no se encuentran en situación de desamparo.

b) Tutela de Menores de Edad en Situación de Desamparo

Este tipo de tutela es aplicable para los menores de edad considerados como expósitos y abandonados,²⁰¹ por la situación de desamparo en la que se encuentran y que se produce por el incumplimiento o inapropiado ejercicio de los deberes de protección establecidos por la ley a quienes ejercen la patria potestad, tutela o custodia de los menores.²⁰²

Las instituciones de asistencia social o el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal, son quienes pueden ejercer esta tutela, conforme las disposiciones establecidas para el efecto.

c) Tutela de Mayores de Edad

Es el tipo de tutela ejercido sobre los mayores de edad que cumplen con las características previstas por el artículo 450, fracción II del Código Civil.

²⁰⁰ CCDF, 2000, arts. 496 y 497.

²⁰¹ CCDF, 2000, art. 492. Expósito es el "...menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen...", y por abandonado al menor de edad en situación de desamparo, cuyo origen es conocido.

²⁰² CCDF, 2000, art. 492.

C. Por las Facultades Concedidas al Tutor

En atención a esta clasificación la tutela se divide en general y especial, mismas que a continuación se explican.

a) Tutela General

Por ella se otorgan al tutor facultades para la guarda y protección de la persona del incapaz, y para la administración del patrimonio del mismo.

b) Tutela Especial

Se trata de la tutela por la cual se faculta al sujeto activo de ésta para administrar el patrimonio del pupilo, y se aplica solo para el supuesto de que los intereses del menor sean contrarios a los de la persona que ejerce la patria potestad sobre el, o cuando existan intereses contrarios entre pupilos que se encuentren sujetos a la misma tutela.

El Código Civil vigente denomina a este tipo de tutela como interina.

D. Por su Temporalidad

Por este criterio la tutela se clasifica en definitiva e interina.

a) Tutela Definitiva

Cesa hasta en tanto se actualice algún supuesto de extinción de la tutela.

b) Tutela Interina

Es aquella que se aplica solo para el caso de que falte el tutor testamentario o bien que el nombramiento este sujeto a condición; el tutor definitivo este sujeto a proceso penal; cuando se resuelva sobre un impedimento o excusa; durante los tres meses en que el tutor deba otorgar su caución; para el caso de que el tutor se case con el pupilo; y cuando se quiera querellar al cónyuge tutor.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA TUTELA CAUTELAR

En el sistema jurídico mexicano, las legislaciones que regularon por primera vez a la tutela cautelar fueron, el Código Civil del Estado de Coahuila de Zaragoza, vigente en 1999 y el Código Civil del Estado de México, vigente en 2002.

En la Ciudad de México, antes Distrito Federal, esta clase de tutela se introdujo a la legislación aplicable a través del Decreto publicado el día 15 de mayo de 2007, en la Gaceta Oficial, entrando en vigor al día siguiente del de su publicación. Esta modificación tuvo influencias de "...la reiterada práctica notarial que a su vez recogía el sentido general de establecer sistemas para la protección de la persona que llegara a ser incapaz..."²⁰³

En la actualidad la tutela cautelar se encuentra regulada en las legislaciones de 18 entidades federativas, en las cuales se le conoce como cautelar, voluntaria, preventiva, autodesignada o auto asignada, pero que tienen la misma esencia.

En el presente capítulo se enunciarán los diversos conceptos que se han dado sobre esta clase de tutela, así como su evolución, presencia en los sistemas jurídicos de distintos países, características, el proceso de su constitución y de substanciación, y su regulación en las legislaciones de las diferentes entidades federativas que la prevén.

I. Concepto de Tutela Cautelar

Debido a su incorporación relativamente reciente al sistema jurídico mexicano, la tutela cautelar ha sido escasamente objeto de estudio de la doctrina mexicana, razón por la cual son pocas las definiciones que se han elaborado de ella.

Para Fernando Antonio Cárdenas González:

“La autotutela conocida como tutela voluntaria o autodesignada es una institución que organiza la protección integral del futuro del incapacitado, tiene una gran utilidad práctica, da solución al problema de la

²⁰³ Serna, Carlos de Pablo, “La tutela cautelar ¿Es un medio efectivo para la protección de la persona y bienes de quien deja de ser capaz? ¿Su ejercicio debe liberalizarse?”, en Adame López, Ángel Gilberto (coord.), *Homenaje al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez por el*

discapacidad que lastima de manera gradual a la persona, en principio capaz, y que posteriormente resulta incapaz para regular con anticipación la guarda de su persona y, la administración de bienes en los términos que convengan a sus intereses...”²⁰⁴

Por su parte Fausto Rico Álvarez comenta que “Es cautelar la tutela que debe desempeñar una persona nombrada en instrumento público para hacerse cargo del otorgante ante su eventual discapacidad”.²⁰⁵

Asimismo, Rendón Ugalde, en cita de Rodrigo Sánchez Fernández, comenta que la tutela cautelar es:

“...el acto jurídico unilateral revocable, por medio del cual una persona capaz, nombra tutor y su correspondiente sustituto, o excluye de manera expresa a determinada persona del ejercicio de la tutela que pudiere corresponderle, en previsión de algún accidente, enfermedad o vejez, que traiga como consecuencia la incapacidad”.²⁰⁶

En este sentido, la tutela cautelar puede ser definida como *la clase de tutela por la cual una persona con fundamento en el principio de autonomía de la voluntad, designa a quien ejercerá su tutela, quien entrara en funciones para el caso de ser declarada en estado de interdicción.*

II. Evolución y Presencia en Diferentes Ordenamientos Jurídicos

Para Rendón Ugalde, las referencias históricas de esta clase de tutela son muy escasas por su naturaleza innovadora.²⁰⁷ Sin embargo, pueden encontrarse algunas reminiscencias históricas, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

A. Internacional

a) Roma

La tutela cautelar se basa en el principio de autonomía de la voluntad que tienen las personas. Es por ello que se considera que el antecedente más

Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM, 2016, p. 90.

²⁰⁴ Cárdenas González, Fernando Antonio, *Incapacidad, disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad, la tutela voluntaria. Los poderes para la incapacidad. La voluntad anticipada. La ortanasía y la eutanasia activa. La donación de órganos. Legislación nacional respecto a los temas y modelos de documentos*, 5a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 12.

²⁰⁵ Rico Álvarez, Fausto *et al.*, *op. cit.*, p. 470.

²⁰⁶ Citado por Rendón Ugalde, Carlos Efrén, *op. cit.*, p. 549.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 550.

remoto de esta clase de tutela se ubica en el derecho romano, el cual (en cierta medida y no con los mismos efectos) facultó a los considerados incapaces para designar a la persona que desempeñaría su tutela, específicamente hablando, se hace referencia al derecho que tenían las mujeres *sui iuris*, para rechazar al tutor que se les había nombrado y como consecuencia designar a quien desempeñaría dicho cargo (*optio tutoris*).

b) Rusia

En Rusia, en el año de 1927, mediante documento privado una persona que había recién cumplido la mayoría de edad y que padecía de una enfermedad degenerativa, decidió nombrar a quien quería ejerciera su tutela, para cuando esta no tuviera las capacidades necesarias para actuar en el mundo jurídico. Al respecto el Tribunal facultado de ese país, decidió reconocerle plenos efectos a dicho documento.²⁰⁸

c) Canadá

El Código Civil de Québec regula diferentes sistemas de protección para las personas que tienen algún tipo de discapacidad, como el *mandat donné en prévision de l'inaptitude o le mandat de protection*.

Con este mandato las personas pueden confiar a una o más personas la responsabilidad de su cuidado y/o la administración de su patrimonio, para el caso de que se vuelvan incapaces de hacerlo por sí mismas.

En el *mandat donné en prévision de l'inaptitude o le mandat de protection*, predomina la voluntad de los otorgantes, es la forma más simple de proteger el futuro de las personas y de hacer cumplir sus deseos y simplificar los procedimientos para sus parientes.

Por lo que respecta a su constitución, este puede realizarse a través de declaración hecha ante Notario o bien por escrito privado elaborado ante dos testigos. En ambas hipótesis, el cuerpo del *mandat donné en prévision de l'inaptitude o le mandat de protection* debe contener el nombre del otorgante y del mandatario, así como las responsabilidades que este último tendrá, las

²⁰⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 354.

cuales pueden versar sobre el cuidado de la persona del otorgante y/o de la administración de los bienes de este, dicho instrumento debe ser registrado.²⁰⁹

d) Reino Unido

A partir de la *Enduring powers of attorney act* de 1985, en Reino Unido cualquier persona capaz (*donnor*) puede nombrar a otra (*attorney*), para que en caso de volverse incapaz, tome todas las decisiones relacionadas con sus negocios y propiedades.

Con posterioridad, y derivado de una recomendación dada por la *Law Commission*, se introdujo al sistema jurídico aplicable en dicho país, el *Continuing Power of Attorney*, que como novedad extendió las facultades del *attorney* al cuidado personal y de la salud del *donnor*.²¹⁰

e) Alemania

Según Eduardo García Villegas:

“El derecho alemán distingue 2 disposiciones para el caso de la propia incapacidad: Primera, el afectado puede hacer disposiciones para la situación en que se decreta una asistencia. Puede elegir a un futuro asistente o puede expresar deseos sobre la gestión del asistente (*betrewngsverfügung*)... En segundo lugar, está el poder de previsión (*atersvorsorgevollmacht*) entendido como el otorgamiento de un poder a un apoderado, disposición que puede hacer innecesaria una asistencia decretada...”²¹¹

B. Nacional

En la legislación mexicana no existe como tal un antecedente de la tutela cautelar, ya que su regulación en este sistema jurídico es relativamente reciente, sin embargo existen determinadas disposiciones aplicables a la tutela legítima y dativa, que pueden considerarse como vestigios de este tipo de tutela, como son, la facultad otorgada al pupilo, para elegir de cierta forma, a la persona que ejercería el cargo de tutor, ya sea legítimo o dativo. A continuación se explica con mayor detenimiento dichas disposiciones.

²⁰⁹ Cfr. Le carateur public du Québec, *En prévision de l'inaptitude: le mandat de protection. A la rencontre de la personne*, Québec, s.a., [fecha y hora de consulta: 27 de mayo de 2018, 18 horas], Disponible en: <http://www.curateur.gouv.qc.ca/mandat.pdf>.

²¹⁰ Cfr. García Villegas, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007, p. 46.

²¹¹ *Ibidem*, p. 115.

a) Código Civil de 1870

Este Código fue el primer ordenamiento jurídico aplicable en materia civil, tras la independencia de México, por ello se considera como la legislación que contiene los antecedentes más remotos de las instituciones actualmente legisladas.

En este sentido, es de señalar que dicho ordenamiento jurídico, fue el primero en facultar a los menores de edad con 14 años cumplidos o más, a nombrar quien ejercería su tutela dativa. Dicho nombramiento debía ser confirmado por el Juez, quien podía oponerse, siempre que mediara justa causa.²¹²

Para el caso de que se quisiera destituir al tutor dativo nombrado, el menor debía nombrar a un defensor, quien tenía como función principal manifestar al Juez la prudencia de dicha destitución.²¹³

b) Código Civil de 1884

El Código Civil de 1884 fue el primer ordenamiento jurídico aplicable en materia civil en otorgar la facultad a los menores de edad con 14 años cumplidos o más y a los mayores de edad que padecieren demencia, idiotismo, imbecilidad o sordo-mudez, de nombrar a la persona que desempeñaría su tutela legítima, por ser varias las facultadas para ello, es decir, cuando tuvieren varios hermanos de igual vínculo, o varios tíos de igual grado.²¹⁴

Por lo que concierne a la elección de tutor dativo, es de señalar que se mantuvieron las reglas previstas por el Código Civil de 1884, mismas que previamente fueron apuntadas.²¹⁵

²¹² CCDFBC, 1870, art. 555. "...El tutor dativo será nombrado por el juez, si el menor no ha cumplido catorce años. Si es mayor de esta edad, el mismo nombrará el tutor, y el juez conformará el nombramiento, si no tiene justa causa en contrario".

²¹³ CCDFBC, 1870, art. 556. "...Para reprobar los ulteriores nombramientos que haga el menor, se oíría además a un defensor que el mismo menor elegirá".

²¹⁴ CCDFTBC, 1884, arts. 447 y 453.

"Artículo 447. Si hubiere varios hermanos de igual vínculo, o varios tíos de igual grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido ya catorce años, él hará la elección".

"Artículo 453. A falta de tutor testamentario y de persona que, con arreglo a los artículos anteriores, deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella el abuelo paterno; en falta de éste, el materno; en falta de éste, los hermanos del incapacitado; en falta de ellos, los tíos paternos; y en la de éstos, los maternos. Respecto de los hermanos y de los tíos, se observará lo dispuesto en los arts. 446 y 447".

²¹⁵ CCDFTBC, 1884, art. 458.

c) Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917

Respecto de las disposiciones aplicables a la elección de tutor legítimo y dativo, el presente ordenamiento jurídico retomó lo establecido para el efecto, por el Código Civil que le presidió, es decir, por el de 1884.²¹⁶

d) Código Civil de 1928

En el Código de mérito se estableció que los menores de edad con 16 años cumplidos o más, y los mayores de edad que por padecer de demencia, idiotismo, imbecilidad, sordomudez, ebriedad o por ser adicto a enervantes, se encontraba facultado de elegir a su tutor legítimo, cuando tuviere varios hermanos o tíos, que pudieren desempeñar dicho cargo.²¹⁷

Asimismo, se facultó a los menores de edad con 16 años cumplidos a nombrar a su tutor dativo, mismo que entraría en funciones siempre que el Juez Pupilar confirmara dicha designación. En caso de que éste no se confirmara, quien designaba al tutor dativo era el propio Juez Pupilar.²¹⁸

III. La Tutela Cautelar en la Ciudad de México

En la Ciudad de México, la tutela cautelar es el medio por el cual, una persona con capacidad para otorgar testamento, designa a quien ejercerá su tutela, para el caso de perder, o aun teniendo perdida, la plenitud de sus facultades físicas y/o psíquicas.

El inicio del proceso legislativo de la reforma por la que se reguló la tutela cautelar en el ordenamiento jurídico aplicable en el entonces Distrito Federal, data del 19 de diciembre de 2006, fecha en la que el Grupo Parlamentario del PAN, por conducto de su militante, el diputado José Antonio Zepeda Segura, presentó a la Asamblea Legislativa, la *Iniciativa de Decreto de Reformas y Adiciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, a la Ley del Notariado y al Código Financiero, todos para el Distrito Federal, para regular la Tutela Voluntaria*.

En la exposición de motivos de la citada iniciativa, se manifestó que el objeto de esta era:

“...subsana en nuestra legislación el vacío legal que existe a efecto de dar seguridad jurídica a una persona capaz para prever al que será el

²¹⁶ LSRF, 1917, arts. 335, 341 y 346.

²¹⁷ CCDTFMCRMF, 1928, arts. 484 y 490.

²¹⁸ CCDTFMCRMF, 1928, art. 496.

encargado o encargados de hacerse cargo de su persona y de su patrimonio en el momento en que por circunstancias derivadas de enfermedad, accidentes o vejez puedan caer en un supuesto de incapacidad.

Por los tiempos que vivimos la figura de la Tutela voluntaria debe establecerse para adaptarla a estos tiempos nuevos en los que la familia ya no es la única depositaria de la confianza de sus integrantes”.²¹⁹

Asimismo, se señaló que a partir de la tutela voluntaria “...cualquier persona puede ser capaz de prever a la persona o personas que ella designe para hacerse cargo de su persona y de su patrimonio respectivamente, en el momento que se presente una supuesta incapacidad...”,²²⁰ misma que conforme a lo planteado, encuentra su fundamento legal en la autonomía de la voluntad que el Estado Mexicano reconoce a sus gobernados.

Es de señalar que la iniciativa en comento estuvo influenciada por un elemento económico, dado que en su texto, los autores de la misma comentan:

“Es lamentable que una persona, aún contando con recursos, llegada a una eventual incapacidad por enfermedad, accidente o simplemente la vejez, es sometida a un “régimen de protección” que la obliga a vivir asistida por un tutor designado por el juez o, en el mejor de los casos, entre familiares que predetermina el Código Civil del Distrito Federal, sin atender en la designación sus preferencias, intereses y afectos...”²²¹

La anterior opinión es a todas luces un terrible desacierto, pues alimenta la idea que tiene gran parte de la población de que sólo las personas adineradas pueden constituir este tipo de tutela. Dicho en otras palabras, el texto antes transcrito genera la idea de que las personas que cuenten con recursos económicos en abundancia tienen más derechos, y un trato preferencial, lo cual es incorrecto, pues en la tutela (cualquiera que sea el tipo)

²¹⁹ Grupo Parlamentario del PAN, *Exposición de motivos de la Iniciativa de Decreto de reformas y adiciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, a la Ley del Notariado y al Código Financiero, todos para el Distrito Federal para regular la tutela voluntaria*, [en línea], Distrito Federal, 2006 [fecha y hora de consulta: 25 de abril de 2018, 14 horas], Disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=XiHGMGm0t f3DexUGxyTnSD7cjhDvWhgNozhQ9DR9nviu2sxWHXvwtxvh9KQmdan>.

²²⁰ *Ídem*.

²²¹ *Ídem*.

los recursos económicos del sujeto pasivo de la misma no juegan un factor determinante para su constitución, sino la seguridad y bienestar de la persona.

A fin de regular a la tutela voluntaria, se propuso modificar el texto de los artículos 449, 450, 454, 461, 484, 495, 530, 565, 568 y 589, así como la adición del artículo 455 Bis, del Capítulo I Bis, denominado de la tutela voluntaria, compuesto por los artículos 469 Bis (supuesto de la tutela voluntaria), 469 Ter (forma de constitución y prelación de designación), 469 Quáter (posibilidad de que la persona determine la forma en que se habrá de desempeñar el cargo, tanto en lo concerniente a su persona, como a la administración de su patrimonio), y 469 Quintus (en el que se establecía la sanción del que rechace el cargo), el 485 Bis y 585 Bis, y la derogación de los artículos 477 y 478, todos del Código Civil; la modificación del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles; la modificación del artículo 238 y la adición del artículo 124 Bis, ambos de la Ley del Notariado; y la modificación del artículo 219 y 236, ambos del Código Financiero, todas estas regulaciones aplicables en el Distrito Federal.

El mismo día de su presentación, la Mesa Directiva de la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, IV Legislatura, acordó que dicha iniciativa fuera turnada a la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, para su estudio y dictamen.

En este sentido, la citada Comisión determinó aprobar la reforma propuesta, pero con ciertas modificaciones, como la del cambio de denominación del tipo de tutela que se proponía incorporar al ordenamiento jurídico aplicable en el Distrito Federal, dado que los creadores de dicha iniciativa la identificaron como voluntaria, mientras que se determinó que debido a su carácter preventivo, esta debía llamarse cautelar.

Para el efecto, la Comisión determinó que se modificaran los artículos 454, 461, 495, 530, 565, 568 y 589, se adicionaran los artículos 455 Bis, el Capítulo I Bis, denominado "De la Tutela Cautelar", conformado por los artículos 469 Bis, 469 Ter, 469 Quáter y 469 Quintus, y los artículos 485 Bis y 585 Bis, todos del Código Civil; asimismo, se modificara el artículo 904, fracción III, del Código de Procedimientos Civiles; se reformara el artículo 238, fracción XIV, y se adicionara el artículo 124 Bis, ambos de la Ley del Notariado; y se modificara el artículo 219, fracción V y se adicionara la fracción V al artículo 236, del Código Financiero, todos para el Distrito Federal.

Con fecha 12 de abril de 2007, en cesión celebrada, el dictamen de la iniciativa en comento, fue puesto a discusión y a votación, obteniendo 34 votos a favor, 0 en contra y 0 abstenciones. Dados los mencionados resultados, dicho dictamen fue aprobado y remitido al Jefe de Gobierno del entonces Distrito Federal, para su promulgación.

Finalmente el día 15 de mayo de 2007 fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Decreto de reformas por las que se comenzó a regular la tutela cautelar en el citado territorio.

IV. Características

A. Por su Objeto

La principal característica de la tutela cautelar es su objeto, el cual consiste *en el derecho que otorga el ordenamiento jurídico aplicable a las personas que tengan capacidad para testar, de designar a su propio tutor o tutores, a los sustitutos de este o estos, y el establecimiento de los derechos y las obligaciones que le o les asistirán al o los designados por el desempeño de su cargo.*²²²

B. Fundamento en el Principio de Autonomía de la Voluntad

Sobre el concepto de autonomía de la voluntad, resulta interesante lo señalado por los autores franceses Marcel Planiol y George Ripert, quienes se refieren a este como principio de libertad, mismo que consiste en:

“Todo acto jurídico es obra de una o varias voluntades... La voluntad de los particulares no es absolutamente libre, pero tampoco está completamente sometida a la ley: goza de una autonomía parcial... En primer lugar, existe una regla de derecho, no explícita, pero indudable: todo lo que la ley no prohíbe está permitido. La libertad constituye la regla; la voluntad privada es autónoma, salvo los límites fijados por la ley...”²²³

Para Jorge Alfredo Domínguez Martínez el principio de autonomía de la voluntad es “...la libertad de los particulares de desplazarse en lo jurídico mediante su autorregulación, para tutelar, defender y organizar sus propios

²²² CCDF, 2000, arts. 469 Bis y 469 Quáter.

²²³ Planiol, Marcel y Ripert, George, *Derecho civil*, trad. de Leonel Pereznieta Castro, México, Pedagógica Iberoamericana, 1996, p. 44.

intereses, así como para intercambiar satisfactores en las relaciones jurídicas que se dan entre ellos”.²²⁴

Aunado a lo anterior, y refiriéndose únicamente a la aplicación del principio de autonomía de la voluntad en los contratos,²²⁵ el profesor Manuel Borja Soriano explica:

“De acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para celebrar o no celebrar contratos, y al celebrarlos, obran libremente y sobre un pie de igualdad, poniéndose de acuerdo unos contratantes con otros, fijando los términos del contrato, determinando su objeto, sin más limitación que el orden público...”²²⁶

De estas opiniones se infiere que *el principio de autonomía de la voluntad debe ser entendido como el reconocimiento que hace el Estado de la libertad con la cuentan sus gobernados para disponer tanto de su persona como de sus bienes, con la única limitante de que los actos celebrados deben realizarse en observancia a lo dispuesto por las leyes aplicables.*

En este tenor, la tutela cautelar encuentra su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad en razón de que su constitución parte de la facultad que otorga la legislación aplicable a las personas para designar a su tutor o tutores, y a sus sustitos (quienes entraran en funciones cuando quien los nombro sean declarados interdictos), así como para establecer la forma y alcance de las funciones del o los designados.

C. Únicamente los Mayores y los Menores de Edad con 16 años Emancipados, Pueden Ser Sujetos Pasivos de la Tutela Cautelar

De conformidad con lo dispuesto por la legislación aplicable, las personas que tienen capacidad para otorgar testamento, también se encuentran facultadas para constituir tutela cautelar,²²⁷ estas personas son:

²²⁴ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, “Orden público y autonomía de la voluntad”, en Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *Cien años de derecho civil en México 1910-2010 conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario*, México, UNAM-Facultad de Derecho-Colegio de Profesores de Derecho Civil, 2011, p. 83.

²²⁵ Al respecto es de mencionar que el principio de autonomía de la voluntad no solo es aplicable al derecho contractual, sino también a otras áreas del derecho civil, como son la sucesoria y por excepción la familiar, cuyas normas son mayormente rígidas, dado que por ministerio de ley son de orden público.

²²⁶ Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 11a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 122.

²²⁷ CCDF, 2000, art. 469 Bis

1. Los menores de edad con 16 años cumplidos, emancipados o no, cuyas facultades psíquicas sean acordes a las de su edad;
2. Los menores de edad con 16 años cumplidos, emancipados o no y cuyas aptitudes psíquicas estén disminuidas por condiciones diferentes a las de su edad, siempre que estén en un intervalo de lucidez;
3. Los mayores de edad con facultades psíquicas plenas; y
4. Los mayores de edad cuyas aptitudes psíquicas se encuentren disminuidas, siempre que estén en un intervalo de lucidez.²²⁸

Por lo antes referido, se entiende que las personas que pueden ser sujetos pasivos de la tutela cautelar son quienes se encuentran facultadas para constituirla, sin embargo, esto no es así.

Por ministerio de ley, y en razón de su inexperiencia, los menores de edad que no estén emancipados, sin importar su número de años y su desarrollo de aptitudes físicas y/o psíquicas, se encuentran sujetos a patria potestad o a tutela de minoría, las cuales son de aplicación prioritaria y excluyente, entre sí y en relación con otras instituciones jurídicas,²²⁹ como lo es la tutela cautelar.

Dicho en otras palabras, el menor de edad que cuente con 16 años, y que tenga o no desarrolladas sus facultades físicas y/o psíquicas conforme a su edad, pese a estar facultado para otorgar tutela cautelar,²³⁰ sólo podrá ser

²²⁸ CCDF, 2000, arts. 1305, 1306 y 1307.

La disminución de facultades físicas de una persona no altera su entendimiento, razón por la cual la legislación aplicable, únicamente hace referencia al otorgamiento de testamento por “demente” en un intervalo de lucidez.

²²⁹ CCDF, 2000, arts. 412, 449, primer párrafo y 464.

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

“Artículo 449. 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...”

“Artículo 464. El menor de edad que se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere la fracción II del artículo 450, estará sujeto a la tutela de los menores, mientras no llegue a la mayoría de edad.

Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz continuará bajo la misma tutela o podrá sujetarse a una nueva...”

²³⁰ Tesis: II.1º.C.5 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, marzo de 2014, p. 1777. El ordenamiento jurídico aplicable otorga la facultad para constituir tutela cautelar a los menores de edad con 16 años cumplidos, con o sin plenitud en sus facultades psíquicas, por considerar que por ser adolescentes y contar con cierto grado de madurez, cuentan con el desarrollo psíquico necesario para realizar juicios de valor que le

sujeto pasivo de esta, hasta en tanto deje de estar sujeto a patria potestad y/o de la tutela de minoría.²³¹

Lo anterior es así porque el ordenamiento jurídico aplicable da *prioridad a los medios de defensa y protección que se instituyen por motivo de la edad de la persona, sobre aquellos que surgen por la disminución de sus facultades físicas y/o psíquicas*, por ello la tutela cautelar sólo será aplicable en el momento en que su otorgante salga de la citada patria potestad o de la tutela de minoría, y que por algún suceso pierda o continúe disminuido de sus facultades físicas y/o psíquicas.

En atención a lo previamente referido, se puede fácilmente afirmar que *el criterio de distinción aplicable para determinar si una persona puede o no ser sujeto pasivo de la tutela cautelar, no versa sobre quien este facultado para constituirlo, sino en razón de que la persona no se encuentre sujeta a patria potestad o a tutela de minoría*, por ello, se concluye que *las únicas personas que pueden ser sujetos pasivos de la tutela cautelar son los mayores de edad y los menores de edad con 16 años cumplidos y que se encuentren emancipados*.

D. Preventiva y Correctiva

En lenguaje común, la palabra prevención es entendida como la “Preparación o disposición que se hace anticipadamente para evitar un riesgo o

permitan determinar y comprender los alcances de la designación de tutor cautelar, y con base a ello elegir a la persona más adecuada para desempeñar este cargo tan importante, sobre su persona y sobre sus bienes.

El reconocimiento de este derecho, por parte del Estado encuentra su fundamento en el principio de participación democrática de los menores.

²³¹ CCDF, 2000, arts. 443 y 606.

“Artículo 443. La patria potestad se acaba:

I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiba;

II. Con la emancipación derivada del matrimonio;

III. Por la mayor edad del hijo;

IV. Con la adopción del hijo;

V. Cuando el que ejerza la patria potestad de un menor, lo entregue a una Institución pública o privada de asistencia social legalmente constituida, para ser dado en adopción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 901 Bis del Código de Procedimientos Civiles”.

“Artículo 606. La tutela se extingue:

I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;

II. Cuando el incapacitado, sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o por adopción”.

ejecutar algo”,²³² mientras que corregir significa “Enmendar lo errado”.²³³

En este tenor, la tutela cautelar puede ser preventiva o correctiva a la vez. Es preventiva, cuando el sujeto que la constituye busca con esta, impedir que le sea impuesto un tutor; y es correctiva si la razón por la que se constituye tiene que ver con destituir de sus funciones a quien ya está ejerciendo la tutela del otorgante, mediante la designación de un nuevo tutor.

El carácter preventivo o correctivo de la tutela cautelar no está determinado por el grado de aptitudes psíquicas que dicha persona tenga en el momento en que la constituye, y si de forma directa por la finalidad que persiga el otorgante con su constitución, y (en cierta medida) por la condición de sujeción o no que tenga a patria potestad o tutela de minoría al momento de constituirla.²³⁴

A continuación se menciona el carácter que tiene la tutela cautelar, en atención a las características que presente la persona que la constituye, y las razones por las que se le atribuye dicho carácter.

La tutela cautelar es preventiva cuando el que la instituye es:

²³² Real Academia Española, *op. cit.*, [fecha y hora de consulta: 29 de abril de 2018, 16 horas], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=azNzA8J>

²³³ *Ídem.*

²³⁴ Al respecto resulta interesante comentar lo anotado por Fausto Rico Álvarez, para quien el carácter preventivo de la tutela cautelar está determinado por las facultades psíquicas con las que cuente el otorgante al momento de constituirla, por eso para él es totalmente inadmisibles la facultad que otorga el ordenamiento jurídico aplicable a las personas que se encuentran disminuidos de dicho tipo de cualidades para otorgar tutela cautelar, en este sentido, menciona: “En nuestra opinión la persona declarada en estado de interdicción no puede nombrar tutor cautelar en ningún supuesto, ya que conforme al artículo 469-Bis..., dicho nombramiento se efectúa “en previsión del caso de encontrarse en los supuestos del artículo 450.” Quien ha sido declarado en estado de interdicción ya se ubica en uno de los supuestos a que se refiere el referido artículo 450, por lo que no está en posibilidad de actuar “en previsión”, y por lo tanto, no puede nombrar tutor cautelar.

Aunado a lo anterior, Jorge Alfredo Domínguez Martínez apunta otro de los grandes conflictos que surgen a raíz de facultar a un interdicto para otorgar tutela cautelar, quien a la letra comenta:

“...es un desatino legislativo haber relacionado la capacidad para designación del propio tutor con la capacidad del testador, pues para el primer acto, el tratamiento legal es muy especial y el planteamiento hecho en la parte complementaria del párrafo que precede trae consigo un conflicto de aplicación de ley de no fácil solución. O bien el enajenado mental puede, en un intervalo de lucidez, designar su tutor o la decisión es en sentido negativo. Si puede hacerlo, deberá decidirse si lo hace con el certificado médico psiquiátrico o con el procedimiento para el otorgamiento del testamento en las condiciones indicadas. Además, el tutor de un demente podría tramitar ante el Juez de lo Familiar la designación del tutor cautelar personal de su

1. *Mayor de edad con plenitud en sus facultades psíquicas*, ya que, como resulta obvio, estas personas no se encuentran sujetas ni a patria potestad, ni a tutela de ningún tipo, pues su estado de salud es pleno y apto. Lo que busca con la constitución de tutela cautelar, es evitar que para el caso de que pierda dicha condición de salud, se le imponga un tutor, en términos de lo previsto por la legislación aplicable, y por tanto, dicho cargo sea ejercido por quien la mencionada persona elija.

2. *Menor de edad con 16 años cumplidos, emancipado y cuyas facultades psíquicas son de acuerdo a las de su edad*, dado que no se encuentran sujetos a patria potestad o tutela de minoría, que impida la aplicación inmediata de la tutela cautelar, para el caso de que el otorgante pierda dichas facultades, y por ello, la intención de la persona al constituir este tipo de tutela es evitar que le sea impuesto un tutor.

3. *Menor de edad con 16 años cumplidos, sujeto a patria potestad o a tutela de minoría, y cuyas facultades psíquicas son de acuerdo a las de su edad*, ello en razón de que por encontrarse bajo patria potestad o tutela de minoría, no puede ser sujeto pasivo de tutela cautelar, luego entonces, lo que busca la persona al constituir esta clase de tutela es impedir que quien ejerza su tutela sea elegido por alguien distinto a ella.

4. *Menor de edad con 16 años cumplidos, sujeto a patria potestad o a tutela de minoría, y cuyas facultades psíquicas no sean conforme a las de su edad*, dado que por la condición del otorgante, el tutor cautelar no podrá de manera inmediata entrar en funciones, y por ello lo que pretende el otorgante al constituir este tipo de tutela es prevenir que quien desempeñe su tutela sea persona distinta a la que él desea.

Asimismo, la tutela cautelar es preventiva, cuando su otorgante es:

1. *Mayor de edad cuyas facultades psíquicas se encuentren disminuidas y que por ello está sujeto a un tipo distinto de tutela*, debido a que por sus condiciones ya existe persona que se encarga de ejercer el cargo de tutor sobre dicho otorgante, y por ello lo que este busca con la constitución de tutela cautelar es destituir a su tutor y nombrar a quien el desee.

pupilo y éste designar a otorga persona, pues éste último nombramiento excluiría cualquier anterior, en términos de la parte última del artículo 469 Bis”.

2. *Menor de edad con 16 años, emancipado, disminuido de sus facultades psíquicas, según su edad, y sujeto a un tipo distinto de tutela*, al igual que el supuesto anterior, la intención de estas personas al constituir tutela cautelar es destituir a quien ya desempeña su tutela, a través del nombramiento de un nuevo tutor.

E. Prioritaria y Excluyente

La tutela cautelar se caracteriza por ser prioritaria y excluyente, lo cual significa que es el primer tipo de tutela que se aplica y por ello se evita que entre en funciones cualquier otro tipo de tutor, en específico, el tutor legítimo.²³⁵

Ahora bien, para que la tutela cautelar sea aplicada, se requiere de una declaración de estado de interdicción,²³⁶ ello en razón de que las únicas personas que pueden ser sujetos pasivos de dicho tipo de tutela son, los mayores y menores de edad que tengan 16 años y que estén emancipados (cuando la hayan constituido y se encuentran disminuidos en sus facultades físicas y/o psíquicas).

En este tenor, la autoridad jurisdiccional ante quien se tramite una declaración de estado de interdicción, está obligada a solicitar del Archivo General de Notarias, información relacionada con el otorgamiento de tutela cautelar, por parte de la persona de quien se está determinando su capacidad,²³⁷ y en caso de que dicho informe sea en términos afirmativos, procederá a aplicar este tipo de tutela (siempre que medie la aceptación del cargo por quien fue designado para el efecto), excluyendo con ello el nombramiento de tutor legítimo.²³⁸

La razón por la cual el ordenamiento jurídico otorga el carácter de prioritario y excluyente a la tutela cautelar, versa sobre el respeto al principio de autonomía de la voluntad, de quien la constituye, así porque se considera que la elección hecha por el otorgante es la más idónea, por no existir persona más interesada en designar al más apto y virtuoso, para hacerse cargo del cuidado de su persona y de su patrimonio, y finalmente porque sin la atribución de dicha cualidad, la tutela cautelar no tendría razón de ser.

²³⁵ CCDF, 2000, art. 469 Bis.

²³⁶ CCDF, 2000, art. 462, primer párrafo y CPCDF, 1932, arts. 902, primer párrafo, y 904.

²³⁷ CPCDF, 1932, art. 904, fracción III, inciso a), segundo párrafo.

²³⁸ CCDF, 2000, artículo 469 Bis.

F. Constitución Solemne

A fin de explicar el tema en cuestión, resulta necesario enunciar la definición de acto jurídico y explicar de manera somera los elementos de existencia y requisitos de validez del mismo.

Acto jurídico es la manifestación de la voluntad con la intención de producir consecuencias jurídicas, mismas que están sancionadas por la ley.

Para que el acto jurídico exista se tiene que observar la presencia de una serie de elementos, tales como la voluntad o consentimiento, la posibilidad física y jurídica de su objeto y, en determinados casos, la solemnidad; asimismo y para que este surta plenos efectos se requiere el cumplimiento de diversos requisitos, los cuales se denominan de validez, y son, la capacidad de su o sus otorgantes, la ausencia de vicios en su voluntad o consentimiento, la licitud en el objeto, motivo y fin, y la observancia de la forma que para el efecto prescribe el ordenamiento jurídico aplicable.

En caso de que en la celebración de un acto jurídico no se observa la presencia de alguno de los elementos de existencia, se provoca, tal como lo señala el nombre de dichos elementos, la inexistencia de este, es decir, la nada jurídica, y por ello la imposibilidad de subsanar o remediar las deficiencias presentadas; y en el supuesto de que se omita el cumplimiento de alguno de los requisitos de validez, lo que se genera es la ineficacia del acto jurídico, es decir, la nulidad relativa (con posibilidad de subsanar la deficiencia) que se actualiza cuando falta la capacidad del otorgante, la presencia de vicios en la voluntad o la forma; y la nulidad absoluta (sin posibilidad de convalidación de deficiencia), cuando el objeto, motivo o fin sea ilícito.

Una vez comentado lo anterior, se procede a enunciar algunas de las definiciones que se han elaborado, sobre la solemnidad y la forma.

En este sentido, se apunta lo comentado por Ernesto Gutiérrez y González, quien concibe a la solemnidad como:

“...el conjunto de elementos de carácter exterior del acto jurídico, sensibles, en que se plasma la voluntad de los que contratan, y que la ley exige para la existencia del mismo. El efecto de esta forma en el acto jurídico, es darle existencia, y así por el contrario ante su falta, por ministerio de la ley, la voluntad de los que pretendan contratar no

produce los efectos deseados y sus voluntades no alcanzan el rango de acto jurídico...”²³⁹

Y a la forma como:

“...el conjunto de elementos sensibles que revisten exteriormente a las conductas que tienden a la creación, transmisión, conservación, modificación o extinción de los derechos y obligaciones y cuya validez total o parcial depende en cierta medida de la observancia de esos elementos sensibles, según lo exija la organización jurídica vigente... se le puede entender como la manera en que debe externarse y/o plasmarse la voluntad de los que contratan, conforme lo disponga o permita la ley”.²⁴⁰

Por su parte, Manuel Bejarano Sánchez explica sobre la solemnidad:

“La importancia social o económica de ciertos actos impone la necesidad de celebrarlos con determinados ritos, que son condición de su existencia.

Adviértase que la manera de realizar el acto es un elemento constitutivo del mismo; si esa forma ritual de celebración falta, el acto no llega a existir, es inexistente. Es así una verdadera solemnidad que complementa el acto, es un elemento necesario para su creación”.²⁴¹

Y sobre la forma, señala “...es la manera como se exterioriza dicha voluntad: es el conjunto de elementos sensibles que envuelven la declaración de la voluntad...”²⁴²

En síntesis, *la solemnidad y la forma son por su esencia semejantes, y son diferentes, por los efectos que producen, pues la observancia de la solemnidad genera la existencia del acto jurídico, mientras que el cumplimiento de la forma determina la validez del mismo.*

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aplicable, para que la tutela cautelar exista, debe ser constituida ante Notario,

²³⁹ Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 20a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 270.

²⁴⁰ *Ibíd.*, p. 278.

²⁴¹ Bejarano Sánchez, Manuel, *Obligaciones civiles*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2010, p. 72.

²⁴² *Ibíd.*, p. 103.

quien a su vez la debe hacer constar en escritura pública.²⁴³ En caso de que dichos rituales no sean observados, la tutela cautelar simplemente no existe, pues dichas deficiencias no pueden ser convalidadas o remediadas. Luego entonces, la tutela cautelar es un acto jurídico netamente solemne, pues la manifestación de la voluntad debe ser realizada bajo las formas previstas, caso contrario se produce la inexistencia de dicho acto jurídico, es decir, la nada jurídica.

G. Modulación de Derechos y Obligaciones del Tutor Designado

Conforme a lo dispuesto por el Código Civil vigente, la tutela cautelar no sólo consiste en la designación de tutor o tutores y a sus sustitutos, por parte de quien será el sujeto pasivo de la relación tutelar, sino también en la determinación de los derechos y obligaciones que estos tendrán por el desempeño del citado cargo.²⁴⁴

El otorgante de tutela cautelar no sólo tiene derecho a nombrar a su propio tutor o tutores y a sus sustitutos, sino también a determinar la forma en que será desempeñada la tutela, contemplando de manera forzosa las medidas relacionadas con los tratamientos médicos a los que estará sujeta, y la retribución de la que gozará quien desempeñe el cargo de tutor.

Relacionado con lo anteriormente enunciado, el profesor Fausto Rico Álvarez menciona:

“La facultad de quien nombra tutor cautelar para determinar la manera en que deberá ejercerse la tutela sólo es útil si se admite que pueden establecerse reglas distintas a las previstas por la Ley. De lo contrario sólo se repetiría, lo que ya dispone el ordenamiento jurídico. En nuestra opinión, sólo puede modularse el régimen jurídico de la tutela, a efecto de ampliar las obligaciones y/o restricciones del tutor y no para disminuirlas”.²⁴⁵

Lo cual resulta totalmente cierto, dado que el otorgante de tutela cautelar, lo único que puede hacer es escoger entre las múltiples facultades y obligaciones que la legislación aplicable dispone para los tutores.

H. Ausencia de Curador

²⁴³ CCDF, 2000, art. 469 Ter.

²⁴⁴ CCDF, 2000, art. 469 Quáter.

²⁴⁵ Rico Álvarez, Fausto *et al.*, *op. cit.*, p. 475.

A diferencia de los demás tipos de tutela, la cautelar puede existir sin la presencia de un curador.²⁴⁶ En un ejercicio de interpretación se presume que el legislador determinó lo presidente en razón de presumir que la persona elegida para ser el sujeto activo de esta institución, es la más apta, capacitada y digna, siendo estas las virtudes por las que fue elegida para el desempeño de dicho cargo, por ello resulta innecesaria la presencia de un curador que desempeñe la vigilancia del desempeño de esta persona.

I. Revocable

La revocación es el acto por el cual el otorgante de la tutela cautelar, puede dejarla sin efecto, siempre que lo haga hasta antes de perder la capacidad de entendimiento en el que se encuentra y con plena observancia de los ritos prescritos para su constitución.²⁴⁷

V. Proceso de Constitución

El proceso de constitución de la tutela cautelar se encuentra regulado tanto por el Código Civil, como por la Ley del Notariado,²⁴⁸ ambos aplicables en la Ciudad de México.

En aras de la seguridad jurídica de los gobernados,²⁴⁹ el ordenamiento jurídico aplicable dispone que la tutela cautelar debe constituirse ante

²⁴⁶ CCDF, 2000, art. 618.

²⁴⁷ CCDF, 2000, art. 469 Ter.

²⁴⁸ El presente trabajo de investigación se encuentra elaborado a la luz de lo dispuesto por la Ley del Notariado para el Distrito Federal, del año 2000, por ser el ordenamiento jurídico en vigor, sin embargo, durante el proceso de realización fue publicado, el día 11 de junio de 2018 en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el Decreto por el cual se abrogó la citada legislación, y en consecuencia se expidió una nueva, la cual fue identificada con el nombre de Ley del Notariado para la Ciudad de México, misma que, conforme al artículo segundo transitorio, entrara en vigor el día siguiente de la entrada en vigor de la Constitución Política de la Ciudad de México, es decir, el día 18 de septiembre de 2018.

En aras de lo aquí comentado, se hará referencia no solo a los artículos aplicables y previstos por la Ley del 2000, sino también a los contemplados por la legislación del 2018.

²⁴⁹ De acuerdo con lo manifestado en la exposición de motivos de la iniciativa que dio origen a la regulación de la tutela cautelar en el antiguo Distrito Federal, la razón por la que se estableció que dicha clase de tutela debía constituirse ante Notario, radica en proporcionar seguridad jurídica a quienes la otorgan. Dicha medida resulta lógica, dado que el ordenamiento jurídico aplicable dispone que la función Notarial tiene como finalidad dar certeza y seguridad jurídica de los actos celebrados o pasados ante su fe.

En este tenor, resulta pertinente mencionar el significado del término seguridad jurídica y certeza jurídica, por ello se señala lo siguiente:

Pérez Luño, Antonio Enrique, "La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia", *Boletín de la Facultad de Derecho*, España, 2000, núm. 15, pp. 28 y 29. La seguridad jurídica "...se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las

Notario,²⁵⁰ quien a su vez la debe hacer constar en escritura pública,²⁵¹ con plena observancia de la forma prescrita para dichos instrumentos públicos.²⁵²

A continuación se realiza una descripción del proceso a seguir, para el otorgamiento de este tipo de tutela:

normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos encargados de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva la seguridad jurídica se presenta, en su acepción subjetiva encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva...”, mientras que “La certeza del Derecho supone la faceta subjetiva de la seguridad jurídica se presenta como la proyección en las situaciones personales de la seguridad objetiva. Para ello, se requiere la posibilidad del conocimiento del Derecho por sus destinatarios. Gracias a esa información realizada por los adecuados medios de publicidad, el sujeto de un ordenamiento jurídico debe poder saber con claridad y de antemano aquello que le está mandado, permitido o prohibido...”

Asimismo, se considera que otro motivo por el cual se dispuso que la tutela cautelar debe constituirse de esta manera, es porque el otorgante, además de autotitularse tutor, diseña la forma en que se deba desempeñar dicho cargo, a través del establecimiento de derechos y obligaciones del tutor, para lo cual necesita del asesoramiento de un perito en la materia, tal como lo es el Notario.

²⁵⁰ LNDF, 2000, art. 42. (LNCM, 2018, art. 44) “...Notario es el profesional del Derecho investido de fe pública por el Estado, y que tiene a su cargo recibir, interpretar, redactar y dar forma legal a la voluntad de las personas que ante él acuden, y conferir autenticidad y certeza jurídica a los actos y hechos pasados ante su fe, mediante la consignación de los mismos en instrumentos públicos de su autoría...”

²⁵¹ CCDF del 2000, artículo 469 Ter.

Al respecto es de mencionar que el texto original del artículo en cita, establecía que el Notario autorizante de una tutela cautelar, tenía por obligación agregar a la escritura de constitución (ya sea en su texto o al apéndice de la misma), un certificado médico expedido por perito en psiquiatría, en el que se señalara que el otorgante contaba con pleno uso de sus facultades mentales y con plena capacidad para autogobernarse.

El mencionado artículo fue modificado mediante Decreto publicado en la Gaceta Oficial del entonces Distrito Federal, el 23 de julio de 2012, suprimiendo con ello la citada obligación, a fin de hacer mucho más sencillo el otorgamiento del mencionado tipo de tutela.

²⁵² LNDF, 2000, arts. 100, 101 y 102, primer párrafo, fracción I, III, XII, XIII y XX (LNCM, 2018, art. 101, 102 y 103, primer párrafo, fracción I, III, XI, XII y XIX). La escritura pública “...es el instrumento original que el notario asienta en los folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos y que firmado por los comparecientes, autoriza con su sello y firma”.

Las escrituras deberán ser redactadas con letra clara en idioma español, sin perjuicio de utilizar palabras en idioma distinto, siempre y cuando estas hagan referencia a términos usados en ciencias o artes determinados, con letra clara, sin abreviaturas o guarismos, salvo que se trate de transcripciones o reproducciones, sin raspaduras o enmendaduras, para el caso de que existan errores, se podrá testar y salvar lo corregido, en cuyo texto no deberán obrar espacios en blanco y las cuales deberán ser firmadas por los otorgantes, únicamente al final de lo escrito, sin que exista la posibilidad de que obren espacios en blanco entre las mencionadas firmas y el citado texto.

Por lo que respecta a la estructura del contenido del instrumento, este se divide en proemio, declaraciones, antecedentes, cláusulas y certificaciones.

1. El presunto otorgante de la tutela cautelar concurre ante el Notario de su elección, a fin de manifestarle sus deseos.

2. El Notario, con base en la interpretación y su conocimiento jurídico determinará si la manifestación de voluntad del concurrente coincide con el otorgamiento de tutela cautelar, para el caso de que esto sea afirmativo, procederá primeramente a determinar si la persona es capaz para otorgar este tipo de tutela, posteriormente le explicará y la asesorará sobre dicho acto jurídico. Hecho lo anterior, tomará nota de la voluntad de ésta y procederá con la redacción del instrumento público.

3. Cuando ya se encuentre redactado la escritura pública correspondiente, se citará al otorgante, para su lectura y para la explicación de las consecuencias jurídicas de dicha clase de tutela, en caso de que se esté de acuerdo, el otorgante y el Notario procederán a la firma del mismo.

4. Una vez desahogado lo anterior, el Notario presentará en un plazo de 5 días hábiles siguientes al del otorgamiento, un aviso al Archivo General de Notarías,²⁵³ en el que expresará el número de escritura, la fecha de otorgamiento, el nombre, nacionalidad, fecha, lugar de nacimiento, estado civil, ocupación y domicilio, del otorgante, sin indicar la identidad del o los designados.²⁵⁴

La presentación del citado aviso queda al arbitrio del Notario autorizante, pues, ni el Código Civil vigente, ni la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente en el año 2000, ni la nueva Ley del Notariado para la Ciudad de México del 2018, prevén algún tipo de sanción a los Notarios que sean omisos en su envío, lo cual provoca el incumplimiento de uno de los objetivos de este tipo de tutela, tal como lo es la seguridad jurídica.

²⁵³ El Manual Administrativo aplicable a la actividad de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales de la Ciudad de México, de octubre de 2016, omite regular cual será el órgano o unidad administrativa que se encargara de recibir los avisos dados por los Notarios sobre la constitución de la tutela cautelar, sin embargo, respecto de los avisos de testamento remitidos por los Notarios, para su depósito y custodia definitiva en el Archivo, establece que quien se hará cargo de ello es la Subdirección de Archivo General de Notarías, es por ello que en un ejercicio de interpretación y derivado de la práctica, se concluye que la unidad administrativa encargada de recibir los citados avisos, es la citada Subdirección de Archivos Generales de Notarías.

²⁵⁴ LNDF, 2000, art. 124 Bis, primer párrafo (LNCM, 2018, art. 127).

5. Por su parte el Archivo General de Notarías, recibirá el aviso dado por el Notario autorizante y por ello le expedirá un oficio de recepción.

7. Finalmente, el Archivo General de Notarias deberá inscribir en el registro que lleva a su cargo, la información proporcionada por el Notario, la cual únicamente podrá ser consultada por Notarios y Jueces de lo Familiar, previa solicitud realizada al citado Archivo.²⁵⁵

Respecto al monto que debe ser cubierto por la constitución de tutela cautelar, es de señalar que este debe ser calculado en base a lo establecido por el arancel de notarios que se encuentre vigente,²⁵⁶ es así que para el 2018 el costo por el otorgamiento de dicha clase de tutela, si el testimonio que se expedirá consta de 1 a 3 hojas, es de \$2,491.00 (si la firma es recabada dentro de la Notaria), o bien, de \$2,658.00 (cuando surja la necesidad de que el Notario recabe la firma en lugar extraño a sus oficinas), a ambos costos deberá sumársele el monto obtenido por aplicar la tasa establecida para el impuesto sobre el valor agregado.²⁵⁷

VI. Proceso de Substanciación

Por ministerio de ley, la tutela existe (sin importar su tipo o clase) si y solo si con anticipación se ha obtenido declaración de estado, ya sea de minoría o de interdicción, de la persona que va a quedar sujeta a ella, así como la determinación del grado de su capacidad y en consecuencia la delimitación de los actos personalísimos que podrá realizar por sí misma.²⁵⁸ Dicha declaración es obtenida tras la substanciación del procedimiento establecido para el efecto, en el Código de Procedimientos Civiles aplicable.

²⁵⁵ LNDF, 2000, art. 124 Bis, segundo párrafo (LNCM, 2018, art. 127, segundo párrafo).

²⁵⁶ LNDF, 2000, art. 15, primer párrafo (LNCM, 2018, art. 15, primer párrafo).

²⁵⁷ El Arancel de Notarios vigente para 2018 fue publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, el día 15 de marzo de 2018, entrando en vigor al día siguiente.

De conformidad con lo previsto por dicho arancel, los Notarios ante quienes se constituya tutela cautelar podrán cobrar como honorarios, hasta la cantidad de \$1,405.00, a los cuales se suma el monto de \$468.00, por la expedición de testimonio (siempre que conste de 1 a 3 hojas, y si este número es rebasado, se cobrara \$38.00 por hoja hasta 100), además de \$618.00, por la realización de trámites, es decir, por dar aviso al Archivo General de Notarias, y si la firma debe ser recabada en lugar distinto a la Notaria, se cobrarán \$167.00, por firma.

Asimismo, es de considerar que el citado arancel, establece que, en operaciones sin cuantía y en las que no se establece una cantidad mínima como remuneración, para la fijación de ésta los Notarios tomarán en cuenta las condiciones socioeconómicas de los solicitantes de sus servicios, por ello el costo por otorgar tutela cautelar puede variar en demasía.

²⁵⁸ CCDF, 2000, art. 462 y CPCDF, 1932, art. 902, primer párrafo.

Atento a que las únicas personas que pueden ser sujetos pasivos de la tutela cautelar son los mayores y menores de edad que tengan 16 años y se encuentren emancipados, en el presente apartado se analizará únicamente el procedimiento previsto para la obtención de declaración de estado de interdicción, ya que es el que ha de sustanciarse para lograr la existencia de la tutela de esta clase de personas.²⁵⁹

A. Procedimiento de Declaración de Estado de Interdicción

La declaración de estado de interdicción es la determinación judicial en la que se hace constar que un mayor de edad o bien un menor emancipado, se encuentra en alguna de las hipótesis previstas por el artículo 450, fracción II del Código Civil aplicable, el grado de dicha incapacidad y los actos personalísimos que podrá realizar por sí misma, y cuya obtención es necesaria para la aplicación de cualquier tipo de tutela.

Las reglas aplicables para obtener una *declaración de estado de interdicción* resultan ser confusas e inexactas, dado que el Código de Procedimientos Civiles establece de manera textual que *ésta debe ser tramitada a través de juicio ordinario*, sin embargo, esto no es del todo correcto, pues la misma *también puede ser obtenida a través de la substanciación de lo que el ordenamiento jurídico denomina diligencias prejudiciales*,²⁶⁰ procedimientos que a continuación serán explicados:

a) Diligencias Prejudiciales o Jurisdicción Voluntaria

El ordenamiento jurídico aplicable determina que una de las formas por las que se puede obtener la declaración de estado de interdicción, es a través de la substanciación de lo que se identifica como *diligencias prejudiciales*.

Respecto de la denominación empleada para identificar este procedimiento, es de señalar que en materia procedimental existe algo que es conocido como actos prejudiciales, los cuales son entendidos como:

²⁵⁹ La legislación aplicable omite establecer el procedimiento que se ha de seguir para el caso de que un menor de edad emancipado, caiga en alguna de las causales de incapacidad previstas por el artículo 450, fracción II del Código Civil.

Sin embargo, y debido a que la razón por la que este quedará sujeto a tutela es su condición física y/o psíquica, mas no su edad, se concluye que el procedimiento aplicable es el previsto para los mayores de edad incapacitados.

²⁶⁰ CPCDF, 1932, art. 904.

“...aquellos que anteceden o preceden al juicio; esto es, los que tienden a asegurar una situación de hecho o de derecho, con anterioridad a la presentación de la demanda y al establecimiento de la relación jurídico-procesal, sin que formen parte, por sí mismos, del procedimiento contencioso que, en su caso, se promoverá; ni su subsistencia o insubsistencia, eficacia o ineficacia depende de lo que en definitiva se resuelva en el juicio...”²⁶¹

Luego entonces, el término diligencias prejudiciales resulta a todas luces incorrecto, por ello se cree que la mejor denominación que debe ser utilizada para referirse a esta serie de actuaciones judiciales es la de jurisdicción voluntaria, ya que esta consiste en el procedimiento carente de controversia, por el cual las personas solicitan la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado, a fin de que les sea reconocido algún o algunos derechos, a través de la resolución que este emita y que se caracteriza por ser declarativa más no constitutiva. En palabras de José Ovalle Favela, la jurisdicción voluntaria es “...un conjunto variado de actos y procedimientos que se realizan ante funcionarios jurisdiccionales y cuya característica común es la ausencia de conflicto entre partes”.²⁶²

En este sentido, la jurisdicción voluntaria por la que se tramita la tutela de los mayores de edad y menores emancipados inicia a partir de la solicitud realizada por el cónyuge, los posibles herederos legítimos, o el albacea, del presunto incapaz, así como del Ministerio Público, o la institución pública o privada, de asistencia social que acoja al hijo o hijos del que va a quedar sujeto a la tutela.²⁶³

Acto seguido el Juez de lo Familiar realizará los siguientes actos:²⁶⁴

1. Declarar el aseguramiento de la persona y de los bienes de quien se comenzó a tramitar la tutela, es decir, el presunto incapaz.

2. Desahogar el medio de convicción necesario que justifique la necesidad de las medidas antes señaladas, mismos que consisten en: recibir el

²⁶¹ Tesis: P/J.50/96, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. IV, septiembre de 1996, p. 5.

²⁶² Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 10a. ed., México, Oxford University Press, 2013, p. 459.

²⁶³ CPCDF, 1932, art. 902, segundo párrafo.

²⁶⁴ CPCDF, 1932, art. 904.

informe fidedigno de la persona que auxilie al presunto incapaz en su cuidado; o en el informe elaborado por los médicos alienistas o especialistas en la materia, que para el efecto se designen, previa examinación medica del que puede quedar sujeto a tutela, realizada en presencia del mencionado Juez, previa citación del peticionario y del Ministerio Público.

3. Si los resultados del examen médico practicado al presunto incapaz, comprueban su incapacidad o si causan duda fundada sobre esta, el Juez de lo Familiar procederá al nombramiento del tutor y curador interinos.²⁶⁵

El tutor interino tendrá a su cargo la representación (en el juicio ordinario que podrá ser o no tramitado), la protección de la persona y conservación de los bienes del incapaz, que para el efecto le sean entregados por el Juez de lo Familiar.

4. Recabar informe del Archivo General de Notarías, sobre el registro de la designación de tutor cautelar, de la persona cuya incapacidad se tramita, así como los datos del instrumento público, en que se haya hecho constar su constitución u otorgamiento.

El orden de aplicación de las dos últimas actuaciones, es impreciso y obscuro. Ya que en un primer momento, el ordenamiento jurídico establece que para el caso de que exista duda o se compruebe la incapacidad de la persona, el Juez procederá a nombrarle tutor interino, y con posterioridad señala que dicha autoridad deberá pedir informe al Archivo General de Notarías sobre la constitución de tutela cautelar y para el caso de que esta no se haya otorgado, se procederá a nombrarle tutor interino. Luego entonces no se comprende si en principio se le debe nombrar tutor interino y con posterioridad pedir el citado informe, o bien, primero se pide el informe y para el caso de que este sea en términos negativos se le nombre tutor interino. Siendo esta la razón por la que estas se enlistaron conforme las enuncia el ordenamiento jurídico aplicable.

5. Determinar las medidas necesarias sobre la patria potestad o la tutela de las personas incapaces que estuvieren a cargo de quien se está tramitando su interdicción.

²⁶⁵ Las personas que pueden desempeñar este cargo son, el padre, la madre, el cónyuge, los hijos, abuelos y hermanos del incapaz, para el caso de que no existiera ninguno de los antes mencionados, o bien, estos no fueren aptos, el Juez podrá otorgar dicho cargo a otros

6. Nombrar de nueva cuenta, a médicos alienistas o especialistas en la enfermedad de la que adolezca el incapaz, diferentes a los previamente nombrados, a fin de que procedan a un segundo reconocimiento médico.

7. Citación a audiencia, al tutor interino, al Ministerio Público y al promovente. En este acto y si todos estuvieren conformes, el Juez de lo familiar dictará resolución sobre la incapacidad de la persona examinada, para el caso de que se resuelva que esta existe, se declarará el estado de interdicción, así como el alcance de la capacidad de la persona y de los actos personalísimos que podrá realizar por sí misma la persona (la extensión y límites de la tutela).

b) Juicio Ordinario

La declaración de estado de interdicción también puede ser obtenida a través de la substanciación de *juicio ordinario, mismo que solo tendrá aplicación para el caso de que exista controversia o inconformidad entre el tutor interino, el Ministerio Público y el promovente, respecto de lo resuelto por el Juez de lo Familiar en la última actuación jurisdiccional, prevista en la jurisdicción voluntaria.*²⁶⁶

Es de hacer notar que en el presente procedimiento, a diferencia del previamente comentado, el presunto incapaz se encuentra facultado para manifestar al Juez de la causa, su opinión y sentir respecto de la situación controvertida,²⁶⁷ respetando con ello la garantía de audiencia prevista por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁶⁸

En este sentido, serán partes del juicio el tutor interino, el Ministerio Público y el promovente. Y las medidas que se tomaron durante la etapa de jurisdicción voluntaria, deberán persistir, salvo que por la presentación de nuevos datos de convicción, el juzgador decida modificarlas.²⁶⁹

Ahora bien, por lo que respecta a los medios probatorios necesarios para demostrar la existencia de una causal de incapacidad, el ordenamiento jurídico aplicable dispone que las personas que participen en este tipo de juicio deben presentar la certificación de dos médicos o psicólogos, preferentemente

parientes o amigos del incapaz o de sus descendientes, siempre que tengan honorabilidad conocida.

²⁶⁶ CPCDF, 1932, art. 904, fracción V, segundo párrafo.

²⁶⁷ CPCDF, 1932, art. 905, fracción II.

²⁶⁸ CPEUM, 1917, art. 14

²⁶⁹ CPCDF, 1932, art. 905, fracción I.

de instituciones de salud oficial, quienes realizaran la examinación frente al Juez, Ministerio Público y las partes. El Juez, a su vez, en audiencia podrá hacer cuantas preguntas estime convenientes a todos los partícipes en dicha examinación.²⁷⁰

Finalmente, y una vez que concluya la citada etapa probatoria, el Juez dictara sentencia, en la que determine la existencia o inexistencia de incapacidad. En caso de que esta sea en sentido afirmativo, la autoridad deberá (al igual que en el procedimiento de jurisdicción voluntaria) determinar el grado de incapacidad de la persona, los actos personalísimos que esta podrá realizar. Ahora, el nombramiento y discernimiento del cargo de tutor y curador, se hará una vez que la citada sentencia de interdicción cause ejecutoria. El o los tutores o curador definitivos deben una vez entrados en funciones recibir la rendición de cuentas del tutor interino.

VII. La Tutela Cautelar en Otras Entidades Federativas

Actualmente la clase de tutela que es denominada como cautelar en el ordenamiento jurídico aplicable en la Ciudad de México, es regulada en 18 de las 32 entidades federativas que componen el territorio mexicano, y cuyos ordenamientos jurídicos la identifican como autodesignada, voluntaria, cautelar, preventiva o auto asignada.

Atengo a que a lo largo del capítulo en desarrollo se ha explicado de manera exclusiva la regulación de la tutela cautelar en la Ciudad de México, el presente apartado es dedicado a elaborar una breve explicación de la conceptualización y regulación dada a esta clase de tutela en los ordenamientos jurídicos de las 17 entidades federativas restantes que la prevén, ordenándolos en atención al momento en que fue incorporada a ellos, es decir, de manera cronológica.

A. Coahuila de Zaragoza. Tutela Autodesignada

El día 25 de junio de 1999 fue publicado en el Periódico Oficial de Coahuila de Zaragoza el Decreto número 315, por el que se expidió el Código Civil aplicable en dicha entidad federativa, y en el cual se reguló una clase de tutela que hasta el momento era totalmente desconocida en el sistema jurídico mexicano y a la cual denominó tutela autodesignada.

²⁷⁰ CPCDF, 1932, art. 905, fracción III.

Según lo dispuesto por el Código Civil en comento, solo los mayores de edad con capacidad de ejercicio tenían derecho a otorgar tutela autodesignada, misma que consistía en la designación de tutor, sus sustitutos, y en el establecimiento del orden en que los nombrados ejercerían el cargo, y de las reglas a las que debía ceñirse el citado cargo. Este tipo de tutela únicamente era aplicable para el caso de que su otorgante fuera declarado incapaz, y cuyo otorgamiento evitaba el inicio de cualquiera de los otros tipos de tutela que eran regulados.

Por su parte, la persona que hubiere sido designada para desempeñar el cargo de tutor no tenía obligación de aceptar el cargo, pero en el caso de que lo hiciera debía durar en este cuando menos un año, pasado el cual podía solicitar su remoción ante el Juez facultado para dilucidar este tipo de asuntos.

La tutela autodesignada debía constituirse ante Notario y podía ser revocada en cualquier momento y a través de la misma formalidad.²⁷¹

El día 15 de diciembre de 2015 fue publicado en el Periódico Oficial de Coahuila de Zaragoza, el Decreto número 227, por el que se expidió la Ley para la Familia de dicha entidad, misma que entró en vigor a los 180 días siguientes al de su publicación. En consecuencia, los artículos del Código Civil que regulaban a la tutela autodesignada, pasaron a formar parte de la recién creada ley de manera textual, salvo las siguientes modificaciones:

1. Se dispuso que todas las personas mayores de edad se encuentran facultadas para otorgar tutela autodesignada, sin necesidad de que tengan capacidad de ejercicio, caso contrario a lo ordenado en el cuerpo legislativo predecesor.

2. Se incluyó la posibilidad de que las mujeres también podían ser designadas como tuteurs autodesignadas.

3. Se determinó que la tutela autodesignada tendría efecto para el caso de que el otorgante tuviere la necesidad de asistencia o representación para el ejercicio de sus derechos. Modificación que resulta confusa pues con la actual redacción se sobreentiende que este tipo de tutela se aplicara en todo

²⁷¹ CCECZ, 1999, arts. 558 y 616.

momento, que se requiera dicha asistencia, sin que se cumpla la condición del estado de incapacidad del otorgante.²⁷²

B. Estado de México. Tutela Voluntaria

El día 8 de junio de 2002 fue publicado en el Periódico Oficial Gaceta del Gobierno del Estado de México, el Decreto por el cual se realizaron diversas reformas al Código Civil aplicable en dicha entidad, mismas que tuvieron como consecuencia principal la regulación de una nueva clase de tutela a la cual se le denominó tutela voluntaria.

Conforme a lo dispuesto por el citado ordenamiento jurídico, la tutela voluntaria solo puede ser otorgada por personas capaces, quienes previniendo caer en un futuro estado de interdicción, nombran a quien ejercerá su tutela, a sus sustitutos, y a su curador, así como los derechos y obligaciones que estos tendrán por el desempeño de la misma.

A su vez, la persona designada para desempeñar el cargo de tutor no se encuentra obligada a aceptarlo, y en caso de que no lo hiciera, perderá los derechos de los que sería titular por el desempeño del mismo.

La tutela voluntaria es solemne, pues la legislación en comento establece que debe constituirse ante Notario y constar en escritura pública con los requisitos del testamento público abierto, y revocable en cualquier momento y siguiendo la formalidad establecida para su otorgamiento.²⁷³

C. Morelos. Tutela Preventiva

El día 6 de septiembre de 2006 fue publicado en el Periódico Oficial "Tierra y Libertad" del estado de Morelos, el Decreto por el que se expidió el Código Familiar aplicable en el citado territorio, el cual entro en vigor el 1 de octubre del año señalado.

Conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aplicable, toda persona capaz puede nombrar a la persona que desempeñará su tutela, para el caso de una futura interdicción o inhabilitación.

El otorgamiento de la tutela preventiva debe hacerse ante Notario o ante Juez, y a la cual le serán aplicables las disposiciones previstas para la tutela testamentaria.²⁷⁴

²⁷² LFCZ, 2015, arts. 445 y 501.

²⁷³ CCEM, 2002, arts. 4.240, 4.269, 4.270, 4.271, 4.272 y 4.273.

²⁷⁴ CFELSM, 2006, arts. 259, 284, 285 y 286.

D. Baja California Sur. Tutela Autodesignada

La tutela autodesignada fue incorporada al ordenamiento jurídico aplicable en Baja California Sur, mediante Decreto publicado en el Boletín Oficial de dicha entidad, el día 31 de marzo de 2008, y cuyos efectos comenzaron al día siguiente.

En Baja California Sur, se regulan diferentes clases de tutela, entre las que se encuentra la tutela autodesignada, misma que solo puede ser otorgada por personas mayores de edad con capacidad, y que consiste en la designación de tutor o tutores y curador, quienes entraran en funciones una vez que el otorgante pierda dicha capacidad y cuyas funciones se sujetaran a las reglas prescritas para el efecto por quien será sujeto pasivo de la relación tutelar.

En este tenor, dicha clase de tutela debe otorgarse ante Notario, en escritura pública, o ante el Juez competente, y puede ser revocada en cualquier momento, mediante la misma formalidad.

Una vez cumplida la condición suspensiva a que está sujeta su aplicación, el tutor autodesignado deberá, para el ejercicio de su cargo, presentar el instrumento en donde obre su designación, así como dos certificados médicos en los que se establezca que quien hizo la designación se encuentra en estado de incapacidad.²⁷⁵

E. Guanajuato. Tutela Autodesignada

El día 13 de junio de 2008 fue publicado en el Periódico Oficial del estado de Guanajuato el Decreto por que se realizaron diversas reformas al Código Civil aplicable en dicha entidad federativa, cuyo vigor comenzó al día siguiente. La principal consecuencia de la citada reforma fue la regulación de la tutela autodesignada.

Conforme a lo dispuesto por el citado ordenamiento jurídico, la tutela autodesignada solo puede ser otorgada en la vía de Jurisdicción Voluntaria, por persona mayor de edad capaz, quien puede designar a su tutor, sustitutos y curador, el orden en que las personas designadas desempeñaran el cargo y las

²⁷⁵ CCELSBCS, 1996, arts. 520 y 520 Bis.

reglas a las que se deben sujetar para el mismo, y quienes entraran en funciones para el caso de que sea declarada incapaz.²⁷⁶

F. Zacatecas. Tutela Autodesignada

Con fecha 30 de agosto de 2008 fue publicado en el Periódico Oficial del estado de Zacatecas, el Decreto por el cual se incluyó a la tutela autodesignada como una clase de tutela.

En esta entidad federativa, la tutela autodesignada consiste en la designación que pueden hacer las personas mayores de edad capaces, del tutor o tutores que se encargarán del cuidado de su persona y en su caso de su patrimonio, así como de su curador, quienes entraran en funciones, para el caso de que caigan en estado de interdicción.

La designación señalada deberá hacerse ante Notario y constar en escritura pública, en la que expresamente se establezcan las reglas a las cuales el que fue designado como tutor deberá sujetarse en el desempeño de su cargo, y la cual puede ser revocada en cualquier momento, mediante la misma formalidad.²⁷⁷

G. Baja California. Tutela Autodesignada

El Decreto por el que se comenzó a regular la tutela autodesignada en el ordenamiento jurídico aplicable en el estado de Baja California, fue publicado en el Periódico Oficial de dicha entidad el día 30 de abril de 2008, surtiendo efectos a partir del 1 de mayo de 2008.

La tutela autodesignada es la clase de tutela que se concibe como la facultad que tienen las personas mayores de edad para nombrar a quien se hará cargo de desempeñar su tutela, para el caso de que sean declarados incapaces, y que como consecuencia excluye la aplicación de cualquiera otro tipo de tutela.

Esta clase de tutela se caracteriza por ser renunciable (dado que quien fue designado como tutor puede optar por no aceptar el cargo), obligatoria (si quien fue designado como tutor acepta el cargo deberá permanecer en el por lo menos durante un año), de ejercicio singular (si fueren varios los designados como tutores, estos ejercerán el cargo en el orden de designación, pero no

²⁷⁶ CCEG, 1967, arts. 514-A y 515.

²⁷⁷ CFEZ, 1986, art. 419.

todos a la vez), solemne (su otorgamiento debe ser ante Notario en escritura pública), revocable (el otorgante puede dejarla sin efectos en cualquier momento, siempre que lo haga de la misma forma en que la constituyó) y removible (cualquier persona tenga interés legítimo, puede solicitar al Juez la remoción del cargo de tutor).²⁷⁸

H. Hidalgo. Tutela Voluntaria

La tutela voluntaria se incorporó a la Ley para la Familia del Estado de Hidalgo mediante Decreto publicado en el Periódico Oficial del estado, el día 31 de marzo de 2011.

En este tenor, la tutela voluntaria consiste en la designación de tutor y en el establecimiento de los derechos y de las obligaciones a las que debe sujetarse su actuación, hecha por persona capaz para sí misma, y que únicamente se aplicara para el caso de que esta sea declarada incapaz, interdicta o inhabilitada.

Para que dicha designación sea válida, debe otorgarse ante Notario, en escritura pública y con las formalidades del testamento público abierto, o ante Juez Familiar, en procedimiento no contencioso y con notificación personal del tutor propuesto, para que este manifieste la aceptación del cargo y el discernimiento del mismo. Para el caso de que el designado acepte el cargo, deberá permanecer en el todo el tiempo que dure el estado de incapacidad, interdicción o inhabilitación del designante, salvo que sea removido, se excuse o muera.²⁷⁹

I. Nayarit. Tutela Autodesignada

La regulación de la tutela autodesignada en Nayarit, data del 24 de mayo de 2012, fecha en que entró en vigor el Decreto por el que dicha clase de tutela fue incorporada al Código Civil aplicable.

Conforme a lo establecido por el citado ordenamiento jurídico, toda persona mayor de edad con capacidad legal se encuentra facultada para designar, ante Notario y en escritura pública con observancia de las formalidades establecidas para el testamento público abierto, a la persona que desea ejerza su tutela, y a sus sustitutos, para el caso de que sea declarada

²⁷⁸ CCEBC, 1974, arts. 458 y 488 Bis.

²⁷⁹ LFEH, 2007, arts. 253, fracción IV, 279, 280, 281, 282, 283 y 284.

incapaz y quien deberá ajustar el desempeño de su cargo a las especificaciones que el propio otorgante establezca, respecto de su cuidado, la administración de sus bienes y la remuneración del cargo. Quien sea nombrado como tutor, desempeñará la tutela no solo del designante, sino también, de los hijos de este, para el caso de que no haya otro ascendiente.

Finalmente, es de señalar que esta clase de tutela se caracteriza por ser optativa (dado que el tutor designado puede excusarse del cargo, so pena de perder los derechos que le correspondan del patrimonio del incapaz), revocable (solo por el propio otorgante, cuando aún se encuentre en el pleno uso de su capacidad de ejercicio), y modificable (por el Juez de lo Familiar, a petición del tutor autodesignado o del curador, con opinión del Consejo Municipal de Tutelas).²⁸⁰

J. Durango. Tutela Autodesignada

El día 6 de diciembre de 2012 fue publicado en el Periódico Oficial del estado de Durango, el Decreto por el que se comenzó a regular una nueva clase de tutela en el Código Civil aplicable en dicha entidad federativa, a la cual se identificó como tutela autodesignada.

Ahora bien, conforme lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aplicable, la tutela autodesignada consiste en el nombramiento de tutor o tutores, y a sus sustitutos, y el establecimiento de las reglas especiales para el desempeño de su cargo, la cual solo puede ser otorgada por personas mayores de edad y capaces, y que se aplicara para el caso de que quien la constituya sea declarada incapaz.

Respecto a la forma de constitución, es de señalar que en dicho territorio, la tutela autodesignada solo puede otorgarse ante Notario y puede ser revocada en cualquier momento, mediante la misma forma.

Sobre el cargo de tutor es de señalar que este es unipersonal, dado que sólo puede ser desempeñado por una persona a la vez, y es optativo, ya que el que fue designado para desempeñarlo no tiene obligación de aceptarlo aún sin que exista excusa, pero para el caso de que lo acepte deberá permanecer en el

²⁸⁰ CCEN, 1981, arts. 453, 493 Bis, 493 Ter, 493 Quáter y 493 Quintus.

desempeño del cargo cuando menos un año, al término del cual podrá solicitar su remoción.²⁸¹

K. San Luis Potosí. Tutela Auto Asignada

El Código Familiar para el estado de San Luis Potosí reguló a la tutela auto asignada a partir de las reformas expedidas en el Decreto publicado en el Periódico Oficial de dicha entidad, el día 30 de diciembre de 2016.

En San Luis Potosí los mayores de edad pueden designar a la persona que desean ejerza su tutela, así como a su curador, quienes entraran en funciones para el caso de que el otorgante sea declarado incapaz. Está designación debe hacerse en escritura pública otorgada ante Notario, en la cual deberán establecer expresamente las reglas a las que deberá sujetarse la tutela y curatela. Siendo en todo momento, revocable.

Asimismo, el tutor puede excusarse del desempeño del cargo, el cual no es obligatorio, pero para el caso de que lo haya aceptado, deberá permanecer en el por cuando menos un año, pasado el cual podrá solicitar su revocación.²⁸²

L. Chihuahua. Tutela Autodesignada

Mediante Decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado de Chihuahua, el día 23 de julio de 2011 fue adicionado al Código Civil aplicable en la citada entidad federativa, la regulación de la tutela autodesignada.

El Código Civil del estado de Chihuahua dispone que el nombramiento de tutor o tutores autodesignados y de las reglas a las que se deberá sujetar el cargo, sólo puede ser realizado por persona capaz, en previsión de caer en estado de interdicción, ante Notario, en escritura pública o ante el Juez Familiar, a través de Jurisdicción Voluntaria, en la que obre el consentimiento de ambas partes, es decir, tanto la del otorgante, como la del o los tutores designados, y la cual puede ser revocada, mediante la misma formalidad de su otorgamiento.²⁸³

M. Colima. Tutela Cautelar

El día 5 de abril de 2014 fue publicado en el Periódico Oficial del Estado de Colima, el Decreto por el que se comenzó a regular la tutela cautelar en el Código Civil aplicable en dicho territorio.

²⁸¹ CCED, 1948, arts. 456 y 497 Bis.

²⁸² CFESLP, 2008, arts. 302 y 367.

²⁸³ CCEC, 1974, arts. 438 y 442 Bis.

En términos de lo dispuesto la tutela cautelar solo puede ser otorgada por las personas que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos, misma que consiste en el nombramiento del tutor o tutores, curador, y sus sustitutos (manifestando el orden o prelación en que entraran en funciones), así como en el establecimiento de las reglas a las que deberá apegarse el ejercicio del cargo, figurando en ellas de forma forzosa las relacionadas con el tema del cuidado de la persona, la administración de los bienes, la garantía y la forma en que se debe rendir cuentas, siendo esta última irrenunciable.

Por lo que respecta a su forma de constitución, esta puede hacerse de dos formas distintas y cuando se estime conveniente, con la presentación de cuando menos dos certificados médicos en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades, la primera, ante Notario, en escritura pública, y la segunda ante el Juez de lo Familiar, mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria. En ambos casos, se deberá procurar la aceptación del tutor cautelar. Asimismo, el Notario y el Juez, tienen la obligación de dar aviso del otorgamiento a la Secretaria General de Gobierno, dentro de los 5 días siguientes al del otorgamiento, con remisión de copia del instrumento en donde se haya constituido esta clase de tutela.

La tutela cautelar, puede ser revocada o modificada, por el propio otorgante, y cuando este haya sido declarado en estado de interdicción, por el tutor, curador, Ministerio Público o cualquier interesado, siempre que medie causa grave en perjuicio del incapaz, tanto en su persona como patrimonio.

Por lo que respecta al tutor, este puede ser persona física o moral, que cuente con capacidad para el desempeño del cargo. Sin importar el tipo de persona en que se deposite el cargo de tutor, este tiene derecho a una remuneración, la cual se sujetara a los porcentajes establecidos por el propio incapaz, y para el caso de que no se haya dispuesto nada al respecto, se estará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aplicable.²⁸⁴

N. Nuevo León. Tutela Cautelar

²⁸⁴ CCEC, 1954, arts. 461, 469 Bis I, 469 Bis II, 469 Bis III, 469 Bis IV, 469 Bis V, 469 Bis VI, 469 Bis VII, 469 Bis VIII y 469 Bis IX.

El Decreto por el que se incorporó al Código Civil para el Estado de Nuevo León la regulación de la tutela cautelar fue publicado en el Periódico Oficial del estado, el día 5 de diciembre de 2016.

La tutela cautelar es la clase de tutela que consiste en la designación que pueden hacer las personas con capacidad legal, de quien o quienes desea se hagan cargo del cuidado de su persona y de la administración de sus bienes, para el caso de que sean declaradas en estado de interdicción, y que como uno de sus principales efectos es excluir la aplicación de los demás tipos de tutela.

La tutela cautelar debe otorgarse ante Notario y hacerse constar en escritura pública, en la que se establezcan las facultades del tutor, entre las que deberá figurar, cuando menos, lo relativo a los tratamientos médicos y a su retribución.

A su vez, el Notario autorizante está obligado a agregar al citado instrumento un certificado expedido por médico especialista, en el que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse, así como presentar dentro de los 5 días siguientes al otorgamiento, aviso al Instituto Registral y Catastral del estado, así como a los Tribunales, para el registro de dicho otorgamiento.

Finalmente este cargo puede ser revocado (por el propio otorgante), modificado (por el Juez de lo Familiar a solicitud del tutor, curador o sus sustitutos, con la opinión del Consejo de Tutelas, cuando las condiciones del momento de su constitución han variado) y excusado (bajo la pena de perder los derechos que al designado le correspondan respecto del patrimonio del otorgante).²⁸⁵

O. Puebla. Tutela Voluntaria

La regulación de la tutela voluntaria en el estado de Puebla data del 25 de noviembre de 2015, fecha en que fue publicado en el Periódico Oficial del citado estado el Decreto por el que se realizaron diversas reformas al Código Civil aplicable, mismas que tuvieron como consecuencia la incorporación del mencionado tipo de tutela.

²⁸⁵ CCENL, 1935, arts. 461, 469 Bis I, 469 Bis II y 469 Bis III.

En Puebla, las personas que tienen capacidad para otorgar testamento, se encuentran facultadas para designar uno o más tutores sustitutos, quienes estarán al cargo de su persona y de sus bienes, para el caso de que esta caiga en estado de interdicción, a lo cual se le denomina tutela voluntaria.

La forma de constitución de la tutela voluntaria es a través de escritura pública, otorgada ante Notario, o a través de Jurisdicción Voluntaria ante Juez. En dicho instrumento, también se debe establecer las facultades y obligaciones con que cuenta el tutor dentro de las que como mínimo deben figurar las relacionadas con los tratamientos médicos a los que se someterá el pupilo y la retribución del tutor.

Cuando está ya sea aplicable, quien fue designado como tutor debe concurrir ante los Tribunales a fin de promover el juicio de interdicción, y así poder desempeñar su cargo.²⁸⁶

P. Chiapas. Tutela Voluntaria

La adición de la tutela voluntaria en Chiapas comenzó a partir del 30 de noviembre de 2016, fecha en que fue publicado en el Periódico Oficial del estado el Decreto por el que se realizaron diversas reformas al Código Civil aplicable en la citada entidad federativa, y por la que se comenzó a regular la mencionada clase de tutela.

Conforme lo dispuesto por el citado ordenamiento jurídico, la tutela voluntaria solo puede ser otorgada por quien tenga capacidad para otorgar testamento, y que consiste en el nombramiento de tutor o tutores y sus sustitutos, quienes deben sujetarse a las reglas dadas por el otorgante, en previsión de caer en estado de interdicción. Debe constituirse ante Notario en escritura pública, previa exhibición de un certificado médico en el que se determine la capacidad del otorgante.

Esta clase de tutela es revocable, por el propio otorgante, y modificable por el Juez, a petición del tutor o curador. Asimismo es excusable, bajo la pena de perder los derechos que tenga el tutor sobre el patrimonio del pupilo.²⁸⁷

Q. Tlaxcala. Tutela Preventiva

²⁸⁶ CCELS, 1984, arts. 641, 691 Bis, 691 Ter, 691 Quáter y 691 Quinquies.

²⁸⁷ CCEC, 1938, arts. 455, 463 Bis, 463 Ter, 463 Quáter y 463 Quintus.

El día 30 de diciembre de 2016 fue publicado en el Periódico Oficial del estado de Tlaxcala el Decreto por el que se comenzó a regular la tutela preventiva en la legislación aplicable en dicha entidad.

En Tlaxcala, la tutela preventiva consiste en la designación que puede hacer toda persona mentalmente capaz, del tutor y sus sustitutos, quienes deberán cuidar y guardar a su persona y administrar sus bienes, para el caso de que esta caiga en estado de interdicción. Este nombramiento debe hacerse ante Notario.

Respecto de las facultades con las que contara el tutor designado, es de señalar que estas serán las que se prevén para el tutor legítimo, y para el caso de que este deba tomar decisiones sobre el sometimiento del pupilo a tratamientos médicos, la legislación establece que el tutor deberá tomar parecer de la familia de su pupilo.²⁸⁸

²⁸⁸ CCELST, 1976, arts. 302, 346 Bis, 346 Ter, 346 Quáter, 346 Quintus y 346 Sexties.

CAPÍTULO TERCERO
EFICACIA DE LA TUTELA CAUTELAR

I. Derecho Eficaz

Para Leonel Pereznieto Castro el Derecho es el conjunto de normas jurídicas, impero-atributivas, que imponen obligaciones, atribuyen facultades, y forman un sistema jurídico.²⁸⁹

El Derecho es único e indivisible, sin embargo para fines académicos este ha sido clasificado en diversas categorías que atienden a diferentes criterios, como la calidad de los sujetos destinatarios o bien a las características que presentan las normas que lo conforman. Es por ello que se habla del Derecho público, del Derecho privado y del Derecho social; y del *Derecho positivo*, del *Derecho vigente* y del *Derecho eficaz*.

Por lo que atañe al *Derecho eficaz*, señala Leonel Pereznieto Castro que este es un concepto propuesto por Hans Kelsen, en su obra titulada, *Teoría Pura del Derecho*,²⁹⁰ al afirmar que “*Un orden normativo es eficaz cuando, de una manera general, los individuos a los cuales se dirige se conforman a sus normas. Si en un orden realmente eficaz una condición determinada en una norma se realiza, es probable que la consecuencia prescrita en la misma norma se realice igualmente...*”²⁹¹

Por su parte, Eduardo García Maynéz señala “*Declarar que un precepto de derecho es eficaz significa que es cumplido por sus destinatarios o –a falta de cumplimiento espontáneo –aplicado o impuesto por órganos del poder público...*”²⁹²

En conclusión, el *Derecho eficaz* es *aquel cuyas normas jurídicas son realmente acatadas, de manera voluntaria o forzada, por sus destinatarios.*

II. Teoría de los Tres Círculos de Eduardo García Maynéz

La teoría de los tres círculos fue elaborada por Eduardo García Maynéz en el año de 1940, con la finalidad de definir al Derecho. Sin embargo, *en el presente trabajo el objetivo de retomar la explicación elaborada por el citado*

²⁸⁹ Cfr. Pereznieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., México, Oxford University Press, 2007, p. 198.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 201.

²⁹¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 3a. ed., trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2012, p. 25.

²⁹² García Maynéz, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 510.

autor, versa sobre destacar que puede existir un derecho que pese a estar vigente y ser justo no se aplica, es decir, es ineficaz.

El estudio realizado por el citado autor, comienza señalando que el Derecho eficaz y el Derecho vigente, son independientes, sin embargo, también pueden concurrir en uno o varios preceptos, sin que exista algún conflicto, por ello propone y explica los conceptos de *validez extrínseca* y *validez intrínseca*, al comentar:

“La validez extrínseca... la hacemos depender de que proceden de las fuentes formales y son compatibles con otros preceptos de mayor rango; la intrínseca... deriva, en cambio, de la bondad o justicia de lo que ordenan. La relación entre ambos atributos puede expresarse por medio de los siguientes principios: 1) las notas de validez *extrínseca* (en sentido jurídico-positivo) y validez *intrínseca* (en sentido axiológico-material), no se implican recíprocamente; 2) esas notas no se excluyen entre sí, o, para decirlo de otro modo, a veces se dan en un mismo precepto o en una pluralidad de normas... las notas de *validez formal y material en sentido jurídico-positivo* y *validez objetiva o intrínseca en sentido axiológico* no se implican necesariamente, tampoco se excluyen entre sí, aun cuando la afirmación de tales atributos, respecto de una norma o de un conjunto de normas, se haga aplicando diferentes criterios valoradores”.²⁹³

En otras palabras, de conformidad con lo planteado por el citado autor, la validez extrínseca hace referencia a la positividad de las normas, es decir, que estas emanan de los procedimientos establecidos por el propio ordenamiento jurídico y cuyo contenido se encuentra en armonía con las disposiciones de cuerpos legislativos de mayor jerarquía; mientras que la validez intrínseca atiende a que el contenido de la norma sea justo.²⁹⁴

Dichos criterios guardan relación con el de eficacia, razón por la cual se da a la tarea de exponer los términos de positividad y vigencia.

“...la *positividad* es el atributo de las normas creadas o reconocidas por los órganos del Estado con el propósito de regular, ya sus propias

²⁹³ *Ibidem*, pp. 509 y 510.

²⁹⁴ Entendiendo a la justicia como un valor, por ello hace referencia a la axiología.

funciones, ya el comportamiento de los particulares. El término *vigencia*, referido a los preceptos del sistema, designa otro atributo de éstos: *su obligatoriedad o fuerza vinculante*. *Positividad y vigencia* se predicán, pues, de las mismas normas; pero el primero de tales términos indica que esas normas *han sido establecidas por órganos del poder público*, en tanto que el segundo se refiere a la *obligatoriedad* que dichos órganos les atribuyen o, en otras palabras, a la *validez* que los mismos les conceden, no sólo porque tienen su origen en las *fuentes formales de creación jurídica*, sino por su *concordancia* con otras disposiciones del mismo sistema, pero de superior rango... los atributos de vigencia... y efectividad de las prescripciones vigentes, no pueden desligarse cuando se les refiere, no a preceptos jurídicos aislados, sino a todo un sistema normativo. Esto no quiere decir que tales atributos se confundan ni, menos aún, que necesariamente coincidan en *todas* las normas de un ordenamiento... Lo dicho revela: a) que el atributo de que estamos hablando [es decir, la eficacia] es independiente del de validez, puesto que no está referido a la fuerza obligatoria de los preceptos jurídicos, sino al hecho de que sean cumplidos, aplicados o impuestos; b) que la *vigencia*, o validez extrínseca, en sentido jurídico-positivo, de un sistema de normas considerado como totalidad, está, en cambio, condicionada por la *eficacia normal* de aquéllas; c) que, tratándose de disposiciones aisladas, puede a veces ocurrir que carezcan de eficacia, sin dejar por ello de ser normas [en conclusión]. Un precepto jurídico dotado de validez extrínseca puede, por ende, no ser eficaz”.²⁹⁵

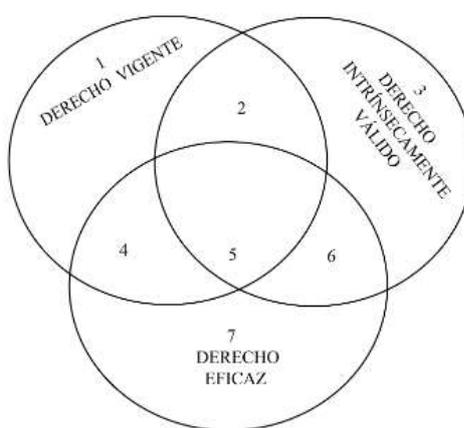
En términos de lo expuesto por el autor en cita, así como existen normas vigentes no eficaces, también puede presentarse normas que son eficaces a pesar de ser inválidas, utilizando este último término como falta de positividad de una norma, es decir, ocupa la palabra inválida para referirse a preceptos que no son positivos por no ser creados conforme a los procesos establecidos por el propio ordenamiento, por no derivar del Estado, al respecto comenta:

“Desde el punto de vista de los órganos estatales tal cosa no se concibe, porque, para tales órganos, no hay más derecho que el creado o

²⁹⁵ García Maynéz, Eduardo, *op. cit.*, pp. 510 y 511.

reconocido por ellos. Desde el ángulo visual... de la costumbre puede, en cambio, admitirse que quienes habitualmente practican determinada conducta a la que atribuyen obligatoriedad jurídica, dan *eficacia* a ésta, aun cuando los órganos del poder público no la consideren válida. Pero, en tal hipótesis, sólo puede hablarse de norma consuetudinaria en relación con quienes la observan. Para el Estado no hay tal norma, y la habitualidad socialmente eficaz sólo se convierte en derecho vigente cuando es reconocida, de modo expreso o tácito, por los órganos de aquél... Si ahora inquirimos qué relaciones existen entre las nociones de *validez intrínseca, en sentido axiológico, y eficacia*, encontraremos dos posibilidades: a) la de que la norma (o las normas) a que se atribuye tal tipo de validez gocen de efectividad; b) la de que no sean eficaces. En la última hipótesis, de acuerdo con la posición iusnaturalista, los principios de justicia no pierden su carácter normativo, pues, para los defensores de tal posición, la norma que no es cumplida ni aplicada no deja por ello de ser válida.²⁹⁶

Realizadas las explicaciones anteriores, el autor de mérito finalmente procede a señalar que "...los conceptos de *derecho vigente, derecho intrínsecamente válido y derecho eficaz*,... revela siete posibilidades diferentes..."²⁹⁷ de derecho, los cuales quedan representadas en el siguiente diagrama de círculos.



²⁹⁶ *Ídem.*

²⁹⁷ García Maynéz, Eduardo, *op. cit.*, p. 513.

Con el propósito de lograr mayor comprensión del diagrama antes referido, el autor realizó las siguientes precisiones:

“1) la de normas extrínsecamente válidas que carecen de valor intrínseco y de eficacia; 2) la de preceptos vigentes e intrínsecamente justos, mas no eficaces; 3) la de normas o principios intrínsecamente válidos, pero desprovistos de vigencia y de efectividad; 4) la de preceptos vigentes y eficaces, pero injustos; 5) la de normas en que concurren los tres atributos, el de vigencia, el de validez intrínseca y el de eficacia; 6) la de normas o principios intrínsecamente valiosos, dotados de eficacia, pero no reconocidos por el poder público; 7) la de reglas consuetudinarias, necesariamente eficaces, pero sin validez formal ni valor objetivo”.²⁹⁸

Es decir, el círculo marcado con el número 1) hace referencia al derecho que es positivo, es vigente, pero que no es eficaz ni es justo; *el marcado con el número 2) representa al derecho que es positivo, vigente y justo, pero no es eficaz, es decir, no es acatado por los destinatarios*; el número 3) se refiere a las normas jurídicas que son únicamente justas, y no son positivas, vigentes o eficaces; el número 4) representa al derecho que es positivo, vigente y eficaz, pero que no es justo; el número 5) se refiere a las normas jurídicas que conllevan todas las características, es el derecho perfecto por ser positivo, vigente, eficaz y justo; el número 6) representa al derecho que es eficaz y justo, pero no es positivo y vigente; y el 7) se trata del derecho que es únicamente eficaz y por consiguiente no es positivo, vigente y justo.

III. Cifras Oficiales de Constitución de Tutela Cautelar

Con la finalidad de determinar el número de tutelas cautelares que han sido otorgadas en la Ciudad de México, desde su entrada en vigor hasta el año en curso, el día 22 de febrero del presente, a través de la Plataforma Nacional de Transparencia fue presentada una Solicitud de Acceso a la Información Pública, la cual fue contestada el día 26 de febrero de 2018, por el Subdirector de Archivo General de Notarias (dado que como previamente se comentó esta es la autoridad encargada del registro en el que se inscriben los avisos

²⁹⁸ *Ídem.*

presentados por los Notarios, sobre el otorgamiento de tutela cautelar), en los siguientes términos:

“En atención a su cuestionamiento le informo que desde el año de 2007 hasta el día de la fecha, se han registrado ante este Archivo un total de 547 (quinientos cuarenta y siete) avisos dados por Notarios sobre otorgamiento de designación de tutor cautelar [énfasis añadido], en términos del Capítulo I Bis, del Título Noveno del Libro Primero del Código Civil, en relación con el artículo 124 Bis de la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente”.

Según lo dicho, la tutela cautelar ha sido escasamente otorgada, pues durante los 11 años que se ha regulado, los Notarios han presentado escasos 547 avisos de su constitución a la autoridad obligada a llevar el registro del otorgamiento de dicho tipo de tutela.

Sin embargo, *dichas cifras reportadas por la autoridad no reflejan de manera exacta el número de tutelas cautelares que se han otorgado, en otras palabras son solo un criterio de consideración, que ayuda a formarse una idea de cuantas tutelas cautelares se han constituido, pero que no resultan decisivas, ya que durante el período considerado por la autoridad para su respuesta, del 16 de mayo de 2007 hasta el 26 de febrero de 2018, el Código Civil y la Ley del Notariado, ambos para el Distrito Federal, omitieron obligar a los Notarios del territorio, a presentar el aviso de constitución de tutela cautelar, es decir, la presentación de dicho aviso quedaba al criterio y diligencia del fedatario público²⁹⁹ (tema que ya fue tratado en el capítulo que precede).*

IV. Percepción de la Población sobre la Tutela Cautelar

Una vez obtenido el reporte del Archivo General de Notarías, en términos de que el número de constitución de tutelas cautelares es sumamente reducido, se dio a la tarea de investigar entre la población que habita en la Ciudad de México, el o los motivos de dicha circunstancia, para ello del 27 al 30 de abril de 2018, se practicaron diferentes entrevistas, cuyos cuestionamientos y resultados serán expuestos en el presente apartado, previa descripción de las características de la población entrevistada, a fin de lograr un mejor análisis.

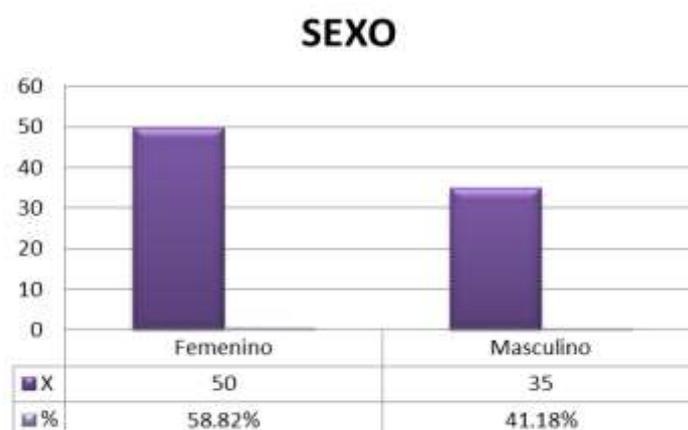
²⁹⁹ CCDF, 2000, art. 469 Ter y LNDF, 2000, art. 124 Bis.

A. Características de la Población Entrevistada

En total fueron entrevistadas 85 personas. Muestra que se compuso por sujetos de ambos sexos, diferentes edades, diverso estado civil, cuyos domicilios se ubican en diferentes partes de la Ciudad de México. A continuación se apunta con toda precisión el número y porcentaje de personas que atienden a las citadas características, las que se plasman en las gráficas respectivas:

a) Distribución de la Población según su Sexo

Según lo dicho fueron entrevistadas 85 personas, de las cuales 50 (58.82%) eran del sexo femenino y 35 (41.18%) del sexo masculino.



b) Distribución de la Población según su Edad

De conformidad con lo actualmente regulado, las personas que pueden constituir tutela cautelar son aquellas que cuenten como mínimo con 16 años de edad, sin establecer un límite máximo de años.³⁰⁰ En atención a ello y a lo manifestado por el INEGI, en relación a que en 2016 la esperanza de vida en la Ciudad de México versaba sobre los 76.2 años,³⁰¹ se tomó la decisión de entrevistar personas que tenían entre 16 y 71 años de edad.

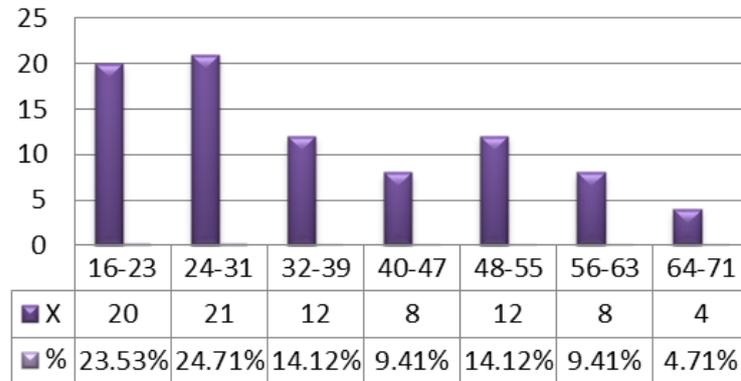
Es decir, de las 85 personas entrevistadas, 20 (23.53%) se encontraban entre los 16 y 23 años; 21 (24.71%) entre los 24 y 31 años; 12 (14.12%) entre

³⁰⁰ CCDF, 2000, art. 469 Bis.

³⁰¹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Esperanza de vida ¿Te has preguntado cuántos años podrías llegar a vivir?*, [en línea], México, 2016, [fecha y hora de consulta: 20 de abril de 2018, 14 horas], Disponible en: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/esperanza.aspx?tema=P>.

los 32 y 39 años; 8 (9.41%) entre los 40 y 47 años; 12 (14.12%) entre los 48 y 55 años; 8 (9.41%) entre los 56 y 63 años; y 4 (4.71%) entre los 64 y 71 años.

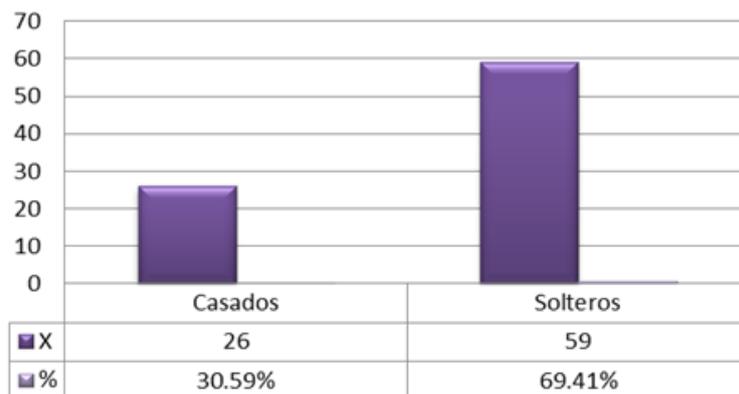
EDADES



c) Distribución de la población según su estado civil

De las 85 personas entrevistadas, 26 dijeron ser casadas (30.59%) y 59 dijeron ser solteras (69.41%).

ESTADO CIVIL



d) Distribución de la Población según Domicilio

Con la finalidad de obtener una idea general sobre la percepción que tiene la población de la Ciudad de México sobre la tutela cautelar, se dio a la

tarea de entrevistar por lo menos a un habitante de cada una de las circunscripciones administrativas que componen el territorio en mención.

Según lo dicho, fueron encuestadas 10 personas (11.76%) provenientes de la Delegación Álvaro Obregón; 5 (5.88%) de Azcapotzalco; 3 (3.53%) de Benito Juárez; 9 (10.59%) de Coyoacan; 1 (1.18%) de Cuajimalpa; 10 (11.76%) de Cuauhtemoc; 13 (15.29%) de Gustavo A. Madero; 5 (5.88%) de Iztacalco; 7 (8.24%) de Iztapalapa; 3 (3.53%) de Magdalena Contreras; 2 (2.35%) de Miguel Hidalgo; 3 (3.53%) de Milpa Alta; 4 (4.71%) de Tlahuac; 4 (4.71%) de Tlalpan; 4 (4.71%) de Venustiano Carranza; y 2 (2.35%) de Xochimilco.



Con lo cual se logró el objetivo planteado al inicio del presente apartado, es decir, encuestar por lo menos a una persona que viviera en alguna de las Delegaciones que componen el actual territorio de la Ciudad de México, ello con la finalidad de conseguir la idea general que se tiene en este territorio de la tutela cautelar y averiguar las razones de su poco otorgamiento.

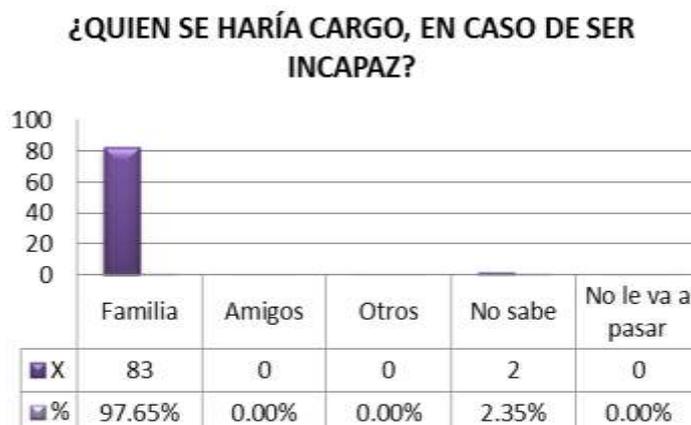
B. Cuestionamiento Practicado

Una vez mencionadas y explicadas las características de las personas entrevistadas o encuestadas, se procede a enlistar las 9 preguntas practicadas, durante dicho cuestionamiento, de las cuales 3 son preguntas principales y 6 secundarias o dependientes de las respuestas de las citadas preguntas principales. Asimismo, se representan las respuestas a través de gráficas, para su mejor lectura y comprensión.

Preguntas:

1. En caso de que usted sufriera algún accidente o alguna enfermedad, que tuviera como consecuencia que no pudiera valerse por sí mismo ¿quién se haría cargo de usted y de sus bienes?

A lo que 83 personas (97.65%) contestaron que su familia haría cargo y solo 2 (2.35%) respondieron que no sabían.



A las 83 personas que respondieron que su familia se haría cargo de ellas, se les practico la siguiente pregunta.

1.a. ¿Quién de su familia se haría cargo de usted?

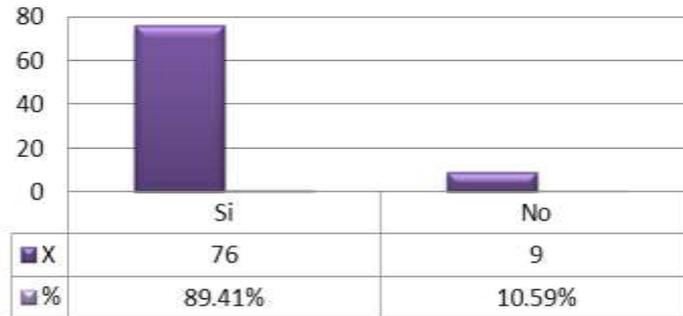
A lo que 23 (27.71%) respondieron que esa persona sería su esposo o esposa; 16 (19.28%), sus hijos; 35 (42.17%) su padre o madre; 7 (8.43%) sus hermanos; y solo 2 (2.41%) otros miembros.



2. Si tuviera la oportunidad de elegir con anticipación, a la persona que se haría cargo de usted, en caso de que no pudiera valerse por sí mismo (tutela cautelar), ¿lo haría?

Esta pregunta fue realizada a las 85 personas que componen la muestra y de las que 76 (89.41%) contestaron que si estarían dispuestas a constituir tutela cautelar, y 9 (10.58%) contestaron que no lo harían.

¿QUIEN CONSTITUIRÍA TUTELA CAUTELAR?



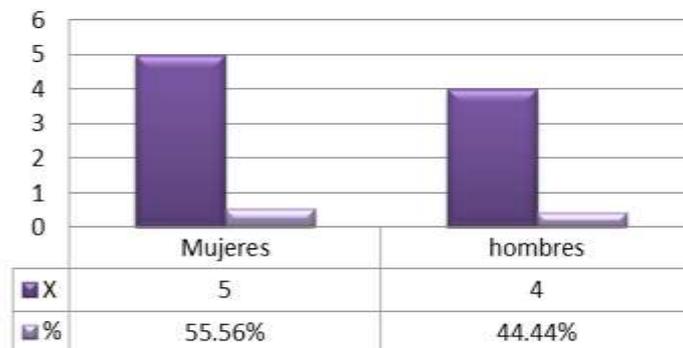
Ahora bien, de las 76 personas que contestaron que si constituirían tutela cautelar, 45 (59.21%) fueron mujeres; y 31 (40.79%) hombres.

SEXO



Mientras que de las 9 (10.59%) que no la constituirían, 5 fueron mujeres (55.56%) y 4 hombres (44.44%).

SEXO



Respecto a las razones por las cuales estas 9 personas (10.59%) no constituirían tutela cautelar, 7 (77.78%) porque consideran que otorgar esta clase de tutela conlleva demasiada responsabilidad al designado; 1 (11.11%)

piensa que nunca le va a pasar y 1 (11.11%) se siente seguro de que sin otorgarla su familia la cuidará.



En este sentido, las siguientes 2 preguntas solo fueron practicadas a las 76 personas que están dispuestas a otorgar tutela cautelar.

2.a. *¿Estaría de acuerdo en formalizar su elección ante Notario, Juez o alguna autoridad administrativa?*

A esta pregunta, 68 personas (89.47%) contestaron que sí, mientras que 8 (10.53%) dijeron que no.



En relación a las 8 (10.53%) personas que contestaron que no otorgarían esta clase de tutela ante Notario, Juez o alguna autoridad administrativa, estas comentaron: 4 (50.00%) porque consideran que no es necesario; 1 (12.50%) porque esto provoca problemas; 2 (25.00%) por la responsabilidad generada para el designado; y 1 (12.50%) porque no están dispuestos a contribuir con la generación de más burocracia.

**RAZONES DEL PORQUE NO ACUDIRIA A JUEZ,
NOTARIO O AUTORIDAD ADMINISTRATIVA**

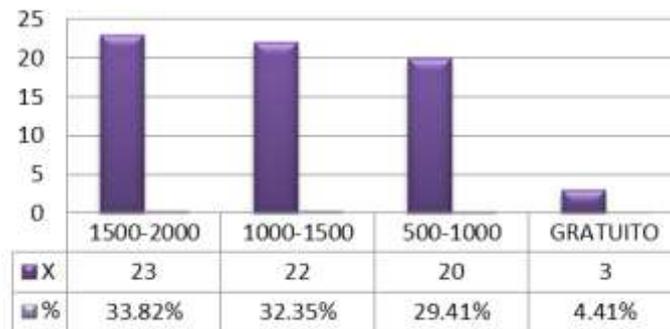


2.b Si dicha elección tuviera algún costo *¿cuánto estaría dispuesto a pagar?*

Esta pregunta solo fue realizada a las 68 personas que contestaron de forma afirmativa a la pregunta que precede, y la cual fue respondida en los siguientes términos:

23 personas (33.82%) contestaron que están dispuestas a pagar de \$1,500.00 a \$2,000.00; 22 (32.35%) de \$1,000.00 a \$1,500.00; 20 (29.41%) de \$500.00 a \$1,000.00; y solo 3 (4.41%) dijeron que ellos prefieren que dicho trámite sea gratuito.

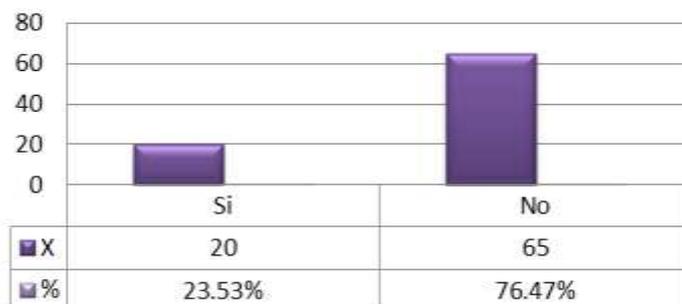
COSTO



3. *¿Usted sabía que la ley de la Ciudad de México regula a la tutela cautelar?*

El presente cuestionamiento fue practicado a la totalidad de las personas encuestadas, es decir a las 85 que componen la muestra, de las que solo 20 (23.53%) saben que la legislación de la Ciudad de México prevé lo que se conoce como tutela cautelar; y 65 (76.47%) desconocen dicha regulación.

CONOCIMIENTO DE LA TUTELA CAUTELAR



En relación con las 20 (23.53%) personas que conocían de la regulación de la tutela cautelar, 13 (65.00%) eran mujeres y 7 (35.00%) hombres.

SEXO

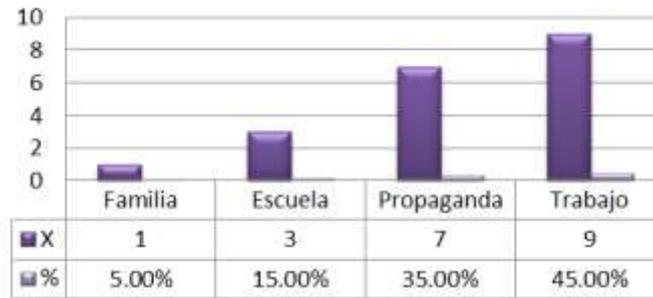


Las siguientes 3 preguntas fueron practicadas únicamente a las 20 (23.53%) personas que contestaron que si conocían de la regulación de la tutela cautelar.

3.a. ¿Cómo se enteró?

De las 20 (23.53%) personas que contestaron que saben de la regulación de la tutela cautelar, 1 (5.00%) se enteró por su familia; 3 (15.00%) por la escuela; 7 (35.00%) por propaganda; y 9 (45.00%) por el trabajo.

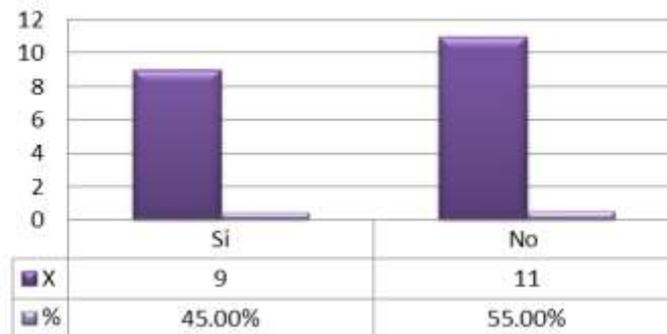
MEDIO DE CONOCIMIENTO DE LA TUTELA CAUTELAR



3.b. ¿Sabe cómo y ante quién se tramita?

De las 20 (23.53%) personas que compone la muestra, 9 (45.00%) respondieron que si conocen como se realiza el tramite; y 11 (55.00%) que no.

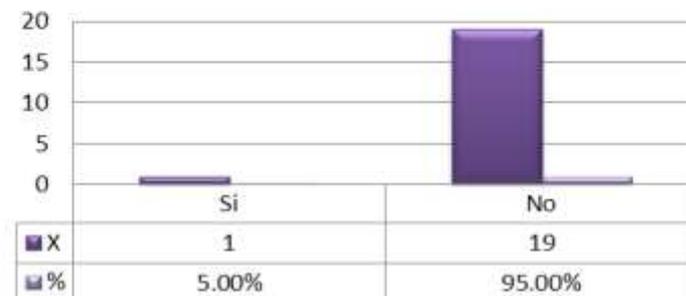
CONOCIMIENTO DEL TRÁMITE



3.c. ¿Usted ha tramitado alguna?

A la presente pregunta, 19 (95.00%) contestaron que no han tramitado tutela cautelar alguna; y 1 (5.00%) que ya lo hizo, quien era del sexo femenino.

¿QUIEN HA TRAMITADO UNA TUTELA CAUTELAR?



V. Campañas de Difusión sobre la Existencia y Otorgamiento de Instituciones Similares a la Tutela Cautelar

A fin de comprender la materia del presente apartado, resulta prudente enunciar algunas de las definiciones que se han elaborado sobre los términos de *políticas gubernamentales*, *políticas públicas* y *programas públicos o sociales*, los cuales son materia de estudio de la ciencia política, pero que en cierta medida y en determinados casos, infieren en la aplicación de normas jurídicas, como medios de difusión de su existencia o bien, como impulsores para la creación de estas.

En este sentido, Daniela Arias Torres y Hugo Armando Herrera Torres, comentan que "...las políticas, ya sean gubernamentales o públicas, son respuestas que el gobierno genera para desvanecer problemas sociales".³⁰²

Por lo que se refiere a la política gubernamental, los citados autores señalan, "...es lo que hace el gobierno en tanto da respuesta, como actor participante único a una problemática social".³⁰³

Para Luis Aguilar las políticas públicas son las "...decisiones de gobierno que incorporan la opinión, la participación, la corresponsabilidad y el dinero de los privados, en su calidad de ciudadanos, electores y contribuyentes".³⁰⁴

Al respecto David Arellano y Felipe Blanco, señalan que las políticas públicas son:

"...aquellas decisiones y acciones legítimas de gobierno que se generan a través de un proceso abierto y sistemático de deliberación entre grupos, ciudadanos y autoridades con el fin de resolver, mediante instrumentos específicos, las situaciones definidas y construidas como problemas públicos".³⁰⁵

Finalmente se hace mención a lo entendido por Mauricio Olavarría Gambi, sobre políticas públicas:

"...la intervención, del Estado, expresada en una decisión o conjunto de decisiones de una autoridad pública, que considera un análisis técnico-racional para un tema determinado y una finalidad específica, que sigue

³⁰² Arias Torres, Daniela y Herrera Torres, Hugo Armando, *Entre políticas gubernamentales y políticas públicas. Análisis del ciclo de las políticas de desarrollo del gobierno del estado de Michoacán, México, 2003-2010*, México, INNP, GLAP-IICA, 2012, p. 41.

³⁰³ *Ibidem*, p. 46.

³⁰⁴ Citado por Arellano Gault, David y Blanco, Felipe, *Políticas públicas y democracia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 25.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 27.

un procedimiento formal, todo lo cual se da en el contexto de un intenso proceso político de confrontación y articulación de intereses”.³⁰⁶

Por su parte, los programas públicos o sociales “...representan el cómo se logrará el momento normativo u orientador de la política pública (finalidad general), es decir, este se preocupa por relacionar los medios con los fines, los recursos disponibles con los resultados esperados... y que se concretan con la realización de un conjunto de proyectos públicos relacionados”.³⁰⁷

Atendiendo a lo apuntado y para efectos del presente estudio, se puede decir que *las políticas gubernamentales son la especie, mientras que las políticas públicas son el género, ambas son decisiones tomadas por el gobierno de un Estado, con la finalidad de solucionar un problema social, o bien evitar que este surja y que se concretiza a través de uno o varios programas públicos o sociales.* A su vez, el criterio que diferencia a las políticas gubernamentales de las políticas públicas es la intervención de la sociedad en la toma de decisiones, pues mientras que en las primeras el único que se encarga de decidir es el Estado, en las segundas, quien interviene directamente en la toma de estas es la sociedad. Por su parte, los programas públicos o sociales son las herramientas por las que se ejecuta la decisión tomada por el gobierno del Estado, con o sin la intervención de la población y los cuales a su vez se conforman por varios proyectos públicos.

Dicho lo anterior, se procede a analizar dos de las políticas públicas lanzadas por el gobierno del Estado mexicano, para difundir la existencia, consistencia, y promoción del otorgamiento, de dos instituciones que tienen similitud en varios aspectos con la tutela cautelar, pero que a la vez son bastante diferentes, como lo son el testamento y la voluntad anticipada.

A. Campaña “Septiembre, Mes del Testamento”

El testamento es *el acto jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, libre y revocable, por el que una persona facultada por la ley, designa a quien o quienes recibirán la titularidad de los bienes, derechos y acciones, que para el*

³⁰⁶ Olavarría Gambi, Mauricio, *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*, Chile, s. e., 2007, Documentos de trabajo del Departamento de Gobierno y Gestión Pública del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, vol. II, p. 23.

³⁰⁷ Arias Torres, Daniela y Herrera Torres, Hugo Armando, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

*efecto establezca, y/o declara o cumple las obligaciones que subsistan, para después de su muerte.*³⁰⁸

Dicho en otras palabras el testamento es el:

“...instrumento legal que expresa la voluntad del legítimo propietario, para que una o varias personas determinadas adquieran el derecho de su propiedad después de su fallecimiento; es decir, es un documento legal que expresa la voluntad del propietario o testador para legar o destinar su patrimonio a una persona determinada como legítimo heredero de su bien o bienes”.³⁰⁹

En principio el Código Civil aplicable preveía la regulación de distintos tipos de testamento, como el público abierto, público cerrado, público simplificado, ológrafo, privado, militar, marítimo y el hecho en país extranjero. Sin embargo el día 30 de junio de 2012 fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Decreto por el cual se deroga la regulación de varios de los tipos de testamento previstos, subsistiendo sólo la relativa al testamento público abierto y al hecho en país extranjero.

Atento a lo comentado se procede a establecer las diferencias y similitudes que guarda el testamento público abierto y la tutela cautelar, siendo estas:

1. Momento de aplicación: El testamento es aplicable para después de la muerte de quien lo otorga; mientras que la tutela cautelar se aplica en vida del que la instituye, cuando esté se ve mermado de forma total o parcial en su capacidad de ejercicio, o bien, aun estando en ella.³¹⁰

2. Objeto: La disposición testamentaria tiene por objeto designar a la o las personas que adquirirán la titularidad de los bienes que para el efecto determine el testador, o la declaración de deberes, para después de su muerte; por su parte, la tutela cautelar versa sobre la designación o nombramiento de quien o quienes se harán cargo tanto de la persona como del patrimonio del otorgante, en caso de que este se encuentre impedido de su capacidad de

³⁰⁸ CCDF, 2000, arts. 1295 y 1296.

³⁰⁹ Castellanos Hernández, Eduardo (coord.), *Registro Nacional de avisos de testamento*, [en línea], México, SEGOB, 2014, p. 25 [fecha y hora de consulta: 20 de junio de 2018, 14 horas], Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/libro%20RNAT.pdf>.

³¹⁰ CCDF, 2000, arts. 469 Bis y 1295.

ejercicio de forma total o parcial, y de las reglas a las que deberá ceñirse el cargo.

3. Personas designadas: En el testamento se designa a uno o varios herederos, legatarios (si es que así se desea), uno o varios albaceas y a los sustitutos de cada uno de estos; en la tutela cautelar únicamente se designa al tutor o tutores y a sus sustitutos.

4. Efectos sujetos a término y a condición:³¹¹ El testamento y la tutela cautelar son disposiciones que se otorgan en el presente pero que sus efectos surgirán en el futuro. Para el caso del *testamento* es de señalarse que éste siempre estará *sujeto a término suspensivo*, en razón de que su aplicación depende de un hecho futuro que de manera segura surgirá, tal como lo es la muerte del testador. Por su parte, la aplicación de la tutela cautelar está sujeta en algunos casos a término y otras tantas a condición, ambos suspensivos. Estará sujeta a condición suspensiva cuando el otorgante se encuentra en plenitud de su capacidad de ejercicio, razón por la cual no se sabe si en el futuro la perderá y caerá por ello en estado de incapacidad.

Asimismo, estas instituciones tienen similitudes, las cuales son:

1. Fundamento en el principio de autonomía de la voluntad: Tanto el testamento como la tutela cautelar encuentran su fundamento en el reconocimiento que hace el Estado de la libertad con la que cuentan sus gobernados para disponer sobre su patrimonio y/o de su persona.

2. Actos jurídicos unilaterales:³¹² Para que el testamento exista se requiere únicamente de la voluntad del testador, lo mismo que en la tutela

³¹¹ Una obligación está sujeta a término o condición cuando el inicio o fin de sus efectos depende de un acontecimiento futuro.

Será término cuando se sabe, desde el momento de la creación de la obligación, que ese acontecimiento se realizará, y es condición cuando se desconoce si ese acontecimiento futuro se realizará o no. Tanto el término como la condición pueden ser suspensivos o resolutorios. Son suspensivos cuando los efectos de la obligación se generan hasta que se realice el acontecimiento futuro, y son resolutorios cuando los efectos surgen desde que se contrae la obligación y terminan cuando se da el acontecimiento futuro al que está sujeta la obligación.

³¹² Según con la teoría francesa, el acto jurídico es entendido como la manifestación de la voluntad con la intención de producir consecuencias de derecho, y que se encuentran sancionadas o previstas por la ley. Dichas consecuencias de derecho consisten en la creación, modificación, extinción o transmisión de derechos y obligaciones.

Existen actos jurídicos unilaterales y bilaterales, los cuales se diferencian en razón del número de voluntades que se manifiesten, es decir, serán actos jurídicos unilaterales aquellos en los que intervenga solo la voluntad de una persona, mientras que serán bilaterales cuando para la

cautelar, la cual existe solo con la manifestación de la voluntad de quien será el pupilo en la relación tutelar.³¹³

3. Personas facultadas para su otorgamiento: El testamento y la tutela cautelar pueden ser otorgados, respectivamente, por mayores de edad con plenitud o no (siempre que se encuentren en un intervalo de lucidez), en sus facultades psíquicas, y por menores de edad con 16 años cumplidos con o sin (cuando se encuentren en un intervalo de lucidez), aptitudes psíquicas de conformidad con su edad.³¹⁴

4. Aplicación sujeta a término: Como previamente se señaló, la aplicación del testamento estará siempre sujeta a término suspensivo; mientras que la aplicación de la tutela cautelar presenta la dualidad de estar sujeta a término o condición, ambos suspensivos.

La tutela cautelar estará sujeta a término suspensivo, cuando se sabe que la persona que la constituyó padece de manera permanente de alguna enfermedad que disminuye sus facultades psíquicas y/o físicas, pero al momento de la constitución de dicha clase de tutela, se encuentra lucido, pero se sabe con exactitud que dicha condición llegará a su fin, dando paso de nueva cuenta a su estado de enfermedad.

5. Solemnes: El testamento público abierto y la tutela cautelar, para su existencia, deben ser otorgados ante Notario.³¹⁵ Al respecto es señalar que el ordenamiento jurídico establece con toda determinación las formas sacramentales que deben observarse para el caso del testamento,³¹⁶ no así para la tutela cautelar.

6. Revocables: Ambas instituciones son revocables, es decir, su otorgamiento puede quedar sin efectos, cuando el propio otorgante lo decida.³¹⁷

7. Dar aviso de su otorgamiento: Conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aplicable, el Notario ante quien se otorgue testamento o

conformación del acto jurídico intervengan dos o más voluntades, a las cuales se les denomina consentimiento.

³¹³ CCDF, 2000, arts. 469 Bis y 1378.

³¹⁴ CCDF, 2000, arts. 469 Bis, 1305, 1306 y 1307.

³¹⁵ CCDF, 2000, arts. 469 Ter y 1511.

³¹⁶ CCDF, 2000, arts. 1511 al 1519.

³¹⁷ CCDF, 2000, arts. 1295 y 469 Ter.

tutela cautelar debe presentar un aviso, en un plazo de cinco días hábiles siguientes al de la firma del instrumento, al Archivo General de Notarías, para su inscripción en el registro pertinente.³¹⁸

Hechas las puntualizaciones comentadas, y *en razón de las similitudes encontradas entre estos actos jurídicos, se concluye que es procedente analizar la política pública aplicada al testamento, conocida como “septiembre, mes del testamento”*.

La campaña “Septiembre, Mes del Testamento” surge entre los años del 2001, 2002 o 2003,³¹⁹ por impulso de la Secretaría de Gobierno Federal, en unión de los gobiernos de las entidades federativas y del notariado mexicano, representado por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano. Se trata de un programa público, de aplicación federal, que obedece a la política pública que busca fomentar la legalidad, fortalecer el Estado de Derecho, dar solución a los reclamos sociales de certeza y seguridad jurídica y preservar entre los mexicanos la unión familiar, a través del fomento e impulso de la cultura en el otorgamiento de testamento, y en cuya creación intervinieron tanto el gobierno del Estado Mexicano, en su nivel federal como estatal, y miembros de la sociedad civil, como lo son los Notarios del país.

Dicha campaña tiene verificativo cada año, durante el mes de septiembre, porque en palabras de Santiago Creel este “...es un mes muy especial para todos los mexicanos, en el que celebramos a quienes nos han... heredado patria, septiembre es muy apropiado porque tiene que ver con un legado, desde el punto de vista histórico, que ahora se traduce a un legado individual, del patrimonio de las personas...”³²⁰

El programa público en comento consiste en difundir y promover la cultura del otorgamiento de testamento. Para ello el Notariado mexicano amplió los horarios de atención de los que comparezcan ante su fe, a fin de brindar asesoría sobre dicho acto jurídico, redujo los costos de este,³²¹ contribuyó en la elaboración de formatos en los que se contempla la estructura, contenido e

³¹⁸ LNDP, 2000, arts. 121 y 124 Bis.

³¹⁹ La fecha exacta del surgimiento de esta campaña es incierta, pues las distintas fuentes consultadas manejan los datos señalados en el cuerpo del presente trabajo.

³²⁰ Castellanos Hernández, Eduardo (coord.), *op. cit.*, p. 69.

³²¹ Durante 2017 el precio establecido en la Ciudad de México, por el otorgamiento de testamento fue de \$2,000.00

información necesaria para el otorgamiento de testamento, y en coordinación con la Secretaría de Gobernación se dio a la tarea de difundir por medios televisivos, radiofónicos, impresos y electrónicos, la existencia, contenido y conveniencia de otorgar testamento, ejemplo de ello es el cuestionario formulado y contestado, publicado tanto en la página electrónica de la Secretaría de Gobernación, como en la del Colegio de Notarios del Distrito Federal, formado por las siguientes preguntas que según lo contemplado por los encargados de su elaboración resultan ser las que engloban todo el contenido del testamento y porque suelen ser las más comunes, dichas preguntas son: ¿Por qué elaborar un testamento?, ¿Qué es un testamento?, ¿Cuáles son las ventajas del testamento?, ¿Tengo que preparar una lista de mis bienes para hacer testamento?, ¿Al hacer testamento pasan mis bienes a ser propiedad de los herederos que designe?, ¿Qué funciones desempeña el albacea que designe en mi testamento?, ¿Es necesario que designe un tutor en mi testamento?, ¿Qué debo hacer si quiero modificar mi testamento?, ¿Solo es recomendable que la persona casada o con hijos haga testamento?, ¿Y si estoy casado, deben formular testamento ambos cónyuges o solo el propietario de los bienes?, ¿Qué pasa si no hago testamento?³²²

Por lo que concierne a los resultados obtenidos por la implementación de la campaña en comento es de señalar que estos han sido en cierta medida benéficos, pues conforme a las últimas cifras reportadas por el Registro Nacional de Avisos de Testamentos de la Secretaría de Gobernación, tan solo en el año de 2015 fueron otorgados 291,000 testamentos públicos abiertos. En este sentido, las 3 entidades con mayor cultura testamentaria en el país fueron Jalisco (16%), Ciudad de México (14%) y Estado de México (13%).³²³

Al respecto es de comentar que si bien es cierto que dicha cifra es escasa en comparación al número de mexicanos, también lo es que esta revela un gran avance en la misión de lograr que la población mexicana otorgue testamento.

B. Voluntad Anticipada

³²² Castellanos Hernández, Eduardo (coord.), *op. cit.*, p. 108.

³²³ Cifras tomadas de la página del Colegio Nacional del Notariado Mexicano, <http://www.notariadomexicano.org.mx/>

*La voluntad anticipada es el acto jurídico, libre y revocable, por el que una persona con plena capacidad de ejercicio expresa de manera consciente, seria, inequívoca y reiterada su decisión sobre ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que tengan por finalidad prolongar artificialmente su vida, cuando esta no se pueda preservar de otra manera, por encontrarse en etapa terminal o de agonía.*³²⁴

En atención a lo comentado, es de señalar que la voluntad anticipada y la tutela cautelar son diferentes y similares a la vez.

Son diferencias en razón de los siguientes criterios:

1. Momento de aplicación: La voluntad anticipada será aplicable únicamente cuando el otorgante se encuentre en etapa terminal o de agonía. Mientras que la tutela cautelar se aplica cuando el otorgante pierde por causa de enfermedad o accidente la plenitud en sus capacidades físicas y/o psíquicas.³²⁵

2. Objeto: El objeto de la voluntad anticipada consiste en la manifestación de voluntad de la persona sobre si desea o no ser sometida a medios, tratamientos o procedimientos médicos que tengan como finalidad postergar su vida cuando esta se encuentra en etapa terminal y mantenerla por medios naturales resulta totalmente imposible. La tutela cautelar tiene por objeto la designación de tutor, hecha por quien en la relación, será el pupilo.

3. Personas facultadas para su otorgamiento: Los únicos que pueden otorgar voluntad anticipada son las personas con plena capacidad de ejercicio, mientras que la tutela cautelar puede ser constituida tanto por personas con plena capacidad de ejercicio, como por aquellos que se encuentran limitados de esta, siempre que se encuentren en un intervalo de lucidez.³²⁶

4. Contenido: Conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aplicable, una de las disposiciones que deben contemplarse en el documento de voluntad anticipada, es la relativa a la donación de órganos, es decir, las personas que otorguen voluntad anticipada deben determinar en esta si quieren o no que sus órganos sean donados, una vez que pierdan la vida. En la

³²⁴ LVADF, 2008, arts. 1, 2, fracción III y 7.

³²⁵ CCDF, 2000, art. 469 Bis y LVADF, 2008, arts. 1 y 2, fracción III.

³²⁶ CCDF, 2000, arts. 469 Bis, 1305, 1306 y 1307 y LVADF, 2008, arts. 1 y 6.

tutela cautelar no se debe disponer nada al respecto, solo las reglas a las que deberá sujetarse el tutor en el desempeño de su cargo.³²⁷

5. Otorgamiento: Una de las maneras por las que puede ser constituida la voluntad anticipada, es a través del formato, que para el efecto elabore la Secretaría de Salud de la Ciudad de México, el cual deberá ser suscrito ante el personal de salud correspondiente y dos testigos. Lo anterior solo será aplicable para el caso de que el otorgante se encuentre en fase terminal y este imposibilitado físicamente para acudir ante el Notario. Asimismo, en dicho documento podrá asentarse la aceptación del cargo por parte de la persona o personas que hayan sido designadas como representantes. Por su parte, la tutela cautelar únicamente puede ser otorgada ante Notario.³²⁸

6. Personas designadas: En la voluntad anticipada se designa a uno o varios representantes y a sus sustitutos, para que hagan valer su decisión. Y en la tutela cautelar se designa al tutor o tutores y a sus sustitutos.

7. Cargo: El cargo de representante, en la voluntad anticipada, por disposición legal es voluntario y gratuito. Mientras que el cargo de tutor cautelar es obligatorio, una vez que sea aceptado, y remunerado.³²⁹

Aunado a lo mencionado, las similitudes que presenta la voluntad anticipada y la tutela cautelar, son:

1. Actos jurídicos unilaterales: Tanto la voluntad anticipada como la tutela cautelar son actos jurídicos unilaterales, ello a pesar que la legislación aplicable para la voluntad anticipada contemple que en el otorgamiento de esta puede el o los que fueron designados como representantes presentarse a dicho acto para manifestar la aceptación del cargo, al respecto es de señalar que dicha norma tiene carácter permisivo más no obligatorio, por ello se puede válidamente decir que la voluntad anticipada es, en esencia un acto jurídico unilateral, al igual que la tutela cautelar.³³⁰

2. Efectos sujetos a término o condición: Los actos jurídicos en comento son otorgados en el presente, pero sus efectos surgen en el futuro y estos están sujetos a la realización de determinados acontecimientos, los cuales

³²⁷ CCDF, 2000, art. 469 Quáter y LVADF, 2008, art. 7, fracción III.

³²⁸ LVADF, 2008, art. 6, segundo párrafo.

³²⁹ CCDF, 2000, arts. 469 Quáter, fracción II y 469 Quintus; y LVADF, 2008, art. 11.

³³⁰ CCDF, 2000, art. 469 Bis y 469 Ter; y LVADF, 2008, art. 15.

pueden ser de realización cierta o incierta. Cuando el otorgante se encuentre, ya sea en fase terminal de su vida o incapacitado de sus facultades psíquicas, la voluntad anticipada o la tutela cautelar estarán sujetas a término suspensivo, es decir a un acontecimiento de realización cierta y cuyos efectos comenzarán una vez que se de dicho acontecimiento, y estarán sujetos a condición suspensiva cuando quien la otorgo no tenga las citadas condiciones de salud.

3. Otorgamiento: Por regla general la voluntad anticipada debe otorgarse ante Notario (salvo la hipótesis comentada en el apartado dedicado a enunciar las diferencias entre ambas instituciones), mientras que la tutela cautelar deberá ser otorgada siempre ante Notario.³³¹

4. Revocables: Tanto la voluntad anticipada como la tutela cautelar son actos jurídicos que pueden ser revocables en cualquier momento, hasta antes que tenga verificativo el término o condición a la que estén sujetos sus efectos.³³²

5. Dar aviso de su otorgamiento: En cumplimiento de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico aplicable, el Notario ante quien se otorgue la voluntad anticipada o la tutela cautelar deberá dar aviso de dicho otorgamiento a la Coordinación Especializada de la Secretaría de Salud de la Ciudad de México, en un plazo de tres días hábiles, siguientes al de la constitución.³³³

La voluntad anticipada es una institución jurídica de reciente incorporación al sistema jurídico mexicano, su regulación data del 7 de enero de 2008, fecha en que fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el Decreto por el que se expidió la Ley de Voluntad Anticipada para dicho territorio; y del 4 de abril de 2008, día, en que se publicó en la citada Gaceta, el Decreto por el que se expidió el reglamento de la mencionada ley.³³⁴

En este sentido y con fundamento en lo dispuesto por el artículo quinto transitorio de la Ley de Voluntad Anticipada aplicable, el día 28 de mayo de 2008, el Colegio de Notarios del Distrito Federal y el Gobierno del Distrito

³³¹ CCDF, 2000, art. 469 Ter y LVADF, 2008, arts. 2, fracción III y 6, segundo párrafo.

³³² CCDF, 2000, art. 469 Ter y LVADF, 2008, art. 21.

³³³ RLVADF, 2008, art. 7.

³³⁴ El día 27 de julio de 2012 fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Decreto por el cual se reformo la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, y con fecha 19 de septiembre del citado año, se hizo lo propio con el Decreto por el que se reformó el Reglamento de la mencionada Ley.

Federal, actuando como testigos la Secretaría de Salud y la Consejería Jurídica y de Servicios Legales, ambas del Distrito Federal, firmaron un convenio de vigencia indefinida, por el que los miembros del citado Colegio se comprometieron a ofrecer a los ciudadanos del citado territorio, asesoría y atención preferente para la tramitación y otorgamiento de documentos de voluntad anticipada, para el efecto establecieron como costo fijo la cantidad de \$1,700.00 más IVA.³³⁵

Como cumplimiento a lo convenido, el Colegio de Notarios del Distrito Federal, en coordinación con la Secretaría de Salud del mencionado territorio, se dieron a la tarea de realizar múltiples eventos en los que personas de la política y farándula otorgaron su voluntad anticipada, ello en aras de difundir la existencia de dicha institución y propiciar que el resto de la población hiciera lo propio. Aunado a lo anterior, se realizó propaganda a través de medios impresos y electrónicos y se crearon páginas electrónicas cuyo objeto exclusivo era explicar tanto la esencia como los requisitos y medios de constitución de la voluntad anticipada.

Ahora bien, el día 20 de noviembre de 2014 el Colegio de Notarios del Distrito Federal y la Secretaría de Salud de dicha entidad, celebraron un segundo convenio de colaboración, mismo que estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, y cuyo principal efecto fue el inició de lo que en los medios de comunicación se denominó como “Marzo, Mes de la Voluntad Anticipada”.

Conforme lo convenido, la campaña en comento consistió en establecer que durante el mes de vigencia, es decir, marzo, el costo del otorgamiento de documento de voluntad anticipada debía ser de \$400.00 más IVA, para personas con más de 65 años de edad y de \$1,200.00 más IVA, para el resto de la población.

Finalmente el día 9 de marzo de 2016 de nueva cuenta el Colegio de Notarios del Distrito Federal y la Secretaría de Salud celebraron un tercer convenio de colaboración, con vigencia hasta el 30 de abril del mismo año,³³⁶

³³⁵ Este convenio surtió efectos desde el momento de su firma, sin embargo, fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal hasta el 30 de junio de 2008.

³³⁶ Dado que la vigencia del citado acuerdo estuvo limitada, el día 9 de marzo de 2017 fue celebrado un nuevo convenio de colaboración, el cual estuvo vigente hasta el 30 de abril del mismo año y cuyas cláusulas fueron pactadas en los mismos términos que las de su

en los mismos términos que su predecesor, salvo que en este se convino ampliar la vigencia de la citada campaña hasta el mes de abril, motivo por el cual cambio la forma en que se identificó a “Mes de la Voluntad Anticipada”.

A fin de demostrar la funcionalidad de la campaña en mención resulta pertinente enunciar a través de la siguiente tabla, el número de documentos de voluntad anticipada que fueron otorgados antes de su inicio (2014) y los que se otorgaron después de ésta, puntualizando cuántos de estos se han otorgado ante Notario y cuantos a través de la suscripción del documento que para el efecto expidió la Secretaria de Salud.

AÑO	#TOTAL	NOTARIO	AUTORIDAD
2008	101	89	12
2009	233	231	2
2010	246	228	18
2011	263	224	39
2012	709	667	42
2013	958	840	118
SUBTOTAL 1	2,510	2,279	231
2014	1,971	1,640	331
2015	1,820	1,232	588
2016	1,875	1,233	642
2017	1,815	1,160	655
2018*	838	456	382
SUBTOTAL 2	8,319	5,721	2,598
TOTAL	10,829	8,000	2,829

337

Ahora bien, de las cifras antes anotadas se infiere que, la aplicación de la campaña “Mes de la Voluntad Anticipada” ha sido benéfica, ya que los índices de otorgamiento de documentos de voluntad anticipada se cuadruplicaron a partir de su entrada en vigor. De 2008 a 2013 (años en los que aún no se aplicaba la campaña de mérito) se habían otorgado apenas 2,510 (23.17%), mientras que de 2014 a 2018 se constituyeron 8,319 (76.82%), es decir, en tan solo los 4 años que lleva en vigor la campaña, se instituyeron más

predecesor, salvo porque se elevó el número de años de 65 a 75, para quienes el costo aplicable por el otorgamiento de voluntad anticipada sería de \$400.00 más IVA.

Ahora bien, la campaña del “Mes de Voluntad Anticipada” aplicable en 2018, encontró su fundamento en el convenio celebrado por las citadas autoridades con fecha 9 de marzo de 2018 y con vigencia hasta el 30 de abril del mismo año, en los mismos términos que su predecesor.

³³⁷ Información proporcionada el día 6 de junio de 2018, por la Unidad de Transparencia, Correspondencia y Archivo de la Secretaría de Salud de la Ciudad de México, en atención a la solicitud de información presentada por la Plataforma Nacional de Transparencia.

del cuádruple de la cifra obtenida en los primeros 5 años de la regulación de la voluntad anticipada y en los que aún no se aplicaba la citada campaña.

Asimismo, es de destacar que de los 10,829 documentos de voluntad anticipada que se han otorgado a lo largo de 10 años, 8,000 (73.87%) se han hecho constar ante Notario y solo 2,829 (26.12%) a través de la suscripción del documento que para el efecto emitió la Secretaría de Salud, ello puede ser consecuencia de que la posibilidad de otorgar dicho documento a través de la segunda forma señalada solo es aplicable para el caso de que la persona se encuentre impedida de concurrir ante Notario.

CAPÍTULO CUARTO
DEFICIENCIAS EN LA REGULACIÓN E INEFICACIA DE LA
TUTELA CAUTELAR EN LA CIUDAD DE MÉXICO
Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

I. Deficiencias Regulatorias y Propuesta de Solución

Del análisis efectuado sobre la regulación de la tutela cautelar en la Ciudad de México, se afirma que esta presenta una serie de deficiencias, mismas que a continuación se mencionan, así como la solución que se propone aplicarles para lograr su erradicación, siendo estas.

A. Sobre su Denominación

La legislación civil aplicable en la actual Ciudad de México, utiliza la denominación de *tutela cautelar* para identificar a la clase de tutela *que consiste en la auto designación de tutor* y en la determinación de los derechos y obligaciones que este tendrá por el desempeño de su cargo, misma que solo puede ser otorgada por las personas que se encuentren facultadas para ello por el propio ordenamiento jurídico, y que es aplicable en caso de que sea declarado el estado de interdicción de quien la constituyo.

La palabra *cautelar* deviene de *cautela*, la cual proviene del latín *cavere*, y que en lenguaje común significa *prevenir, precaver*.³³⁸

Ahora bien, dicha denominación no es con la cual se concibió, pues en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma en la que se propuso la regulación de esta clase de tutela, la manera en que se le nombró fue como tutela voluntaria, debido a que su constitución derivaba de la voluntad del otorgante, sin embargo, la Comisión de Administración y Procuración de Justicia, encargada de su estudio y quien resolvió la pertinencia de su previsión, determinó cambiar la denominación propuesta por la de tutela cautelar dado su carácter preventivo, al respecto comentó:

“...la intención de la reforma es de carácter preventiva en el sentido de que cualquier persona le puede sobrevenir una incapacidad y en atención a la voluntad de las personas como derecho intrínseco de ejercer sus derechos para determinar sobre quien recaerá la

³³⁸ Real Academia Española, *op. cit.*, [fecha y hora de consulta: 24 de julio de 2018, 23 horas], Disponible en: <http://del.rae.es/?id=azNzABJ>.

responsabilidad de la persona en caso de tener una incapacidad, se denota que el carácter de la llamada tutela voluntaria no es el término más correcto para su denominación, como lo denomina el autor de la iniciativa, máxime si tomamos en cuenta que es una tutela que busca prevenir un acontecimiento futuro, que sólo podrá llegar a surtir efectos, si la persona que designa a su tutor se encuadra en la hipótesis de la incapacidad, por lo tanto, al ser una figura que prevé acontecimientos hacia su futuro, la denominación más correcta sería la de tutela cautelar..., se estima pertinente sustituir el término de tutela voluntaria por el de tutela cautelar...”³³⁹

Sin embargo, el criterio adoptado por la citada Comisión (previamente transcrito) es a todas luces contradictorio pues según lo comentado esta clase de tutela se denominó cautelar por su carácter preventivo, mismo que le asiste en razón del momento de su constitución, el cual en interpretación a *contrario sensu* de lo comentado, debe ser antes de que la persona se ubique en alguna de las hipótesis de incapacidad, es decir, cuando se encuentran en plenitud de sus facultades físicas y/o psíquicas, pero esto no es correcto, pues la citada Comisión igualmente resolvió que la capacidad de ejercicio no era criterio determinante para facultar a las personas para otorgar esta clase de tutela, reconociendo por eso el derecho a constituir la a quienes tuvieran más de 16 años, con o sin plenitud en sus facultades físicas y/o psíquicas, siempre que estuvieran en un periodo de lucidez.

Dicho en otras palabras, esta clase de tutela no siempre es preventiva (en los términos establecidos por la autoridad) pues no siempre va a ser otorgada antes de que la persona se ubique en alguna de las hipótesis de incapacidad que para el efecto determina la legislación aplicable.

Por otra parte, es de mencionarse que el carácter preventivo al que alude la citada Comisión para determinar la denominación de esta clase de tutela, no es exclusivo de esta, dado que lo comparte con la tutela

³³⁹ Comisión de Administración y Procuración de Justicia, *Dictamen de la Iniciativa con Proyecto de Decreto de reforma y adiciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, a la Ley de Notariado y al Código Financiero, todos para el Distrito Federal*, [en línea], Distrito Federal, 2007 [fecha y hora de consulta: 25 de abril de 2018, 15 horas], Disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=XiHGMGm0t f3DexUGxyTnSD7cjhDvWhgNozhQ9DR9nviu2sxWHXvwtxvh9KQmdan>.

testamentaria, misma que es constituida por los que están facultados para hacerlo, con la finalidad de evitar que quienes se encuentran a su cargo o a quienes les son heredados o legados sus bienes queden desprotegidos tras su muerte, y por ello se les imponga tutor legítimo o dativo. Es decir, la tutela testamentaria es preventiva porque se constituye para prevenir la realización de acontecimientos futuros.

Asimismo, debe tenerse en consideración que el término empleado para identificar a esta clase de tutela es susceptible de causar confusión, ya que en materia procedimental se regula lo que se conoce como providencias o medidas cautelares, las cuales son conceptualizadas como las decisiones tomadas por el Juez ante quien se dilucida un asunto, para proteger y evitar que el objeto de la *litis* sea extinguido, y así procurar que el proceso que se tramita llegue a su fin. Es decir, ambos supuestos jurídicos son completamente distintos en esencia, sin embargo comparten en su denominación el uso de la palabra cautelar, por el supuesto carácter preventivo que comparten, aunque en diferentes términos.

Es por lo que aquí se ha venido comentado que se considera que la denominación empleada por el ordenamiento jurídico aplicable, para referirse a dicha clase de tutela no es la más adecuada, y por ello es susceptible de causar confusión entre los gobernados.

A fin de determinar cuál es la denominación más idónea que se debe emplear para identificar a la clase de tutela de mérito, resulta necesario señalar que la característica que la distingue de cualquiera de los otros tipos de tutela previstos por el ordenamiento jurídico aplicable, es que en esta el nombramiento de tutor y la delimitación de sus derechos y obligaciones, es realizado única y exclusivamente por quien será el sujeto pasivo de la relación tutelar, por quien fungirá el papel de pupilo, para el supuesto de que se actualice la hipótesis de aplicación, es decir, la persona sobre quien se ejercerá la tutela es quien designa a su propio tutor.

Al respecto puede comentarse que dicha característica no es exclusiva de la tutela cautelar dado que el Código Civil aplicable establece que el nombramiento de tutor dativo también es realizado por el pupilo cuando tenga 16 años, sin embargo, lo que distingue al nombramiento de tutor cautelar con el nombramiento de tutor dativo es que el primero no está sujeto a aprobación

judicial, mientras que el segundo si lo ésta. En otras palabras, en la tutela cautelar la decisión última la tiene el pupilo, y en la tutela dativa está es determinada por la autoridad jurisdiccional.

Atendiendo a la característica distintiva comentada, se concluye que el término *tutela cautelar* debe ser cambiado por el de *tutela autodesignada*, tal como se identifica en 8 de las 17 legislaciones en las que se regula.³⁴⁰

En lenguaje común, la palabra *autodesignada* es una palabra compuesta por el elemento compositivo *auto*, que significa *propio, por uno mismo*; y por la palabra designada, que proviene del latín *designare*, y que significa *denominar, indicar*.³⁴¹

En otras palabras el mejor término para identificar a esta clase de tutela es el de autodesignada en razón de que con el empleo de este se hace referencia a su característica distintiva, consistente en que la propia persona es quien designa a quien ejercerá su tutela, logrando con ello que la población en general tenga noción sobre la consistencia de esta, y se cumpla con una de las principales características de las normas, tal como es que sean entendibles por la totalidad de las personas, sin importar su conocimiento o desconocimiento en derecho.

B. Sobre la Capacidad para Otorgarla

El ordenamiento jurídico aplicable equipara la capacidad para otorgar testamento con la capacidad para otorgar tutela cautelar, lo cual resulta ser un enorme desacierto por parte del legislador, dado que se trata de instituciones que a pesar de ser similares en varios aspectos, son en demasía diferentes, ejemplo de ello es el objeto que cada una de las instituciones comentadas tiene o bien, el momento de su aplicación.³⁴²

³⁴⁰ Las legislaciones en que se denomina Autodesignada a esta clase de tutela son las aplicables en: Coahuila de Zaragoza, Baja California Sur, Guanajuato, Zacatecas, Baja California, Nayarit, Durango y Chihuahua.

En el resto de las legislaciones que la prevén se le identifica como Voluntaria (Estado de México, Hidalgo, Puebla, Chiapas); Preventiva (Morelos y Tlaxcala); Cautelar (Colima, Nuevo León y Ciudad de México); y Auto Asignada (San Luis Potosí).

³⁴¹ Real Academia Española, *op. cit.*, [fecha y hora de consulta: 25 de julio de 2018, 8 horas], Disponible en: <http://del.rae.es/?id=azNzABJ>.

³⁴² A fin de ahondar en la explicación de las diferencias entre el testamento y la tutela cautelar, se recomienda la lectura del numeral V del Capítulo Tercero, dedicado a la explicación de la Campaña “Septiembre, Mes del Testamento”.

Ahora bien y pese a lo comentado, en la actualidad *la tutela cautelar solo puede ser constituida por quienes a su vez se encuentren facultadas para otorgar testamento, es decir, por los mayores y menores de edad (que tengan 16 años cumplidos) con o sin (siempre que se encuentren en un intervalo de lucidez) plenitud en sus facultades psíquicas.*³⁴³

Sin embargo, y pese a estar facultados para otorgar tutela cautelar, los menores de edad con 16 años cumplidos no emancipados no pueden ser sujetos pasivos de dicha clase de tutela, debido a que se encuentran bajo patria potestad o tutela de minoría, las cuales son de aplicación prioritaria y excluyente entre sí y respecto de otras instituciones, como lo es la tutela cautelar.³⁴⁴

En este sentido, se considera que reconocer el derecho de otorgar tutela cautelar a las personas previamente mencionadas resulta ocioso, pues no pueden ser sujetos pasivos de esta hasta en tanto cumplan la mayoría de edad o bien se extinga alguna de las otras causales que provocan su sujeción a la patria potestad o tutela de minoría.

Por lo que concierne a la hipótesis relacionada con la constitución de tutela cautelar por los mayores o menores de edad, que tengan 16 años cumplidos, que estén disminuidos de sus facultades mentales, pero que se encuentren en un intervalo de lucidez, es de señalar, que el ordenamiento jurídico en cuestión omite disponer cual es el tratamiento específico para dicho supuesto, es decir, no establece el procedimiento que deberá de efectuarse para el caso de que el otorgante se encuentre en tales condiciones.

Dicha laguna normativa es resuelta a través de un ejercicio de interpretación armónica y por ello el procedimiento que ha de sustanciarse es el previsto para el otorgamiento de testamento, identificado por el ordenamiento jurídico aplicable como “testamento hecho por un demente en un intervalo de lucidez”, el cual inicia con la solicitud que presenta el tutor o algún familiar del incapaz al Juez de lo Familiar, quien a su vez nombra a dos médicos,

³⁴³ CCDF, 2000, arts. 1305, 1306 y 1307.

La disminución de facultades físicas de una persona no altera su entendimiento, razón por la cual la legislación aplicable, únicamente hace referencia al otorgamiento de testamento por “demente” en un intervalo de lucidez.

³⁴⁴ Para mayor explicación véase el Capítulo Segundo, apartado IV Características de la tutela cautelar, inciso C, del presente trabajo.

preferentemente especialistas en la materia, mismos que se encargarán de examinar al incapaz en presencia de la autoridad que los designó. En caso de que se determine que en efecto la persona se encuentra lucida, se procederá a acudir ante Notario, a fin de que se otorgue el testamento en cuestión. En el instrumento en que se haga constar el referido acto jurídico se deberá señalar que el otorgante se encontraba en plenitud de sus facultades mentales al momento de la celebración del mismo, y deberá ser firmado además del otorgante, testigos y Notario, por el Juez de lo Familiar y los médicos que determinaron la lucidez del otorgante.³⁴⁵

Como es de apreciarse, el procedimiento antes descrito resulta ser considerablemente duradero y engorroso, condiciones que son incompatibles con el mundo fáctico. En la realidad un incapaz puede estar lucido por varios meses, o bien por escasas horas, siendo en este último supuesto totalmente inaplicable el procedimiento que para el efecto se establece, ya que el tiempo para lograr la intervención judicial y médica necesaria resultaría escaso, tomando en consideración la excesiva carga de trabajo que tienen los Tribunales en materia Familiar. *Es por lo aquí manifestado que se considera que el otorgamiento de tutela cautelar por una persona que se encuentra impedida de sus facultades psíquicas, en un intervalo de lucidez es inverosímil y fantasiosa.*

Ahora bien, si tanto el supuesto de otorgamiento de tutela cautelar por parte de menores de edad con 16 años cumplidos y las personas dementes en estado de lucidez, resulta inoperante, luego entonces, las únicas personas que deben estar facultadas para otorgar dicha clase de tutela deben ser aquellas que no estén sujetas ni a patria potestad ni a cualquier tipo de tutela.

C. Sobre Quién Debe Comparecer a su Otorgamiento y El Cómo Debe Hacerse Constar

Del análisis de lo dispuesto por el Código Civil vigente, en los artículos aplicables a la constitución de tutela cautelar, se observa que estos se limitan a establecer quien puede otorgarla y las formalidades que para el efecto se

³⁴⁵ CCDF, 2000, arts. 1308, 1309, 1310 y 1311.

deben seguir, sin especificar si el acto puede ser celebrado solo por la persona facultada para ello o bien a través de un representante legal.³⁴⁶

Para subsanar esta laguna legal se remota a las normas que el ordenamiento jurídico en comento establece para la representación, refiriéndose exclusivamente al mandato, y según las cuales esta puede ser aplicable para la celebración de cualquier acto jurídico, salvo que alguna norma lo prohíba.³⁴⁷

De lo comentado se deduce que en la actualidad las personas que decidan otorgar tutela cautelar pueden hacerlo asistiendo ellas mismas a manifestar su voluntad ante Notario o bien a través del representante que para el efecto designen; y puede hacerse constar en instrumento público en donde conste la constitución de otras tutelas cautelares, o bien, la celebración de diferentes actos jurídicos de diversa naturaleza.

Lo previamente referido es posible en atención a que la legislación aplicable omite establecer con precisión cual es el carácter que tiene dicha tutela, provocando con ello que en la constitución de tutela cautelar sea válidamente aplicable la figura jurídica de la representación.

Sin embargo, por la importancia de su objeto y a fin de conservar la observancia de su principal característica,³⁴⁸ se considera que en la constitución de tutela cautelar, no puede comparecer a otorgarla un representante ni hecha constar en escritura pública compartida, en razón de esto se afirma que la tutela cautelar debe ser dotada del carácter de personalísima

Por lo que respecta al significado del carácter de personalísimo/a, es de señalarse que este debe ser entendido en dos sentidos, el primero como la

³⁴⁶ CCDF, 2000, arts. 469 Bis y 469 Ter, primer párrafo.

³⁴⁷ CCDF, 2000, art. 2548. "Pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos para los que la ley no exige la intervención personal del interesado.

³⁴⁸ El objeto de la tutela en general (y en consecuencia el de la tutela cautelar) versa sobre la administración del patrimonio del incapaz, y sobre el cuidado, asistencia, protección y representación de su persona, lo cual implica que quien desempeñe el cargo de tutor deba celebrar actos de suma importancia y delicadeza. En atención a lo comentado se concluye que no existe nadie más interesado que el propio designante en que quien desempeñe su tutela sea el más capacitado para ello.

Por su parte, la característica que diferencia a la tutela cautelar del resto de tutelas es que en esta la designación del tutor es hecha por la propia persona sobre la que se ejercerá el cargo para el caso de que se actualice el supuesto de aplicación.

cualidad por la que el acto jurídico al que se le atribuye no puede ser celebrado si la persona que tiene interés en este, no se presenta de manera directa y personal a manifestar su voluntad; y el segundo como la cualidad por la que el acto jurídico al que se le atribuye no puede constar en instrumento público compartido, es decir, en una misma escritura no puede hacerse constar la celebración de un acto jurídico personalísimo con la de otros, ya sea de su misma naturaleza.

Al establecer que la tutela cautelar es personalísima se garantiza que la voluntad de constituirla debe ser expresada de manera directa y personal por quien (en caso de actualizarse el supuesto de aplicación) será el sujeto pasivo de la relación tutelar, consecuentemente resulta inadmisibile la aplicación de cualquier clase de representación; y que en la escritura pública en que se haga constar su otorgamiento sea exclusiva de esta, es decir, que en dicho instrumento no obre el otorgamiento de otra tutela cautelar o bien de algún otro acto jurídico.

Finalmente es de señalar que *con la adopción de dicha medida se garantizan dos cosas, la primera de ellas relacionada con que el contenido de la tutela en cuestión sea igual a la voluntad de su otorgante, es decir, que el nombramiento establecido en el instrumento público en donde esta se haga constar sea igual a quien el otorgante piensa y desea (pues ya no tendría cabida la triangulación de información al prohibirse la intervención de representante); y la segunda tendiente a que con la puesta en práctica de dicha medida se prolonga la característica que distingue a la tutela cautelar del resto de las clases de tutela.*

D. Sobre la Vía de su Constitución

Según lo ordenado por la legislación aplicable, en la Ciudad de México la tutela cautelar existe si y solo si es constituida ante Notario y hecha constar en escritura pública.

Debido a la formalidad establecida para su existencia, el otorgamiento de tutela cautelar genera a cargo de quien la constituye, un costo, mismo que se compone por los honorarios del Fedatario Público autorizante y por los

gastos realizados para el efecto, razón por la cual no es fijo y varía en relación a la notaría en donde se realizó el trámite.³⁴⁹

A fin de determinar la pertinencia de dicha disposición, resulta prudente tener en consideración los siguientes aspectos:

1. El probable exceso de trabajo que puede presentar el Notariado de la Ciudad de México y su imposibilidad de tramitar de manera ágil y expedita tutelas cautelares, ello derivado de la cifra desproporcional entre el número de habitantes y el número de Notarios que prestan sus servicios en dicho territorio.

Actualmente en la Ciudad de México hay un total de 250 Notarios en funciones, quienes deben servir a un total de 8'918,653 (100%) personas que habitan en dicha entidad federativa, de las cuales el 80%³⁵⁰ se encuentra en posibilidad de constituir tutela cautelar en razón de su edad; y

2. La capacidad económica que tiene la población que habita en la Ciudad de México. Según el CONEVAL, tan solo en el año de 2016 el 27.6% de los habitantes de dicho territorio vivía en la pobreza, mientras que el 1.8% lo hacía en pobreza extrema. De lo cual se puede válidamente deducir que no todos los habitantes de la Ciudad de México cuentan con los recursos necesarios para acudir ante Fedatario Público para otorgar esta clase de tutela, ya que como resulta lógico las personas que están en esta situación prefieren destinar el dinero obtenido a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, y dejan en segundo plano la constitución de este tipo de instituciones que buscan prevenir acontecimientos futuros.

De lo antes comentado se advierte que la forma de constitución impuesta para la existencia de la tutela cautelar dificulta su otorgamiento y por ello dicha formalidad debe ser modificada.

Con el propósito de solucionar la deficiencia aludida, se considera sensato proponer que el ordenamiento jurídico aplicable sea reformado, a fin de que este faculte a los Consejos Locales de Tutelas de la Ciudad de

³⁴⁹ La cuantificación de dicho costo fue realizada en el apartado dedicado a la explicación del Proceso de Constitución de la Tutela Cautelar, el cual se ubica en el Capítulo Segundo, apartado VII, del presente trabajo.

³⁵⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *¿Cuántos somos? 2016*, [en línea], México, 2016, [fecha y hora de consulta: 30 de julio de 2018 a las 20:30 horas], Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/areasgeograficas/?ag=0 vfbn9>.

México,³⁵¹ tanto para conocer de la constitución de tutela cautelar, como para elaborar de manera conjunta el formato por el que mediante su suscripción se constituirá dicha clase de tutela, el cual tendrá el carácter de universal, por ser el único existente y aplicable para el efecto en todas las demarcaciones territoriales que componen la citada entidad federativa.

Los motivos por los que se propone facultar a los Consejos Locales de Tutelas para conocer sobre el otorgamiento de tutela cautelar y no a los Tribunales Familiares (como se dispone en 6 de las 18 legislaciones aplicables en las entidades federativas que prevén dicha clase de tutela),³⁵² son:

1. Porque se considera que dichos Consejos son los organismos de la administración pública local que cuentan con mayores conocimientos en materia tutelar, dado que en la actualidad sus facultades versan de manera exclusiva sobre dicha institución;³⁵³

2. Por el exceso en la carga de trabajo de los Tribunales Familiares y del servicio de asesoría jurídica de oficio, situación que provoca la tardía intervención de estos en los asuntos sobre los que pueden conocer; y

3. Porque en el caso de que los Tribunales Familiares contaran con facultades para conocer sobre la constitución de tutela cautelar, la vía más idónea para solicitar lo comentado sería la jurisdicción voluntaria, situación que generaría la necesidad de asesoría jurídica, por la que se tendría que pagar, originando con ello de nueva cuenta la sujeción de la tutela cautelar a un factor económico.

³⁵¹ La atribución de esta nueva facultad no elimina ninguna de las facultades que para el efecto ya establecía el ordenamiento jurídico aplicable para dichos Consejos.

³⁵² Las legislaciones en las que se prevé que la tutela cautelar puede otorgarse ante Juez competente son las aplicables en los estados de Baja California Sur, Chihuahua, Colima, Guanajuato, Hidalgo, Morelos y Puebla.

³⁵³ Las facultades con las que actualmente cuentan los Consejos Locales de Tutelas son, las relacionadas con solicitar la nulidad del matrimonio por encontrarse alguno o ambos contrayentes en los supuestos de incapacidad previstos por la fracción II del artículo 450, intervenir en el desempeño de la tutela, opinar sobre la reprobación del tutor dativo, formar lista para que el Juez nombre tutor dativo, presentar moción para que el Juez dicte providencias para la conservación de los bienes del incapaz, manifestar su opinión sobre la forma de otorgar garantía, así como para que esta aumente o disminuya, vigilar el estado de las fincas de que es propietario el pupilo, hacer del conocimiento del Juez la falta de cumplimiento de las obligaciones del tutor, opinar sobre la variación en la educación del pupilo, promover el nombramiento de tutor interino, pedir la remoción de tutor y exigir que este último rinda cuentas sobre su gestión.

Ahora bien, para que dicha forma de constitución funcione resulta necesario delimitar la competencia de dichos Consejos para conocer del otorgamiento de tutela cautelar de las personas que tengan su domicilio en la demarcación territorial en la que estos ejerzan sus funciones, por ejemplo, el Consejo Local de Tutelas de Tlalpan solo podrá conocer de la suscripción del formato único de tutela cautelar de quien se encuentre domiciliado en dicha demarcación territorial;³⁵⁴ y ampliar los requisitos con los que deben cumplir las personas que pretendan o ya formen parte de los citados Consejos, es así como estas personas además de tener un modo honesto de vivir e interés en la protección de los menores, deben ser forzosamente licenciados en Derecho, con conocimientos y experiencia en el área familiar, ello con la finalidad de garantizar el buen desempeño de su labor.

Por lo que respecta al procedimiento que se seguirá para constituir tutela cautelar a través de la forma antes señalada, iniciara con la presentación voluntaria de las personas facultadas para el efecto, en las oficinas del Consejo Local de Tutelas de la demarcación territorial en donde tengan su domicilio, en la cual presentarán su identificación oficial a fin de acreditar su capacidad y la competencia del citado Consejo, acto seguido el personal de este explicara el objeto y efectos de dicha clase de tutela, y procederá al llenado del formato necesario para su constitución, en el cual se deberá señalar tanto la demarcación territorial en donde ejerza sus funciones el Consejo Local de Tutelas ante quien se suscribe, el número de formato, el nombre del otorgante, así como su domicilio, fecha de nacimiento, nacionalidad, estado civil, ocupación y datos del documento con el que se identificó, así como el nombre de la persona o personas a quienes designa como tutores, el de sus sustitutos y el orden en que entraran en funciones, los derechos y las obligaciones que estos tendrán respecto de los tratamientos médicos a los que será sometido el otorgante en su calidad de pupilo y el monto de la retribución que recibirán por el desempeño de dicho cargo, el nombre de quien desea ejerza su curatela, el de sus sustitutos y el orden en que estos entraran en funciones, la firma y huella del otorgante y la firma del servidor público.

³⁵⁴ En el supuesto de que alguna persona que no tenga su domicilio en la Ciudad de México, se establece que aún estas podrán otorgar tutela cautelar, pero a través del procedimiento seguido ante Notario.

Para el caso de que el otorgante sea ciego, sordo y/o mudo, el procedimiento antes descrito se substanciara con las formalidades que para el efecto la Ley del Notariado vigente establece,³⁵⁵ y adicionalmente, la presentación de dos testigos, quienes deben ser plenamente capaces e identificarse ante los servidores públicos concedores del procedimiento.

Una vez suscrito el formato referido, el Consejo Local de Tutelas que sustanció el trámite, deberá resguardar el citado formato y presentar un aviso al Archivo General de Notarias a efecto de que este registre el otorgamiento de tutela cautelar en la base de datos que tiene a su cargo desde que esta entró en vigor, es decir, desde el 16 de mayo de 2007.

Con la toma de dicha medida se genera que las personas facultadas para otorgar esta clase de tutela elijan libremente el medio por el cual constituirán, ya sea mediante escritura pública ante Notario o bien por la suscripción de formato ante el Consejo Local de Tutelas competente; se disminuya la carga de trabajo del Notariado de la Ciudad de México y con ello se incentive tanto a los Fedatarios Públicos, como al personal a su cargo, a profundizar en el estudio y conocimiento de la tutela cautelar, ya que en la actualidad no solo la población en general la desconoce, sino también los que se supone deben ser peritos en la materia; y que el otorgamiento de esta clase de tutela deje de estar sometido a un factor económico y con ello se propicie que todas las personas que se encuentren facultadas puedan constituirla sin que influya su situación económica.

E. Sobre el Aviso de su Constitución

En razón de la fuerza de cumplimiento de la conducta prescrita por las normas jurídicas, estas suelen clasificarse en obligatorias, prohibitivas o permisivas. Las normas jurídicas son obligatorias cuando establecen que la conducta que prescriben forzosamente debe ser observada, y se caracterizan por usar en su texto la palabra *deber*; son prohibitivas cuando disponen que la conducta no debe realizarse, y por ello en su texto se utiliza la palabra *no*; y son permisivas cuando facultan a los destinatarios a elegir entre realizar o no la conducta que regulen, utilizando por ello la palabra *podrá*.

³⁵⁵ LNDF, 2000, arts.

En este tenor, se puede válidamente asegurar que la norma jurídica que establece que el Notario que autorice el instrumento público en donde se haga constar la constitución de tutela cautelar, *dará* aviso al Archivo General de Notarias, es inexacta y confusa, por no establecer cuál es el carácter de dicha conducta, es decir, si esta es obligatoria o bien permisiva (se hace solo alusión a estos caracteres en razón de que la conducta prescrita engloba un hacer, caso contrario a las normas jurídicas que pueden ser calificadas como prohibitivas).

La omisión en el texto de la referida norma jurídica provoca que los Notarios que conozcan de la constitución de tutela cautelar, la interpreten como permisiva y por ello elijan libremente entre presentar o no el aviso al que esta se refiere, práctica que es a todas luces incorrecta, pues imposibilita el cumplimiento del principal fin de la tutela cautelar, como lo es proporcionar certeza y seguridad jurídica a las personas que la constituyan.

En otras palabras, la presentación de dicho aviso permite llevar un control sobre el número de tutelas cautelares que se otorgan y con ello propiciar que llegado el momento en que esta deba aplicarse, la voluntad de la persona sea respetada y tomada en consideración. Lo cual no se logra por la falta de presentación de dicho aviso.

Una vez detectada la deficiencia referida, se propone modificar el texto del ordenamiento jurídico aplicable a fin de que en este se obligue a los que conocen de la constitución de tutela cautelar (ya sea el Notariado o el Consejos Locales de Tutelas) a presentar el aviso pertinente al Archivo General de Notarias. Asimismo, para que dicha norma no sea imperfecta, se propone añadir a la legislación vigente una sanción de carácter económico, la cual será aplicada para el caso de que no se cumpla con la obligación de presentar el aviso al que se ha venido refiriendo. Esta última propuesta se basa en el criterio consistente en que los deberes no son cumplidos si no existe una pena a su falta.

F. Designación de Curador

Por disposición legal la tutela (sin importar la clase de la que se trate) debe ser desempeñada por quien fue designado como tutor, con intervención de los órganos que para el efecto se prevén, entre los que figura el cargo de

curador.³⁵⁶ Sin embargo esto no es siempre observado, ya que en apartado posterior el propio ordenamiento jurídico establece que *la curatela solo será aplicable para el caso de la tutela testamentaria, legítima y dativa, no así para la tutela de menores en situación de desamparo.*³⁵⁷

Como es de advertirse en esta última disposición, el citado ordenamiento jurídico olvida hacer mención de la tutela cautelar, es decir, omite señalar si la curatela será aplicable o no a dicha clase de tutela.

Aunado a lo anotado es de mencionar que conforme lo regulado, el contenido de la tutela cautelar versara únicamente sobre la designación de tutor o tutores y sus sustitutos, así como el establecimiento de los derechos y las obligaciones que estos tendrán por el desempeño de su cargo, sin que se haga mención alguna sobre el nombramiento de quien ejercerá la curatela.³⁵⁸ Esta omisión cometida puede ser convalidada en razón de que todo aquel que tenga derecho a nombrar tutor, también lo tendrá para nombrar curador.³⁵⁹

En virtud de lo comentado y de la interpretación armónica de las normas se concluye que las omisiones cometidas por el legislador derivan de una falta de técnica legislativa, cuyo origen se encuentra desde la iniciativa de reforma por la que se propuso la regulación de la tutela cautelar. Por ello puede válidamente afirmar que el desempeño de la tutela cautelar debe realizarse con plena intervención del curador que para el efecto se haya designado.

A fin de que resulte mayormente entendible el funcionamiento de la curatela en la tutela cautelar, se propone que el término utilizado para referirse a la clase de tutela materia del presente análisis sea incluido en el texto en que se enlistan los supuestos de aplicación de la curatela; asimismo que en el texto del artículo en que se hace mención al contenido de la tutela cautelar sea adicionado el derecho que asiste a quien la constituye a designar igualmente a la persona que ejercerá su curatela y a los sustitutos de este.

G. Sobre la Expresión de los Derechos y Obligaciones del o los Designados

Del estudio de la norma que concede el derecho a los otorgantes de tutela cautelar de expresar las facultades y obligaciones que tendrá quien o

³⁵⁶ CCDF, 2000, art. 454.

³⁵⁷ CCDF, 2000, art. 618.

³⁵⁸ CCDF, 2000, art. 469 Bis.

³⁵⁹ CCDF, 2000, art. 623.

quienes desempeñen su tutela, cuyo contenido mínimo será las referidas a los tratamientos médicos y a la remuneración del designado,³⁶⁰ se concluye que esta es confusa e imprecisa, en virtud de las siguientes razones:

1. *Se trata de una permisión*, lo que significa que las personas capaces para otorgar dicha clase de tutela pueden libremente decidir entre ejercer o no este derecho. El carácter atribuido *genera una nueva incógnita, relacionada con el tratamiento que se dará a esa tutela cautelar en la que su otorgante omitió establecer las reglas de su desempeño, dado que el ordenamiento jurídico aplicable no establece nada al respecto.*

La omisión referida es solucionada a través de la realización de un ejercicio armónico de las normas, por el cual se concluye que para el caso de que el otorgante de tutela cautelar no exprese las reglas a las que *esta se sujetara, las disposiciones que se aplicaran son las que para el efecto establece el propio ordenamiento jurídico en vigor.*³⁶¹

2. *Indeterminación de la naturaleza de las facultades y obligaciones que tendrá el que desempeñe la tutela cautelar.* Dicho en otras palabras el otorgante de tutela cautelar puede libremente conceder a quien designo como su tutor toda clase de facultades y obligaciones, aunque estas transgredan la naturaleza proteccionista de la tutela en general, por ejemplo, concederle facultades para vender sus bienes inmuebles aun sin que medie caso de urgencia y autorización del curador o judicial.

Lo anotado es así en razón del principio por el que los particulares pueden actuar libremente ante la falta de prohibición expresada por la ley, “todo lo que no está prohibido está permitido”.

En virtud de lo expuesto se sugiere enmendar lo dispuesto por la norma jurídica en comento, a fin de que esta sea de *carácter obligatorio*, es decir, que de manera forzosa la persona otorgante de tutela cautelar deberá determinar los derechos y las obligaciones que tendrá quien o quienes ejerzan su tutela. Por lo que respecta al objeto de las citadas disposiciones es de señalar que este únicamente versara sobre los tratamientos médicos a los que el citado otorgante se someterá en razón de los padecimientos que presente y a la

³⁶⁰ CCDF. 2000, art. 469 Quater.

³⁶¹ CCDF, 2000, arts. 1859 y 1839.

remuneración del o los designados. A manera de ejemplo se comenta, la persona que otorgue tutela cautelar deberá manifestar en el instrumento público o formato en que la constituya los derechos y obligaciones que tendrá el o los designados respecto de los tratamientos médicos a los deberá someter a su pupilo, y la remuneración a la que tendrá derecho.

Con la adopción de la citada medida se pretende evitar que los otorgantes de tutela cautelar en un ejercicio extenso de su derecho, en aras de desconocimiento o conocimiento de la materia, desvirtúen dicha institución y con ello permitir que se cumpla el principal fin de la tutela, el cual consiste en prevenir el surgimiento de futuros conflictos para la sociedad en general.

H. Sobre el Proceso de su Substanciación

Tal como se comentó en apartados precedentes, la tutela en general existe si y solo si es declarado con anterioridad el estado de minoría o de interdicción de la persona que quedara sujeta a ella, es decir del pupilo.

Por lo que se refiere a la tutela cautelar, esta existe siempre que haya sido declarado el estado de interdicción de la persona que quedará sujeta a ella, debido a que como ya se explicó, los únicos que pueden ser sujetos pasivos en esta, son los mayores de edad o los menores de edad con 16 años cumplidos y que estén emancipados.

Por su parte, la declaración de estado de interdicción es obtenida a través de la observancia de lo dispuesto al respecto por el Código de Procedimientos Civiles vigente. Sin embargo, del estudio realizado a dichas normas jurídicas, se concluye que pese a la importancia de su objeto, estas son en suma medida imprecisas y en consecuencia difíciles de comprender, así como violatorias de derechos fundamentales. A continuación se enlistan las deficiencias normativas aludidas y las razones por las cuales se les atribuye dicho carácter.

1. *Por su incorrecta ubicación.* Las normas jurídicas aplicables a la obtención de declaración de estado de interdicción son previstas por el Código de Procedimientos Civiles vigente, en su Título Decimoquinto denominado de la Jurisdicción Voluntaria, en las que se establece que dicha declaración se acredita a través de juicio ordinario.

Como es de advertirse, lo antes comentado resulta ser contradictorio pues la Jurisdicción Voluntaria es el procedimiento por el cual las personas

solicitan la intervención de las autoridades jurisdiccionales solo para el reconocimiento de algún derecho o bien de la existencia de una situación de hecho, sin que haya controversia alguna, caso contrario al Juicio Ordinario, en el cual existe controversia entre los que tienen interés sobre el objeto de dicho juicio, y a quienes se les denomina partes.

En este sentido, resulta ilógico que la regulación de un procedimiento en el que medie controversia sea establecido en el apartado dedicado a aquel que carece de todo tipo de esta, es decir, la naturaleza de la Jurisdicción Voluntaria es completamente diferente a la del Juicio Ordinario previsto para la obtención de la declaración de estado de interdicción, por ello se cree que la ubicación de las normas jurídicas aplicables a este es incorrecta pues existen contradicción entre la naturaleza de ambos procedimientos.

2. *Contradicción e indeterminación de la naturaleza del procedimiento a seguir.* Conforme a lo actualmente regulado, y tal como previamente se comentó, la declaración de estado de interdicción es acreditada a través de la substanciación de Juicio Ordinario, sin embargo esto no es del todo correcto, ya que esta también se puede obtener a través de la tramitación de lo que el ordenamiento jurídico aplicable denomina diligencias prejudiciales.

Sobre el término utilizado para referirse a este último procedimiento, es decir, el de diligencias prejudiciales, es de señalar que este se considera incorrecto y susceptible de causar confusión, ello en virtud de que en materia procedimental se regula lo que se conoce como actos prejudiciales, los cuales en esencia son totalmente distintos al procedimiento referido. Los actos prejudiciales se aplican antes de la presentación de la demanda y tienden a impedir que el objeto de la *litis* sea destruido para que el juicio al que preceden llegue a su fin, mientras que las diligencias prejudiciales comienzan a tramitarse con la presentación del escrito en el que se pide la intervención de las autoridades jurisdiccionales y su finalidad es resolver la situación ventilada. Luego entonces, la denominación empleada para referirse a este procedimiento es, como ya se señaló, incorrecta, siendo que la mejor opción a utilizar es la de jurisdicción voluntaria, ello en razón de su consistencia.

3. *Violación de la garantía de audiencia.* El estado de interdicción es la situación jurídica en la que se encuentra una persona física y en virtud de la cual se halla impedida de disponer de su patrimonio e incluso de sí misma.

Es por lo señalado que válidamente se puede afirmar que la declaración del estado de interdicción implica la constitución de actos de privación, los cuales no pueden surgir si no es que con anticipación fueron desahogadas las formalidades esenciales del procedimiento, entre las que se encuentra la garantía de audiencia de la persona que quedara sujeta a dicha situación jurídica. Al respecto el Poder Judicial de la Federación, mediante criterio jurisprudencial, señaló:

“La interpretación gramatical, sistemática y funcional de los artículos 14 y 16 constitucionales, en relación con el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, llevan a determinar que las medidas que el Juez debe adoptar desde luego ante la solicitud de declaración de estado de interdicción a una persona, llegan a ser para ésta verdaderos actos de privación respecto a los cuales debe regir la garantía de audiencia conforme al primer artículo invocado, y no meros actos de molestia previstos en el segundo precepto. Lo anterior, pues entre los actos de molestia y los de privación existe un espectro de posibilidades que van de menos a más en la afectación a los derechos de los individuos, donde el elemento fundamental para definir el carácter de cada acto consiste en la duración o tiempo en que la afectación permanece; de modo que serán actos de molestia los que impliquen una afectación momentánea o que se prolongue por un periodo corto, y tendrá carácter de privativa cuando conlleve una afectación prolongada o hasta definitiva... Por tanto, las afectaciones a la esfera jurídica del presunto incapaz, tanto las iniciales como las que se toman con motivo del resultado del primer reconocimiento, tienen el carácter de actos de privación, dado que han de prolongarse por todo el tiempo que dure el procedimiento hasta el dictado de la resolución donde se declare o no el estado de interdicción, en la audiencia respectiva. Es decir, ya están destinadas a tener una duración considerable, que ya resulta excesiva y, por tanto, injustificada, para un simple acto de molestia...”³⁶²

³⁶² Tesis: I.4o.C228 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, Febrero de 2010, p. 2866.

Respecto a la obtención de la declaración de estado de interdicción es de señalarse que esta se puede dar a través de la substanciación de dos procedimientos distintos, el primero identificado como juicio ordinario y el segundo como diligencias prejudiciales.

Por lo que se refiere al procedimiento identificado como diligencias prejudiciales es de destacar que ninguna de las normas jurídicas que lo regulan establece o reconoce el derecho de la persona de la que se está decidiendo su grado y nivel de capacidad, de ser oída por la autoridad jurisdiccional correspondiente,³⁶³ siendo este el motivo por el cual se afirma que dicho procedimiento implica secuestrar³⁶⁴ a la persona por ser violatorio del derecho fundamental de la garantía de audiencia, el cual es reconocido por el artículo 14 constitucional. Al respecto la profesora Hilda Pérez Carbajal y Campuzano comenta:

“...dentro de las diligencias de Jurisdicción Voluntaria [diligencias prejudiciales] de referencia,... no se le da intervención directa al presunto incapaz, aun cuando se le ha designado tutor interino; sin embargo, en este caso de tanta relevancia, en el cual se pretende declarar incapaz a una persona mayor de edad, y con ello la pérdida de sus derechos y privación de la administración de sus bienes, es de considerarse que tal determinación no debe decretarse en simples diligencias prejudiciales, que por su naturaleza no pueden considerarse propiamente como un juicio,... privándole de su garantía de audiencia y de legalidad, pues va a quedar privado de su capacidad sin haber sido oído y vencido en juicio”.³⁶⁵

Aunado a lo anterior, el Poder Judicial de la Federación ha emitido los siguientes criterios jurisprudenciales, el primero a fin de hacer saber la falta

³⁶³ Para ahondar en el tema remítase a la lectura del Capítulo Segundo, apartado IV Características de la tutela cautelar, en el inciso dedicado a la explicación del procedimiento de sustanciación de dicha clase de tutela.

³⁶⁴ Real Academia Española, *op. cit.*, [fecha y hora de consulta: 16 de agosto de 2018, 9 horas], Disponible en: <http://del.rae.es/?id=azNzABJ>. La palabra secuestrar significa retener indebidamente a una persona para exigir dinero por su rescate o por otros fines.

³⁶⁵ Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda, “Análisis crítico y constructivo de la declaración del estado de interdicción”, en Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa, por el colegio de profesores de derecho civil, facultad de derecho-UNAM*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 242.

legislativa (ordenamiento jurídico aplicable en el entonces Distrito Federal) y el segundo para solucionarla (en el ordenamiento jurídico aplicable en el Estado de México):

“Este Tribunal Pleno ha establecido que la garantía de audiencia prevista en el artículo 14, párrafo segundo de la Constitución, implica el seguimiento de las formalidades esenciales del procedimiento que garanticen una oportuna y adecuada defensa previa al acto de privación, consistentes en la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias, el otorgamiento de la posibilidad de ofrecer pruebas y alegar en defensa, y el dictado de una resolución que dirima la cuestión debatida. Por su parte, el artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regula las diligencias prejudiciales del procedimiento de interdicción, estableciendo que tan pronto como se reciba la demanda, el Juez deberá ordenar las medidas correspondientes a asegurar la persona y bienes del señalado como incapacitado, poniéndolo a disposición de médicos alienistas, o bien, a través de informe fidedigno u otro medio de convicción que justifique la adopción de tales medidas. Asimismo, dispone que después de practicados los exámenes médicos y de advertirse al menos duda sobre la capacidad del presunto incapacitado, se le nombrará un tutor interino, quien tendrá la administración de sus bienes, salvo los de la sociedad conyugal, los cuales corresponde administrar al cónyuge. De lo anterior se advierte que la citada norma legal permite que se tomen determinaciones que restringen de manera absoluta la capacidad de ejercicio del señalado incapaz, con lo que se produce una afectación de tal entidad que constituye propiamente un acto de privación, sin que en ninguna parte del precepto legal se establezca la obligación de darle intervención desde el inicio del procedimiento de interdicción, para que esté en aptitud de alegar y probar su lucidez, además de que no existe un plazo perentorio para el ejercicio de la acción de interdicción, en el juicio ordinario que regula el artículo 905 del citado código adjetivo, lo que autoriza que las determinaciones tomadas en las diligencias

prejudiciales puedan prolongarse indefinidamente, por lo que el citado artículo 904 resulta violatorio de la garantía de audiencia”.³⁶⁶

“La garantía de audiencia de todo individuo o gobernado implica el seguimiento de cada una de las formalidades esenciales del juicio o proceso civil que satisfagan ineludiblemente una oportuna y adecuada defensa previa al acto de autoridad, pues toda persona debe tener conocimiento del procedimiento y sus consecuencias, a fin de que esté en posibilidad de ofrecer pruebas, interponer recursos y alegar en su defensa lo que a sus derechos convenga e, incluso, impugnar en su oportunidad la resolución que decida el fondo del asunto. Así, aun cuando los artículos del 859 al 861 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, que regulan la forma como se debe tramitar la declaración de estado de interdicción, no prevén expresamente ningún medio por el cual se satisfaga la garantía de audiencia en favor de la persona que se pretende declarar interdicta, pues no ordena que se le cite, se le dé vista o emplace a dicho procedimiento, no obstante, en estricto cumplimiento de lo que preponderantemente estatuye el artículo 14 constitucional, antes de nombrarle tutor interino a la presunta interdicta debe dársele vista con la demanda de interdicción correspondiente a efecto de que en caso de estar en condiciones normales y de lucidez, tenga conocimiento del procedimiento y haga valer sus derechos, entre ellos, los relativos a la guarda y custodia de los hijos habidos en el matrimonio, en virtud de que tal proceder incide directamente en la persona que aún no ha sido declarada incapacitada, pues restringe su capacidad de ejercicio y afecta sus más elementales derechos; sin que obste a lo anterior que esta formalidad no se encuentre expresamente contemplada en la legislación procesal aplicable, pues al respecto tiene preeminencia lo que estatuye el indicado precepto 14 de la Constitución Federal cuando dispone que es derecho fundamental de los gobernados que se les otorgue la garantía

³⁶⁶ Tesis: P.XXXI/2000, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XI, marzo de 2000, p. 83.

de audiencia contra todo acto de autoridad para que tengan la oportunidad de conocerlo y de defenderse”.³⁶⁷

4. *Imprecisión en el orden de ciertas actuaciones jurisdiccionales.* En el apartado dedicado al estudio minucioso del procedimiento identificado como diligencias prejudiciales, se hizo notar que el legislador fue poco claro al establecer el orden y supuestos de aplicación del nombramiento de tutor interino y la solicitud de información sobre el otorgamiento de tutela cautelar al Archivo General de Notarías.

Conforme lo actualmente regulado y en atención al orden en que se establecen las disposiciones, el Juez Familiar que conozca del procedimiento denominado diligencias prejudiciales (en caso de que resulte comprobada la incapacidad de la persona, o haya duda fundada al respecto) deberá nombrarle tutor y curador interinos. Continua señalando el ordenamiento jurídico en vigor, que el citado Juez deberá recabar el informe del Archivo General de Notarías sobre el registro de designación de tutor cautelar por parte de la persona sobre la que se está decidiendo su grado de capacidad, asimismo establece que para el caso de que dicha clase de tutela no se hubiere otorgado, entonces procederá a nombrarle tutor interino. Luego entonces no se comprende con exactitud que aplica en el supuesto de que el presunto interdicto otorgo tutela cautelar, ¿se le nombra tutor interino? o ¿entra en funciones de manera inmediata el tutor cautelar? Ante el surgimiento de dichas incognitas se concluye que las normas jurídicas de referencia son confusas e imprecisas.

Es por lo aquí comentado que se propone modificar las normas aplicables al procedimiento de substanciación de la tutela, ello a fin de evitar la comisión de posibles abusos a las personas cuya capacidad de actuación será determinada.

En términos de lo planteado, se considera que el procedimiento de declaración de estado de interdicción, debe ser considerado como un juicio, puesto que su finalidad será la de resolver una controversia y crear una situación jurídica a cargo de la persona sobre la que se está determinando su capacidad, por ello las actuaciones que lo deben conformar son:

³⁶⁷ Tesis: II.2o.C.351 C, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XVI, julio de 2002, p. 1303.

1. Inicio. El procedimiento de mérito iniciará con la presentación del escrito, que para el efecto suscriba o suscriban, el cónyuge, los presuntos herederos legítimos, el albacea, el Ministerio Público, o la institución pública o privada que haya acogido a los hijos del presunto incapaz, y el cual deberá elaborarse conforme los requisitos establecidos por el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles.

2. Garantía de audiencia. Una vez recibido el escrito comentado, la autoridad jurisdiccional deberá notificar al presunto incapaz, a fin de que este comparezca de manera personalísima a entrevistarse con la citada autoridad, así como a manifestar lo que a su derecho convenga.

Al respecto debe señalarse que para el caso de que el estado de salud del presunto incapaz le impida concurrir ante el Juez, será este último quien deberá acudir al sitio en el que el primero se encuentre.

3. Dictámenes periciales. Después de realizada la entrevista con el presunto incapaz, el Juez deberá nombrar dos médicos especialistas en el padecimiento por el que se alega la incapacidad de la persona, quienes deberán practicar al presunto incapaz los estudios que resulten pertinentes, mismos que deberán practicarse en presencia de la autoridad jurisdiccional que para el efecto los nombro.

4. Declaración de medidas provisionales y solicitud de informe sobre el otorgamiento de tutela cautelar. Si de los dictámenes periciales practicados se comprueba la incapacidad, o se produce duda sobre su existencia, la citada autoridad jurisdiccional deberá de manera inmediata, nombrar tutor y curador interinos a la persona cuya capacidad está en duda, poniendo al primero a cargo de la administración de los bienes y del cuidado de la persona del presunto incapaz. Acto seguido deberá solicitar al Archivo General de Notarias informe sobre el otorgamiento de tutela cautelar por parte del presunto incapaz, así como los datos del instrumento público o bien del formato, por el que se constituyó la referida clase de tutela.

Sin perjuicio de que el citado informe sea en términos positivos, el Juez procederá con las siguientes actuaciones.

5. Sobre la patria potestad o tutela. Proveer sobre la patria potestad o la tutela que está a cargo del presunto incapaz.

6. Dictámenes periciales. El Juez deberá nombrar dos especialistas en el padecimiento por el que se cree que la persona es incapaz, quienes deberán ser diferentes a los que fueron primeramente nombrados, a fin de que examinen de nueva cuenta al presunto incapaz, en los términos señalados para la primera examinación.

7. Entrevista con el presunto incapaz. De nueva cuenta el Juez de la causa deberá entrevistarse de nueva cuenta con esta, la cual se realizara en los términos establecidos para la primera entrevista.

8. Audiencia. El Juez deberá citar al incapaz, a su tutor y curador interino, al Ministerio Público y a quien promovió el citado juicio, a fin de escucharles por última vez.

9. Sentencia. Tras el desahogo de las actuaciones jurisdiccionales antes establecidas, el Juez de la causa deberá dictar sentencia, en la cual establecerá los límites de la tutela y por ende los actos que podrá realizar por si misma la persona sujeta a esta.

Finalmente es necesario realizar las siguientes dos puntualizaciones, la primera relacionada con aclarar que hasta en tanto no se dicten las medidas provisionales, la persona sobre la que se está decidiendo su incapacidad, podrá celebrar cualquier tipo de acto jurídico, bajo su más estricta responsabilidad; y la segunda relativa al supuesto en el que de la entrevista y de la práctica de los dictámenes periciales se deduzca la no incapacidad de la persona, entonces esta podrá iniciar procedimiento en contra de quien solicito fuera declarada su interdicción, a fin de que se le paguen daños y perjuicios.

II. Ineficacia de la Tutela Cautelar

A. Sobre la Ineficacia de la Tutela Cautelar y Propuesta de Creación de una Campaña de Difusión

De acuerdo al análisis y explicación realizados a lo largo del presente trabajo, *la tutela cautelar presenta dos problemas graves, el primero relacionado con las deficiencias de su regulación (mismas que con anterioridad fueron tratadas), y el segundo, tendiente a los bajos índices de su*

*otorgamiento, que conforme a lo previamente anotado asciende escasamente a las 547, es decir, aproximadamente 49 por año.*³⁶⁸

En razón de lo anotado, la tutela cautelar es un derecho injusto e ineficaz. Es injusto en virtud de que, como se comentó, las normas que la regulan presentan demasiadas deficiencias; y es ineficaz por ser escasamente aplicada. Dicho en otras palabras, y en atención a la teoría de los tres círculos, la tutela cautelar se ubica dentro del círculo marcado con el número 1, dado que es positivo y vigente, pero no es justo ni eficaz.

Por lo que se refiere a *la falta de otorgamiento de tutela cautelar es de señalar que estos versan*, en cierta medida a las lagunas legislativas anotadas, empero *la principal causa es el desconocimiento y desinformación, que de esta tiene población en general de la Ciudad de México.*

La aseveración aludida encuentra su fundamento en las encuestas practicadas para el efecto a personas con domicilio en la Ciudad de México, cuyos resultados reflejan, que de las 85 personas entrevistadas, 76 (89.41%) estarían dispuestas a elegir con anticipación, a quien se haría cargo de ellas, en caso de que no pudieran valerse por sí mismas (tutela cautelar), mientras que solo 9 (10.58%) no lo harían. Sin embargo, y pese al alto número de personas dispuestas a realizar dicha elección, esto no se materializa, puesto que de la totalidad de las personas encuestadas, solo 20 (23.53%) conocen de la posibilidad de efectuarla a través de la constitución de tutela cautelar, y 65 (76.47%) no lo saben.³⁶⁹

Con el propósito determinar el motivo por el cual surgió el fenómeno de desinformación y desconocimiento que presenta la población de la Ciudad de México, sobre la tutela cautelar, se dio a la tarea de buscar noticias relacionadas con la explicación de la citada clase de tutela, en distintos medios de comunicación, como algunos de los periódicos de mayor circulación en dicha entidad federativa, tales como la Jornada, el Universal y Reforma, para ello fueron consultados los ejemplares del 17, 18, 19, 20 y 21 de diciembre de

³⁶⁸ A fin de ahondar en las encuestas aludidas remítase al Capítulo Tercero, apartado III del presente trabajo.

³⁶⁹ Para mayor entendimiento del tema, remítase al Capítulo Tercero, apartado IV del presente trabajo.

2006 y 13, 14, 15, 16 y 17 de mayo de 2007,³⁷⁰ obteniendo como resultado que en estos no existe publicación relacionada con el tema; la página electrónica del Colegio de Notarios del Distrito Federal, obteniendo el mismo resultado; y la página de Facebook del Colegio Nacional del Notariado Mexicano, en la que se encontró una publicación de fecha 12 de abril de 2018, en la que se explicó de manera escueta la esencia de dicho tipo de tutela. Luego entonces, se infiere que el *fenómeno planteado, se debe a la nula difusión que de la tutela cautelar hizo la autoridad correspondiente*. Es decir, los habitantes de la Ciudad de México desconocen de la tutela cautelar por que las autoridades en ningún momento realizaron difusión sobre su existencia y en consecuencia de su regulación.

A efecto de solucionar el conflicto planteado, es oportuno mencionar que este también ha tenido presencia en dos instituciones de naturaleza³⁷¹ similar a la tutela cautelar, tales como el testamento y la voluntad anticipada, cuya erradicación parcial derivó de la creación y puesta en marcha de dos diferentes programas públicos a los que se les denominó “Septiembre, Mes del Testamento” y “Mes de la Voluntad Anticipada”.³⁷²

De acuerdo a la información publicada en distintos medios electrónicos, hasta antes del 2003, el otorgamiento de testamentos a nivel nacional era casi nulo,³⁷³ razón por la cual las autoridades competentes en coordinación con el Colegio del Notariado Mexicano, crearon una política pública destinada a difundir la existencia y conveniencia de celebrar dicho acto jurídico, surgiendo en consecuencia, la campaña “Septiembre, Mes del Testamento”, cuyos resultados, se dice han sido benéficos, ya que conforme los últimos reportes, en el año del 2015 el número de testamentos otorgados ascendía a 291,000,

³⁷⁰ En razón de que el día 19 de diciembre de 2006 fue presentada la iniciativa por la que se propuso la regulación de la tutela cautelar, misma que fue aprobada el día 15 y cuyo vigor comenzó el día 16, ambas del mes mayo de 2007

³⁷¹ Para conocer las semejanzas y diferencias que existen entre la tutela cautelar y la voluntad anticipada, remítase al Capítulo Tercero, apartado VI del presente trabajo.

³⁷² Véase el Capítulo Tercero, apartados V y VI, dedicado a la explicación de las referidas campañas.

³⁷³ Por lo que se refiere al Testamento, es de mencionar que la propia Consejería Jurídica y de Estudios Legislativos reportó, que desconoce el número cierto y preciso de testamentos otorgados hasta antes de la puesta en marcha de la campaña Septiembre, Mes del Testamento

cifra que si bien no es proporcional con el número de personas capaces para testar, sin embargo, refleja un avance en la materia.

En relación con la voluntad anticipada es de decirse que el problema de desinformación y desconocimiento no tuvo tanto impacto, dado que esta es una de las figuras jurídicas sobre las que la autoridad correspondiente ha emitido mayor publicidad, ejemplo de ello son las notas periodísticas, los mensajes radiofónicos, televisivos y electrónicos destinados a promover la existencia y explicar su contenido, situación que sin lugar a dudas ayudo a que la población estuviera enterada sobre la misma. Ahora bien, la razón de dicho actuar por parte de la autoridad, está determinado por un elemento político, dado que en muchas ocasiones la finalidad del Gobierno del entonces Distrito Federal, al aprobar la regulación de este tipo de figuras jurídicas que de cierta manera son tendientes a causar polémica, ha sido mostrarse ante sus homólogos como una administración vanguardista, promotora y protectora en todo momento de los derechos humanos de sus gobernados, misma que no es perjudicial, siempre que deje de estar influenciada por intereses propios.

Como consecuencia de lo dicho, el número de otorgamientos de documentos de voluntad anticipada durante el periodo comprendido del 2008 a 2013, fue de 2,510, cifra que fue considerada como insuficiente, por ello y en cumplimiento a la obligación impuesta, el Gobierno del Distrito Federal, por conducto de la Secretaría de Salud y el Colegio de Notarios del Distrito Federal, crearon la campaña conocida en un primer momento como “Marzo, mes de la Voluntad Anticipada”, y actualmente como “Mes de la Voluntad Anticipada”, cuya aplicación tuvo resultados en demasía favorables en razón de que el número de voluntades anticipadas ascendió a 8,319.³⁷⁴

En virtud de todo lo aquí señalado y con base en los resultados obtenidos de la aplicación de los programas públicos aludidos, se concluye que el problema de ineficacia de la tutela cautelar, puede ser solucionado a través de una política pública, en cuya creación, diseño y ejecución deberá intervenir, el Gobierno de la Ciudad de México, por conducto de los Consejos Locales de

³⁷⁴ En relación a la Voluntad Anticipada debe señalarse que el número de otorgamiento de esta se tiene sin lugar a dudas perfectamente registrado por la Secretaría de Salud, autoridad encargada de llevar el registro de estas, ello en atención al reporte dado ante la solicitud

Tutelas y el Colegio de Notarios del referido territorio, ello en razón de que son estos ante los que se otorgara dicha clase de tutela.

Dicho en otras palabras, *la finalidad de la política pública en comento será, desde su entrada en vigor, difundir la existencia, consistencia y formas de constitución de la tutela cautelar, a través de los distintos medios de comunicación, tal como se hizo en el caso del testamento y de la voluntad anticipada; promover su otorgamiento; y suprimir el factor económico al que en la actualidad está sometida la citada clase de tutela.*

Ahora bien, para que el otorgamiento de la tutela cautelar deje de estar sujeta a un carácter económico, se propone efectuar durante la segunda quincena del mes de enero y la primera del mes de febrero,³⁷⁵ un programa público al que se denominará “Autodesignar, para cuando seas incapaz”, por el cual los Notarios de la Ciudad de México, deberán ampliar sus jornadas de trabajo, comprometerse a brindar la atención y asesoría debida a las personas interesadas en otorgarla, además de establecer un costo fijo, consistente en \$1,700.00, para el público en general y \$400.00 para los adultos mayores.

Asimismo, se precisa que las personas que quieran ser beneficiarios de dicho programa público, no deberán presentar ningún comprobante o documento para acceder a este, tal como acontece en el testamento y la voluntad anticipada, bastando simplemente con la presentación de los documentos necesarios en las oficinas correspondientes, ya sea de los Notarios o bien del Consejo Local de Tutelas competente en el territorio en donde tenga su domicilio la referida persona.

Por otra parte, para que dicho programa público llegue a concretarse deberá adicionarse un artículo al Código Civil, en el que se obligue tanto a los Consejos Locales de Tutelas, como al Colegio de Notarios a realizarlo de manera anual durante el periodo y términos establecidos.

Finalmente debe plantearse la siguiente interrogante, ¿Cuál es el beneficio de publicitar la existencia y provocar el otorgamiento de tutela

realizada de información, conforme a la cual el número de otorgamientos de voluntad anticipada se cuadruplico de las otorgadas hasta antes de la puesta en vigor de dicha campaña.

³⁷⁵ El motivo por el que se propone que la referida campaña tenga lugar en esa época del año es porque es en esta cuando gran parte de las personas adquieren el deseo de realizar las cosas, de no dejarlas para luego.

cautelar? Siendo este, el evitar que las personas que no cuentan con ayuda de algún familiar, queden desamparadas por no haber decidido a tiempo sobre su futuro, y con ello eludir el surgimiento de problemas futuros, entre los que se encuentra el aumento de las cifras de personas en situación de calle.

B. Reformas al Testamento Público Abierto y a la Voluntad Anticipada

A fin de provocar que la cifra de personas que conocen de la tutela cautelar aumente, se propone reformar el texto de las normas jurídicas aplicables al testamento y a la voluntad anticipada, con el propósito de que los Notarios autorizantes de dichos actos establezcan en las certificaciones de los instrumentos en que hicieron constar dichos actos, que hicieron saber al otorgante de la existencia de la tutela cautelar, asimismo, que explicaron la consistencia, efectos y formas de constitución de dicha clase de tutela. Y para que los fedatarios públicos cumplan con la referida obligación, se sugiere establecer que si no lo hacen, entonces la escritura será declarada nula.

La propuesta previamente aludida encuentra su fundamento en el hecho de que al momento de otorgar testamento público abierto, los notarios hacen explicar la consistencia de la tutela testamentaria (por ser este el medio de constitución de dicha clase de tutela), luego entonces nada costaría realizar lo propio para la tutela cautelar. Por su parte, cuando dicho fedatario público hace constar el otorgamiento de voluntad anticipada, explicar lo relativo a mal denominada donación de órganos, misma que tiene relación muy escasa con la materia de la citada voluntad anticipada, y por ello también puede realizarlo sobre la tutela cautelar.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - La tutela ha sido regulada de diferentes maneras en diversos ordenamientos jurídicos, tanto antiguos como contemporáneos, persistiendo en todos ellos el objeto principal de esta, consistente en brindar protección a las personas que por su inexperiencia (refiriéndose a la minoría de edad) y/o por sus condiciones de salud no pueden valerse por sí mismas, además de permitirles actuar en el mundo jurídico a través de un tercero.

SEGUNDA. - En México, la tutela fue regulada desde el primer ordenamiento jurídico aplicable en materia familiar. Estas disposiciones fueron en su gran mayoría adoptadas por los cuerpos legislativos posteriores en los que paulatinamente fueron otorgando a la tutela un tinte mayormente humanitario e igualitario entre hombres y mujeres.

TERCERA. - En la actualidad, la regulación de la tutela en el sistema jurídico mexicano obedece a una esencia puramente humanista, ya que otorga un papel protagónico al cuidado de la persona del incapaz, sobre la de su patrimonio.

CUARTA.- Por la importancia y delicadeza de su objeto el funcionamiento de la tutela en general comprende un ensamblaje complejo, compuesto por diferentes órganos, tales como el tutor, curador y consejo local de tutelas, así como la intervención de dos diferentes autoridades, tales como el Juez de lo Familiar y el Ministerio Público.

QUINTA.- La tutela en general debe ser concebida como la defensa que prevé el ordenamiento jurídico aplicable del actuar de la sociedad con las personas que han sido declaradas como incapaces, mientras que la curatela, el Consejo Local de Tutelas y la intervención del Juez de lo Familiar y del Ministerio Público, son una defensa del actuar del tutor para el propio incapaz.

SEXTA. - Asimismo la tutela debe ser considerada como el medio por el ordenamiento jurídico aplicable brinda protección a las personas consideradas como incapaces, sino también como la institución por la cual protege al resto de la sociedad de las posibles contingencias que pueden ocasionarse al no brindar protección a dichas personas.

SÉPTIMA. - El ordenamiento jurídico aplicable en el actual territorio de la Ciudad de México reconoce diferentes la existencia de diferentes tipos de tutela, los cuales se clasifican en atención a las personas sobre las que se

ejerce, a las facultades concedidas al tutor, a su temporalidad y a la forma de su constitución, figurando dentro de esta última clasificación la tutela legítima, dativa, testamentaria y desde luego la mal denominada tutela cautelar.

OCTAVA. - La regulación de la tutela cautelar representa un avance en el sistema jurídico mexicano, dado que con esta se reconoce de forma plena que el principio de autonomía de la voluntad no solo es aplicable al patrimonio, sino también sobre la persona.

NOVENA. - Pese a ser considerada la tutela cautelar como una clase de tutela de reciente creación, existen vestigios aislados de su existencia, como en el derecho romano, cuso, el aplicable en Canadá, en Reino Unido y en Alemania, así como en el Mexicano, dado que en todos ellos se reconoció de manera diferente que la voluntad del incapaz podía ser considerada para determinar a quién ejercería el cargo de tutor.

DÉCIMA. - La falta de técnica jurídica en la elaboración de las normas jurídicas aplicables a la tutela cautelar en la Ciudad de México, provoca la presencia de varias deficiencias, entre las que se encuentra:

a) Su incorrecta denominación, misma que es susceptible de generar confusión entre la esencia de esta clase de tutela y las medidas cautelares del derecho procesal, mismas que en nada son compatibles. Siendo esta la razón por la cual se establece que la mejor denominación para esta tutela es la de autodesignada, denominación que infiere su esencia y contenido por ser la propia persona que será considerada como incapaz quien la constituye.

b) El error de equiparar la capacidad para otorgar tutela cautelar con la capacidad para otorgar testamento, dado que ambos actos jurídicos tienen una finalidad completamente distinta, además de que de nada sirve otorgar la facultad de constituir tutela cautelar a los menores de edad no emancipados, si por tener dicha condición estos se encuentran sujetos ya sea a patria potestad o a tutela de menores, siendo estas dos últimas de especial y prioritaria aplicación por ministerio de ley.

c) El nulo pronunciamiento del carácter personalísimo que debe tener esta clase de tutela por lo que conlleva su constitución, es decir, la tutela cautelar únicamente debe ser constituida de manera personalísima por su otorgante y hacerse constar en instrumento público exclusivo, por ser el acto jurídico por el cual las personas manifiestan su voluntad sobre quien o quienes

desean se hagan cargo de su cuidado y el de sus bienes al momento de ser declarados como incapaces.

d) La limitada forma de constitución, toda vez que conforme lo actualmente regulado la tutela cautelar únicamente se puede constituir ante Notario, vedando con esto que todas las personas tengan acceso al otorgamiento de dicha clase de tutela. En atención a lo comentado es que se propone que el ordenamiento jurídico aplicable sea reformado a fin de establecer una alternativa de otorgamiento como lo es el realizado ante el Consejo Local de Tutelas, organismo de la administración pública encargado de manera exclusiva a esta materia.

e) La inexistencia de sanciones a los Notarios que no cumplan con dar aviso al Archivo General de Tutelas, sobre la constitución de tutela cautelar, anomalía que provoca el incumplimiento del verdadero fin de la tutela cautelar, como lo es brindar certeza y seguridad jurídica a quien la otorga.

f) La omisión relacionada con que si la tutela cautelar debe ejercerse con la presencia de un curador, lo cual se considera que debe ser en términos afirmativos, toda vez que la finalidad de curatela es garantizar el buen ejercicio de la tutela y erradicar la presencia de abusos en contra del sujeto pasivo de dicha institución.

e) La innecesaria disposición relacionada con la facultad concedida a las personas para establecer los derechos y obligaciones que tendrán aquellos que hayan designado como tutor cautelar, ya que estos no pueden de ninguna manera ser distintos a los que el ordenamiento jurídico ya prevé.

f) La falta de reglas claras y precisas que establezcan el tipo de procedimiento que tendrá que sustanciarse para el inicio de la tutela.

DÉCIMA PRIMERA. - Las deficiencias regulatorias de la tutela cautelar dificultan la correcta concepción y comprensión del funcionamiento de dicha clase de tutela, impactando de manera indirecta en la falta de su aplicación.

DÉCIMA SEGUNDA.- Pese a que el ordenamiento jurídico aplicable en la actual Ciudad de México otorgue la facultad a los menores de edad con 16 años cumplidos a otorgar tutela cautelar y a los mayores de edad incapaces en un intervalo de lucidez, el diseño de las normas jurídicas aplicables a dicha clase de tutela está encaminado a que esta tenga un carácter meramente

preventivo, es decir que se constituya para evitar que a la persona le sea impuesto un tutor elegido por otro.

DÉCIMA TERCERA. - La incorporación de la tutela cautelar al ordenamiento jurídico aplicable en la Ciudad de México, obedeció a la intención de evitar que por el cambio de la familia mexicana, los adultos mayores, o bien aquellos que no pudieran valerse por sí mismos quedaran desamparados.

DÉCIMA CUARTA. - El reconocimiento de la tutela cautelar conlleva beneficios tanto para la persona que la otorga como para la sociedad en general. Para la primera el beneficio de evitar que le sea impuesta la protección y cuidados de personas que indeseables o pocos aptos, y para la sociedad evitar que los tribunales en materia familiar se encuentren ocupados resolviendo conflictos innecesarios que mermen su correcto funcionamiento.

DÉCIMA QUINTA. - La ineficacia de la tutela cautelar se debe en primer lugar a la falta de divulgación de su existencia y en segundo lugar al carácter económico al que está sujeto su constitución, dado que por establecerse únicamente como forma de su constitución la comparecencia ante notario se deja sin acceso a esta a las personas que no cuentan con los recursos necesarios para acudir ante dicho fedatario.

DÉCIMA SEXTA. - Se considera que el órgano de la administración pública de la Ciudad de México, más idóneo para conocer sobre la constitución de la tutela cautelar, además de los notarios, es el Consejo Local de Tutelas, ello en razón de la experiencia que tienen en la materia.

DÉCIMA SÉPTIMA. - Existen instituciones jurídicas de las que la sociedad en general desconocía su existencia, tal es el caso del testamento y de la voluntad anticipada, mismas que lograron ser divulgadas a partir de la instauración de campañas cuyo objetivo era precisamente lograr que las personas las conocieran y así promover su otorgamiento.

En este sentido y con base en la considerable creciente presente en las cifras de otorgamiento de dichas instituciones, a partir de la entrada en vigor de las citadas campañas, se considera que la mejor manera de lograr que la tutela cautelar sea eficaz es crear una campaña cuyo objetivo principal propagar entre la población la existencia, consistencia y otorgamiento de la mencionada clase de tutela.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO GAULT, David y BLANCO, Felipe, *Políticas públicas y democracia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- ARIAS TORRES, Daniela y HERRERA TORRES, Hugo Armando, *Entre políticas gubernamentales y políticas públicas. Análisis del ciclo de las políticas de desarrollo del gobierno del estado de Michoacán, México, 2003-2010*, México, INNP, GLAP-IICA, 2012.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgard, “El derecho de familia en el código civil de 1870”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, mayo – agosto, 2017, t. LXVI, no. 268.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones civiles*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2010.
- BIALOSTOSKY, Sara, *Panorama del derecho romano*, 9a. ed., México, Porrúa, 2011.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, 11a. ed., México, Porrúa, 1989, p. 122.
- BRENA SESMA, Ingrid, *Intervención del Estado en la tutela de menores*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Incapacidad, disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad, la tutela voluntaria. Los poderes para la incapacidad. La voluntad anticipada. La ortanasía y la eutanasia activa. La donación de órganos. Legislación nacional respecto a los temas y modelos de documentos*, 5a. ed., México, Porrúa.
- CASTELLANOS HERNÁNDEZ, Eduardo (coord.), *Registro Nacional de avisos de testamento*, [en línea], México, SEGOB, 2014, p. 25 [fecha y hora de consulta: 20 de junio de 2018, 14 horas], Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/libro%20RNAT.pdf>.
- CHÁVEZ ASECIO, Manuel F., *La familia en el derecho, relaciones jurídicas, paterno filiales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1997.
- CISNEROS FARÍAS, Germán, *Diccionario de frases y aforismos latinos, una compilación sencilla de términos jurídicos*, México, UNAM, 2003.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 9a. ed., México, Porrúa, 1983.
- COLÍN, Ambroise y CAPITANT, Henry, *Derecho civil, introducción, personas, estado civil, incapaces*, México, Jurídica Universitaria, 2008, vol. I.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, “Orden público y autonomía de la voluntad”, en Sánchez Barroso, José Antonio (coord.), *Cien años de derecho civil en México 1910-2010 conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario*, México, UNAM-Facultad de Derecho-Colegio de Profesores de Derecho Civil, 2011.

- ESTÉVEZ, José Lois, "Sobre el concepto de naturaleza jurídica", *Anuario de filosofía del derecho*, España, 1956, no. 4, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2054273>.
- GALINDO GARFÍAS, Ignacio, *Derecho civil primer curso, parte general, personas, familia*, 13a. ed., México, Porrúa.
- GARCÍA MAYNÉZ, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989.
- GARCÍA VILLEGAS, Eduardo, *La tutela de la propia incapacidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2007.
- GONZÁLEZ MARÍN, Nuría, "Sistemas jurídicos contemporáneos. Nociones introductorias y familia jurídica romano-germánica", *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 2000, no. 30.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho civil para la familia*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las obligaciones*, 20a. ed., México, Porrúa, 2014.
- HUBER OLEA CONTRO, Francisco José, *Derecho romano I*, México, Iure editores, 2006.
- DE IBARROLA, Antonio, *Derecho de familia*, 4a. ed., México, Porrúa, 1993.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 3a. ed., trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Le carateur public du Québec, *En prévision de l'inaptitude: le mandat de protection. A la rencontre de la personne*, Quebec, s.a., [fecha y hora de consulta: 27 de mayo de 2018, 18 horas], Disponible en: <http://www.curateur.gouv.qc.ca/mandat.pdf>.
- MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, 2a. ed., México, Porrúa, 2001, t. III.
- MARTÍNEZ MORALES, Rafael I., *Derecho administrativo, segundo curso*, 5a. ed., México, Oxford, 2012.
- DE LA MATA PIZANA, Felipe y GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, *Derecho familiar. Y sus reformas más recientes a la legislación del Distrito Federal*, 5a. ed., México, Porrúa, 2012.
- MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de familia*, México, Porrúa, 1984.
- OLAVARRÍA GAMBI, Mauricio, *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*, Chile, s. e., 2007, Documentos de trabajo del Departamento de Gobierno y Gestión Pública del Instituto de Asuntos Públicos de la Universidad de Chile, vol. II.
- PÉREZ CARBAJAL Y CAMPUZANO, Hilda, "Análisis crítico y constructivo de la declaración del estado de interdicción", en Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa, por el colegio de profesores de derecho civil, facultad de derecho-UNAM*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, España, 2000, núm. 15, pp. 28 y 29. Ovalle Favela, José, *Derecho procesal civil*, 10a. ed., México, Oxford University Press, 2013.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., México, Oxford University Press, 2007.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Derecho civil*, trad. de Leonel Pereznieto Castro, México, Pedagógica Iberoamericana, 1996.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, George, *Tratado practico de derecho civil francés, personas*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal – UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. I.
- RENDÓN UGALDE, Carlos Efreñ, *La tutela*, México, Porrúa, 2001.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mischel, *Derecho de familia, estudios en homenaje a la escuela Libre de Derecho, con motivo de su primer centenario*, 2a. ed., México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012.
- RICO ÁLVAREZ, Fausto, GARZA BANDALA, Patricio y COHEN CHICUREL, Mischel, *Introducción al estudio del derecho civil y personas*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 25a. ed., México, Porrúa, 2015.
- SCJN, *Temas selectos de derecho familiar, tutela*, México, s. e., 2014.
- SERNA, Carlos de Pablo, “La tutela cautelar ¿Es un medio efectivo para la protección de la persona y bienes de quien deja de ser capaz? ¿Su ejercicio debe liberalizarse?”, en Adame López, Ángel Gilberto (coord.), *Homenaje al doctor Jorge Alfredo Domínguez Martínez por el Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM*, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM, 2016.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 21a. ed., México, Porrúa, 2012.
- ZAVALA PÉREZ, Diego H., *Derecho familiar*, 3a. ed., México, Porrúa, 2011.

Páginas electrónicas:

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, [en línea], Madrid, 2017, [fecha y hora de consulta: 23 de noviembre de 2017, 18 horas], Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=azNzA8J>

Grupo Parlamentario del PAN, *Exposición de motivos de la Iniciativa de Decreto de reformas y adiciones al Código Civil, al Código de Procedimientos Civiles, a la Ley del Notariado y al Código Financiero, todos para el Distrito Federal para regular la tutela voluntaria*, [en línea], Distrito Federal, 2006 [fecha y hora de consulta: 25 de abril de 2018, 14 horas], Disponible en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=XiHGm0t>

f3DexUGxyTnSD7cjhDvWhgNozhQ9DR9nviu2sxWHXvwtxvh9KQmdan.
Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Esperanza de vida ¿Te has preguntado cuántos años podrías llegar a vivir?*, [en línea], México, 2016, [fecha y hora de consulta: 20 de abril de 2018, 14 horas], Disponible en: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/esperanza.aspx?tema=P>.
Colegio Nacional del Notariado Mexicano, <http://www.notariadomexicano.org.mx/> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *¿Cuántos somos?* 2016, [en línea], México, 2016, [fecha y hora de consulta: 30 de julio de 2018 a las 20:30 horas], Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/app/areasgeograficas/?ag=0 vfbn9>.

ANEXOS

I. PROPUESTA DE REDACCION DE NORMAS JURÍDICAS

A fin de lograr la solución a la problemática planteada en los dos apartados precedentes, se propone *modificar el texto de los artículos 461, 469 Bis, 469 Ter, 469 Quater, 469 Quintus, 485 Bis, fracción I, 495, fracción I y 589, así como la denominación del Capítulo I Bis; y la adición del artículo 469 Sextus, todos del Código Civil aplicable en la Ciudad de México, para quedar como sigue:*

Artículo 461. La tutela es *autodesignada*, testamentaria, legítima, dativa y de los menores en situación de desamparo.

CAPITULO I BIS DE LA TUTELA AUTODESIGNADA

Artículo 469 Bis.- *La tutela autodesignada es la facultad que tiene toda persona con capacidad de ejercicio plena para:*

- I. Designar a quien o quienes desempeñaran su tutela, y a quien ejercerá su curatela, así como a sus sustitutos;*
- II. Determinar los derechos y las obligaciones que tendrá el tutor o tutores, y el curador, en relación a los tratamientos médicos a los que se podrá someter al designante, para el mejoramiento de su condición física y psicológica; y*
- III. Establecer el monto de la retribución del tutor o tutores, por el desempeño de su cargo.*

Las funciones de los designados iniciarán en caso de que el designante sea declarado en estado de interdicción, y cuya primera consecuencia es evitar que las personas a las que pudiera corresponderles el ejercicio de la tutela, de acuerdo a lo establecido en este código, puedan desempeñarla.

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

Artículo 469 Ter.- *La tutela autodesignada debe otorgarse de manera personalísima ante Notario en escritura pública, en la que no podrá hacerse constar ningún otro acto, o bien ante el Consejo Local de Tutelas de la circunscripción administrativa donde el otorgante tenga su domicilio, mediante la suscripción del formato que para el efecto se expida.*

Artículo 469 Quater.- *El procedimiento para la constitución de tutela autodesignada ante el Consejo Local de Tutelas deberá iniciar con la presentación del otorgante en las oficinas de dichos Consejos, en la que deberán presentar su identificación oficial, a fin de acreditar tanto su capacidad como la competencia de los servidores públicos, acto seguido el personal de este les explicara el objeto y efectos de dicha clase de tutela, y procederá al llenado del formato necesario para su constitución, en el cual se deberá señalar la demarcación territorial en donde se suscriba el formato, el número de formato, el nombre del otorgante, así como su domicilio, fecha de nacimiento, nacionalidad, estado civil, ocupación y datos del documento con el que se identificó, así como el nombre de la persona o personas a quienes designa como tutores, el de sus sustitutos y el orden en que entraran en funciones, los derechos y las obligaciones que estos tendrán respecto de los tratamientos médicos a los que será sometido el otorgante en su calidad de pupilo y el monto de la retribución que recibirán por el desempeño de dicho cargo, el nombre de quien desea ejerza su curatela, el de sus sustitutos y el orden en que estos entraran en funciones, la firma y huella del otorgante y la firma del servidor público.*

En caso de que el otorgante sea ciego, sordo y/o mudo, el procedimiento antes descrito se substanciara con las formalidades que para el efecto la Ley del Notariado vigente establece,³⁷⁶ y adicionalmente, la presentación de dos testigos, quienes deben ser plenamente capaces e identificarse ante los servidores públicos conocedores del procedimiento.

Una vez suscrito el formato referido, el Consejo Local de Tutelas que sustanció el trámite, deberá resguardar el citado formato y presentar un aviso al Archivo General de Notarias a efecto de que este registre el otorgamiento de tutela cautelar en la base de datos que tiene a su cargo.

Los Consejos Locales de Tutelas deberán reunirse cuando menos una vez al año para elaborar el formato pertinente para la constitución de tutela autodesignada, el cual estará en vigor durante el tiempo en que estén en funciones los servidores públicos que conforman a los referidos Consejos.

³⁷⁶ LNDF, 2000, arts.

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

Artículo 469 Sextus.- *Los Consejos Locales de Tutelas y el Colegio de Notarios de la Ciudad de México deberán de manera coordinada y permanente, difundir entre la población el conocimiento de la existencia, consistencia, formas de constitución y efectos jurídicos de la tutela autodesignada, para ello deberán llevar a cabo la campaña “Autodesignar, para cuando seas incapaz”, misma que se realizará del 15 de enero al 15 de febrero de cada año, y por la cual el costo del otorgamiento de tutela autodesignada será uniforme en todas las notarías de dicha entidad.*

Artículo 485 Bis.- Ha lugar a tutela legítima:

I. Cuando no haya tutor autodesignado, ni testamentario,...

Artículo 495.- Ha lugar a tutela dativa:

I. Cuando no haya tutor autodesignado, ni testamentario, ni persona a quien conforme a la ley corresponda la tutela legítima;...

Artículo 589.- El tutor o los tutores no tendrán derecho a remuneración alguna, excepto en los casos de *tutela autodesignada*;...

Asimismo, se sugiere la adición del inciso h) a la fracción XIX del artículo 103, y la modificación del texto del artículo 127, del primer párrafo, de la Ley del Notariado para la Ciudad de México, para quedar como sigue:

Artículo 103.- ...

XIX.- Hará constar bajo su fe:

...

h) Que explico a los otorgantes de testamento público abierto y de voluntad anticipada, la existencia, consistencia, efectos jurídicos y formas de constitución de la tutela autodesignada

Artículo 127 Siempre que ante un Notario se otorgue *tutela autodesignada* en los términos del capítulo I Bis, del título noveno, del libro primero del Código Civil, éste *deberá* dar aviso al Archivo dentro de los cinco días hábiles siguientes, en el que expresará el número de escritura, así como la fecha de su otorgamiento, el nombre y demás generales del otorgante, sin indicar la identidad de los designados, y deberá recabar la constancia correspondiente. *En caso de que no se cumpla con dicha obligación, el Notario*

infractor será merecedor a una multa económica, en los términos que para el efecto establezca el Colegio.

Por último, se propone la modificación del artículo 902, primer y segundo párrafo; la derogación de los artículos 904 y 905; y la creación del Capítulo II intitulado De la Declaración de Interdicción, del Título Décimo Sexto De las Controversias del Orden Familiar, todos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, para quedar como sigue:

Artículo 902.- Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoría de la persona que va a quedar sujeta a ella.

La declaración del estado de minoría puede pedirse: 1º. por el mismo menor si ha cumplido 16 años; 2o. por su conyuge; 3o. por sus presuntos herederos legítimos; 4o. por su albacea; 5o. por el Ministerio Público; y 6o. por la institución pública o privada, de asistencia social que acoja al hijo o hijos del presunto incapaz.

...

Artículo 904.- Derogado

Artículo 905.- Derogado

TÍTULO DÉCIMO SEXTO DE LAS CONTROVERSÍAS DEL ORDEN FAMILIAR

Capítulo I Disposiciones Generales

Capítulo II De la Declaración de Estado de Interdicción

Artículo 956 Bis.- La Declaración del estado de interdicción iniciará con la presentación del escrito, que para el efecto suscriba o suscriban, el cónyuge, los presuntos herederos legítimos, el albacea, el Ministerio Público, o la institución pública o privada que haya acogido a los hijos del presunto incapaz, y el cual deberá elaborarse conforme los requisitos establecidos por el artículo 255 de este Código.

Artículo 956 Ter.- En el juicio de declaración de estado de interdicción se observaran las siguientes actuaciones jurisdiccionales:

I. Una vez recibida la demanda de declaración de estado de interdicción, la autoridad jurisdiccional deberá notificar, en un plazo máximo de 5 días hábiles, contados a partir de la fecha de su recepción, al presunto incapaz sobre la misma, a fin de que este comparezca de manera personalísima a entrevistarse con dicha autoridad.

En caso de que el estado de salud del presunto incapaz le impida concurrir ante el Juez, será este último quien deberá acudir al sitio en el que el primero se encuentre.

II. Después de realizada la entrevista con el presunto incapaz, el Juez deberá dentro de las 48 horas siguientes, nombrar dos médicos especialistas en el padecimiento por el que se alega la incapacidad de la persona, quienes deberán practicar en las 48 horas siguientes, al presunto incapaz los estudios que resulten pertinentes, mismos que deberán practicarse en presencia de la autoridad jurisdiccional que para el efecto los nombro.

III. En caso de que de los dictámenes periciales practicados al presunto incapaz, se comprueba su incapacidad, o se produce duda sobre su existencia, la citada autoridad jurisdiccional deberá en las 48 horas siguientes, nombrar tutor y curador interinos a la persona cuya capacidad está en duda, poniendo al primero a cargo de la administración de los bienes y del cuidado de la persona del presunto incapaz. Asimismo, deberá solicitar al Archivo General de Notarias, informe sobre el otorgamiento de tutela autodesignada por parte del presunto incapaz, así como los datos del instrumento público o bien del formato, por el que se constituyó la referida clase de tutela.

IV. En caso de que el presunto incapaz tenga incapaces a su cargo, el Juez de la causa deberá proveer sobre la patria potestad o la tutela de estos.

V.- Después de haber nombrado tutor y curador interinos, la autoridad jurisdiccional deberá nombrar dos especialistas en el padecimiento por el que se cree que la persona es incapaz, quienes deberán ser diferentes a los que fueron primeramente nombrados, a fin de que examinen de nueva cuenta al presunto incapaz, en los términos señalados para la primera examinación.

Asimismo, el Juez de la causa deberá entrevistarse de nueva cuenta con esta, la cual se realizara en los términos establecidos para la primera entrevista.

VI.- Una vez que fueron practicados los exámenes médicos pertinentes, realizada la segunda entrevista con el incapaz y recibido el informe del Archivo General de Notarias sobre el otorgamiento de tutela autodesignada, el Juez deberá citar al incapaz, a su tutor y curador interino, al Ministerio Público y a quien promovió el citado juicio, a fin de escucharles por última vez.

Concluida la audiencia comentada, el Juez de la causa de manera inmediata deberá dictar sentencia, en la cual establecerá los límites de la tutela y por ende los actos que podrá realizar por si misma la persona sujeta a esta.

Artículo 956 Quater.- Hasta en tanto no se dicten las medidas provisionales, la persona sobre la que se está decidiendo su incapacidad, podrá celebrar cualquier tipo de acto jurídico, bajo su más estricta responsabilidad.

Artículo 956 Quintus.- Si de la primera entrevista practicada al presunto incapaz y de los exámenes médicos practicados en un primer momento se concluye que no existe tal incapacidad, la persona que fue sometida a dichas pruebas podrá iniciar procedimiento en contra de quien solicito fuera declarada su interdicción, a fin de que se le paguen daños y perjuicios.

Oficio: CJSJL / UT / 0389 /2018

Ciudad de México, a 27 de Febrero de 2018

Asunto: Se entrega información SIP 0116000035218 Página | 1

Karla Ximena Solis Aguilar
P r e s e n t e

Me refiero a la solicitud de Acceso a la información Pública al rubro señalada y presentada en la Plataforma Nacional de Transparencia.

Al respecto, me permito anexar copia del oficio número CJSJL/DGJEL/DCAN/SAGN/0381/2018, de fecha 26 de febrero de 2018, suscrito por el Lic. Hiram González Maya, Subdirector de Archivo General de Notarías de la Ciudad de México, con la respuesta a su solicitud.

Así mismo, le comento que para cualquier duda o aclaración, nos ponemos a sus ordenes en Candelaria de los Patos S/N, Colonia 10 de Mayo, Delegación Venustiano Carranza, horario de 9:00 a 15:00 hrs de lunes a viernes o en el 55 22 51 40 ext. 112.

Por último y en caso de que esté inconforme con la respuesta a su solicitud, de conformidad con el artículo 233 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, podrá interponerse el Recurso de Revisión, de manera directa, por correo certificado o por medios electrónicos, ante el Instituto, o ante la Unidad de Transparencia del sujeto obligado que haya dado respuesta a la solicitud de acceso a la información, en el caso de que se interponga ante la Unidad de Transparencia, ésta deberá remitir el recurso de revisión al Instituto a más tardar al día siguiente de haberlo recibido. Cuando el recurso de revisión se presente ante la Unidad de Transparencia o por correo certificado, para el cómputo de los plazos de presentación, se tomará la fecha en que el recurrente lo presente; para el cómputo de los plazos de resolución, se tomará la fecha en que el Instituto lo reciba

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE

Lic. Lizbeth Zárate Cortés

**Encargada de la Unidad de Transparencia
de la Consejería Jurídica y de Servicios Legales**
PATY/35218RESPUESTAHIRAM

1010

CDMX

309

CJSL/DGJEL/DCAN/SAGN/	0381	/2018
CIUDAD DE MÉXICO, A 26 DE FEBRERO DE 2018		
GESKAR 623/2018		
TÉRMINO DE 3 DÍAS		

LIC. LIZBETH ZÁRATE CORTÉS
 Encargada de la Unidad de Transparencia de
 La Consejería Jurídica y de Servicios Legales

En atención al oficio **CJSL/UT/0373/2018**, de fecha 23 de febrero de 2018, ingresado en la Subdirección del Archivo General de Notarías del Distrito Federal el mismo día, relativo a la solicitud de información pública con número de folio **SIP 0116000035218**, presentada en la Plataforma Nacional de Transparencia, y mediante el cual, con fundamento en el artículo 212 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, solicita a esta Unidad Administrativa, que en un término de **tres días hábiles**, se proporcione la siguiente información, que a la letra dice:

"Conforme a lo dispuesto en el **artículo 124 Bis de la Ley del Notariado para el D.F.**, el Archivo General de Notarías tiene a su cargo el registro de tutelas cautelares otorgadas ante la fe de los notarios de dicha entidad, por lo cual, solicito a Usted de la manera más atenta informarme sobre el **número de tutelas cautelares** que se han registrado en la dependencia en cita, haciendo especial énfasis, que la única información solicitada es el número de otorgamientos de dicho tipo de tutela, no así los datos personales que obran en el registro comentado. Ello con la finalidad de estar en posibilidad de realizar un trabajo de investigación sobre el tema, en el cual se pretende determinar el grado de eficacia de la norma que prevé la citada tutela. De antemano, agradezco su atención."(SIC).

Al respecto se entrega la información en el formato que se contiene en esta Unidad Administrativa:

En atención a su cuestionamiento, le informo que desde el año de 2007 hasta el día de la fecha, **se han registrado ante este Archivo, un total de 547 (quinientos cuarenta y siete) avisos dados por Notarios sobre otorgamiento de designación de tutor cautelar** en términos del Capítulo I Bis, del Título Noveno del Libro Primero del Código Civil, en relación con el artículo 124 Bis de la Ley del Notariado para el Distrito Federal vigente.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE

LIC. HIRAM GONZÁLEZ MAYA
 SUBDIRECTOR DE ARCHIVO GENERAL DE NOTARÍAS
 DE LA CIUDAD DE MÉXICO
 GESKAR 623/2018
 LJS/ROG



CONSEJERÍA JURÍDICA Y DE SERVICIOS LEGALES
 DIRECCIÓN GENERAL JURÍDICA Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS
 DIRECCIÓN CONSULTIVA DE ASUNTOS NOTARIALES

SUBDIRECCIÓN
 DEL ARCHIVO GENERAL
 DE NOTARÍAS

DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS NOTARIALES
 Y DE SERVICIOS LEGALES
 DIRECCIÓN DE ASUNTOS NOTARIALES
 CONTRA SERVICIOS PÚBLICOS

Alicia
 14:09
 Lic. Morales

Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos
 Dirección Consultiva y de Asuntos Notariales
 Subdirección de Archivo General de Notarías

Ciudad de México, a 6 de junio de 2018
Oficio No. SSCDMX /SUTCA/3448/2018
ASUNTO: Respuesta a su solicitud de Acceso a la Información Pública No. 0108000178818

C. KARLA XIMENA SOLIS AGUILAR
Presente

En relación a su solicitud de Acceso a la Información Pública, la cual se tuvo por presentada en fecha 4 de junio del año en curso, registrada con el folio INFOMEX 0108000178818, mediante la cual solicitó:

“Por el presente me permito solicitar su tan amable apoyo para saber cuantas voluntades anticipadas se han constituido desde la fecha en que entró el vigor la ley que preve la constitución de voluntad anticipada, al actual. Gracias.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 7 párrafo tercero y 212 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, y con base en el oficio SSDF/SSMI/PVA/0501/2018, signado por la Lic. María de la Cruz Medina Mora Icaza, Responsable del Programa Voluntad Anticipada, se señala lo siguiente:

A partir de la publicación de la Ley, del periodo de enero de 2008 a mayo de 2018, hay un total de 10829 Voluntades Anticipadas firmadas.

En caso de inconformidad con la respuesta emitida a su solicitud, usted podrá interponer recurso de revisión de conformidad con los artículos 236 y 237 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, en un lapso no mayor a 15 días hábiles a partir de la notificación de la respuesta.

Artículo 236. *Toda persona podrá interponer, por sí o a través de su representante legal, el recurso de revisión, mediante escrito libre o a través de los formatos establecidos por el Instituto para tal efecto o por medio del sistema habilitado para tal fin, dentro de los quince días siguientes contados a partir de:*

- I. La notificación de la respuesta a su solicitud de información; o*
- II. El vencimiento del plazo para la entrega de la respuesta de la solicitud de información, cuando dicha respuesta no hubiere sido entregada.*

Artículo 237. *El recurso de revisión deberá contener lo siguiente:*

- I. El nombre del recurrente y, en su caso, el de su representante legal o mandatario, así como del tercero interesado, si lo hay;*
- II. El sujeto obligado ante el cual se presentó la solicitud;*
- III. El domicilio, medio electrónico para oír y recibir notificaciones, o la mención de que desea ser notificado por correo certificado; en caso de no haberlo señalado, aún las de carácter personal, se harán por estrados;*
- IV. El acto o resolución que recurre y, en su caso, el número de folio de respuesta de solicitud de acceso, o el documento con el que acredite la existencia de la solicitud o los datos que permitan su identificación en el sistema de solicitudes de acceso a la información;*
- V. La fecha en que se le notificó la respuesta al solicitante o tuvo conocimiento del acto reclamado, o de presentación de la solicitud en caso de falta de respuesta;*
- VI. Las razones o motivos de inconformidad, y*
- VII. La copia de la respuesta que se impugna, salvo en caso de falta de respuesta de solicitud.*

Adicionalmente se podrán anexar las pruebas y demás elementos que se consideren procedentes hacer del conocimiento del Instituto.

En ningún caso será necesario que el particular ratifique el recurso de revisión interpuesto.



Si usted tiene alguna duda o comentario, quedamos a sus órdenes en esta Unidad de Transparencia sita en calle Santísima No. 10, Col. Centro, C.P. 06020 Delegación Cuauhtémoc, de lunes a viernes de 09:00 a 15:00 horas, en el teléfono 50381700 ext. 1801 y 1790, o bien, a través de nuestros correos electrónicos oi@salud.cdmx.gob.mx y oi.salud.info@gmail.com.

Atentamente

Lic. Angelica Lizeth Moxica Villegas
Subdirectora de la Unidad de Transparencia,
Correspondencia y Archivo

RPG/GCB



Secretaría de Salud de la Ciudad de México
Subdirección de la Unidad de Transparencia,
Correspondencia y Archivo
Santísima No. 10, Col. Centro, C.P. 06020
Delegación Cuauhtémoc

Tel. 50381700 ext. 1790 y 1801

Ciudad de México, a 04 de julio de 2018
 Oficio No. SSCDMX /SUTCA/3957/ 2018
ASUNTO: Respuesta a su solicitud de Acceso a la Información Pública No. 0108000196718

C. Karla Ximena Solis Aguilar
Presente

En relación a su solicitud de Acceso a la Información Pública, la cual se tuvo por presentada en fecha 22 de junio del año en curso, registrada con el folio INFOMEX 0108000196718, mediante la cual solicitó:

“Por el presente me permito solicitar de manera respetuosa, la siguiente información: El número total de voluntades anticipadas que se han otorgado desde la entra en vigor de la ley que regula dicha institución jurídica, es decir, el 2008, a la fecha de la presente, detalladas por año; el número de voluntades anticipadas que se han otorgado ante Notario, desde la fecha en que entró en vigor la ley que regula dicha institución, hasta la fecha de la presente, detalladas por año; la fecha de celebración del convenio, entre la presente Secretaría y el Colegio de Notarios, por el que se creó la campaña marzo mes de la voluntad anticipada; me sea proporcionado el documento referido en el numeral precedente, es decir, el convenio celebrado por la presente Secretaria y el Colegio de Notarios, por el que se creó la campaña denominada marzo mes de la voluntad anticipada; el número de voluntades anticipadas otorgadas ante Notario, después de celebrado el convenio mencionado en el numeral que precede, haciendo un detalle por año.” (sic)

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 7 párrafo tercero y 219 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México y mediante oficios SSDF/SSMI/PVA/0558/2018 y SSCDMX/DJ/SNC/2553/2018 signados por la Lic. María de la Cruz Medina Mora Icaza, Responsable del Programa de Voluntad Anticipada y Lic. Julio Cesar Hernández Sánchez, Director Jurídico, respectivamente, me permito hacer de su conocimiento que únicamente nos encontramos obligados a proporcionar la información que obre dentro de nuestros archivos y en el estado en que se encuentre y sin que ello implique el procesamiento de la misma, derivado de lo anterior, se proporciona la siguiente información:

El número total de voluntades anticipadas que se han otorgado desde la entra en vigor de la ley que regula dicha institución jurídica, es decir, el 2008, a la fecha de la presente, detalladas por año;

Se han realizado un total de 10829 voluntades anticipadas de 2008 a mayo de 2018 y se desglosan por año de la siguiente manera:

AÑO	SUSCRIPCIONES
2008	101
2009	233
2010	246
2011	263
2012	709
2013	958
2014	1971
2015	1820
2016	1875
2017	1815
2018*	838

Información de enero a mayo 2018*



Secretaría de Salud de la Ciudad de México
 Subdirección de la Unidad de Transparencia,
 Correspondencia y Archivo

Santísima No. 10, Col. Centro, C.P. 06020
 Delegación Cuauhtémoc
 Tel. 50381700 ext. 1790 y 1801

El número de voluntades anticipadas que se han otorgado ante Notario, desde la fecha en que entró en vigor la ley que regula dicha institución, hasta la fecha de la presente, detalladas por año;

El numero de voluntades anticipadas suscritas **ante notarios** por año es el siguiente:

AÑO	SUSCRIPCIONES
2008	89
2009	231
2010	228
2011	224
2012	667
2013	840
2014	1640
2015	1232
2016	1233
2017	1160
2018*	456

Información de enero a mayo 2018*

La fecha de celebración del convenio, entre la presente Secretaría y el Colegio de Notarios, por el que se creó la campaña marzo mes de la voluntad anticipada; me sea proporcionado el documento referido en el numeral precedente, es decir, el convenio celebrado por la presente Secretaría y el Colegio de Notarios, por el que se creó la campaña denominada marzo mes de la voluntad anticipada;

Se proporciona en medio magnético la información referente a los convenios de colaboración celebrados con el Colegio de Notarios del Distrito Federal, A.C., en materia de Voluntad Anticipada, del período del año 2014 a la fecha.

Finalmente, en relación a: “...el número de voluntades anticipadas otorgadas ante Notario, **después de celebrado el convenio mencionado en el numeral que precede**, haciendo un detalle por año...” (Sic), se proporciona lo siguiente:

AÑO	SUSCRIPCIONES
2014	1640
2015	1232
2016	1233
2017	1160
2018*	456

Información de enero a mayo 2018*

No omito mencionar que para el caso de encontrarse inconforme con la respuesta brindada por esta vía, usted podrá interponer un recurso de revisión en cumplimiento con lo que establecen los artículos 220, 233 y 234 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México, en un lapso de 15 días hábiles a partir de la emisión de la respuesta, lo anterior con fundamento en el artículo 236 primer párrafo de la Ley en comento.

Artículo 220. Cuando el sujeto obligado no entregue la respuesta a la solicitud de acceso dentro de los plazos previstos en esta ley, el solicitante podrá interponer el recurso de revisión. En caso de que el Instituto determine la publicidad de la información motivo de dicho recurso, la autoridad queda obligada a otorgarle la información corriendo a costa del sujeto obligado los gastos correspondientes.

Artículo 233. El recurso de revisión podrá interponerse, de manera directa, por correo certificado o por medios electrónicos, ante el Instituto, o ante la Unidad de Transparencia del sujeto obligado que haya dado respuesta a la solicitud de acceso a la información. Para este efecto, la Unidad de Transparencia al momento de dar respuesta a una solicitud de acceso a la información orientará al particular sobre su derecho de interponer el recurso de revisión y el modo de hacerlo. En el caso de que se interponga ante la Unidad de Transparencia, ésta deberá remitir el recurso de revisión al Instituto a más tardar al día siguiente de haberlo recibido.



Secretaría de Salud de la Ciudad de México
Subdirección de la Unidad de Transparencia,
Correspondencia y Archivo

Santísima No. 10, Col. Centro, C.P. 06020
Delegación Cuauhtémoc
Tel. 50381700 ext. 1790 y 1801

Cuando el recurso de revisión se presente ante la Unidad de Transparencia o por correo certificado, para el cómputo de los plazos de presentación, se tomará la fecha en que el recurrente lo presente; para el cómputo de los plazos de resolución, se tomará la fecha en que el Instituto lo reciba.

Artículo 234. *El recurso de revisión procederá en contra de:*

- I. La clasificación de la información;*
- II. La declaración de inexistencia de información;*
- III. La declaración de incompetencia por el sujeto obligado;*
- IV. La entrega de información incompleta;*
- V. La entrega de información que no corresponda con lo solicitado;*
- VI. La falta de respuesta a una solicitud de acceso a la información dentro de los plazos establecidos en la ley;*
- VII. La notificación, entrega o puesta a disposición de información en una modalidad o formato distinto al solicitado;*
- VIII. La entrega o puesta a disposición de información en un formato incomprensible y/o no accesible para el solicitante;*
- IX. Los costos o tiempos de entrega de la información;*
- X. La falta de trámite a una solicitud;*
- XI. La negativa a permitir la consulta directa de la información;*
- XII. La falta, deficiencia o insuficiencia de la fundamentación y/o motivación en la respuesta, o*
- XIII. La orientación a un trámite específico.*

La respuesta que den los sujetos obligados derivada de la resolución a un recurso de revisión que proceda por las causales señaladas en las fracciones III, VI, VIII, IX, X y XI es susceptible de ser impugnada de nueva cuenta, mediante recurso de revisión, ante el Instituto.

Artículo 236. *Toda persona podrá interponer, por sí o a través de su representante legal, el recurso de revisión, mediante escrito libre o a través de los formatos establecidos por el Instituto para tal efecto o por medio del sistema habilitado para tal fin, dentro de los quince días siguientes contados a partir de...*

Si usted tiene alguna duda o comentario, quedamos a sus órdenes en esta Unidad de Transparencia sita en calle Santísima No. 10, Col. Centro, C.P. 06020 Delegación Cuauhtémoc, de lunes a viernes de 09:00 a 15:00 horas, en el teléfono 50381700 exts. 1801 y 1790, o bien, a través de nuestros correos electrónicos oiip@salud.cdmx.gob.mx y oiip.salud.info@gmail.com.

Atentamente

Lic. Angélica Lizeth Moxica Villegas
Subdirectora de la Unidad de Transparencia
Correspondencia, Archivo

RPG/ERTT



Secretaría de Salud de la Ciudad de México
Subdirección de la Unidad de Transparencia,
Correspondencia y Archivo

Santísima No. 10, Col. Centro, C.P. 06020
Delegación Cuauhtémoc
Tel. 50381700 ext. 1790 y 1801