

**TITULO NOVENO**  
**De la tutela**

y de acuerdo con el artículo 448 del mismo ordenamiento, aquellos a quienes corresponda ejercerla, tienen solamente la facultad discrecional de excusarse cuando tengan sesenta años cumplidos, por lo que en esta virtud, la sola edad avanzada del progenitor no puede invocarse por un tercero como causa forzosa de pérdida de la patria potestad. (Informe 1976, núm. 62, p. 63).

La excusa para ejercer la patria potestad es un derecho de las personas que se encuentren en la situación prevista por este precepto, no una causa de pérdida de la misma.

I.B.S.

## **TITULO NOVENO**

### **De la tutela**

#### **CAPITULO I**

#### **Disposiciones generales**

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

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de los incapacitados. Su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores a las modalidades de que habla la parte final del artículo 413.

La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, creada por la ley, para la representación, protección, defensa y asistencia de los que no son capaces de gobernarse por sí mismos. (Lete del Río, José Manuel, *La responsabilidad de los órganos tutelares*, España, Valladolid, 1965, p. 2). Es de las llamadas por la doctrina instituciones "cuasi familiares", dado que es subsidiaria y supletoria de la patria potestad. Al igual que esta última, reposa sobre la noción de deber jurídico, puesto que las facultades y cargas que le son inherentes son una consecuencia de la ordenación objetiva de ambas instituciones. Mientras que la calidad de padre es impuesta por la naturaleza, la de tutor proviene de un mandato legal, y su reglamentación es más minuciosa que la de la patria potestad, porque el legislador supone que no existen con relación al pupilo los lazos naturales de afecto que unen al padre con su hijo. Las disposiciones relativas a la tutela son de orden público: ni los convenios particulares ni el

Poder Judicial pueden modificar su estatuto legal (reglas sobre el nombramiento del tutor, forma de ejercicio de sus poderes, prestación de garantías, obligación de rendir cuentas, etc.).

En cuanto a los caracteres de la tutela, podemos decir que es *permanente*, porque subsiste mientras perdure la incapacidad del pupilo, o mientras no se produzca alguna causa de cesación de la persona del tutor; es *unitaria*, ya que ningún incapaz puede tener más de un tutor; es *general*, porque comprende tanto el cuidado de la persona como los bienes del incapaz; es *obligatoria*, porque no se permite a quien es llamado a su desempeño negarse a asumirla o una vez asumida renunciarla sin causa legítima. (Rodríguez Arias Bustamante, L., *La tutela*, Barcelona, Bosch, 1954).

En lo que respecta a los fines de la tutela, ella debe atender primordialmente al cuidado de la persona del incapaz; al patrimonio de éste —si es que lo posee— deberá estar afectado a su alimentación (en el sentido amplio de manutención, vestido, atención médica y educación) y rehabilitación, si se trata de un mayor de edad sometido a tutela por causa de enfermedad. La tutela no tiene por objeto la conservación de un patrimonio, sino, fundamentalmente, la mejor administración del patrimonio con vistas al cuidado y desarrollo del incapaz, dentro de las posibilidades físicas y mentales del mismo. Se conjugan de este modo los intereses del individuo sometido a tutela y de la sociedad.

La representación del incapaz que eventualmente realice el tutor, no es una representación contractual, sino que emana de la ley: los poderes no se fundan en la voluntad de las partes sino en el estatuto legal de la figura jurídica de la tutela.

C.G.M.

#### ARTÍCULO 450. Tienen incapacidad natural y legal.

- I.—Los menores de edad;
- II.—Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos;
- III.—Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;
- IV.—Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

La incapacidad es la ausencia de capacidad y ésta se ha definido como la "aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones y para ejercerlos por sí mismo" (Montero Duhalt, Sara, *Diccionario jurídico mexicano*, México, UNAM, 1984, t. V., p. 59). La capacidad puede ser de goce o de ejercicio. En la segunda, si bien tiene derechos y obligaciones, no los puede hacer valer por sí mismo, no puede actuar por sí en la vida jurídica. La incapacidad de goce no existe en nuestro

ordenamiento jurídico. La capacidad de ejercicio puede no existir, en los casos estrictamente establecidos por la ley: la capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción.

Las normas sobre incapacidad tienen un fundamento biológico: la falta o la merma de discernimiento del incapaz para poder apreciar cabalmente la conducta más acorde con sus intereses; esta carencia puede provenir de falta de madurez intelectual, como en el caso del menor de edad, por subdesarrollo mental congénito e irreversible, como en los casos denominados por este precepto "idiotismo" e "imbecilidad", por alteración de las facultades mentales, en los supuestos de locura, ciertos grados de la embriaguez y la drogadicción, o por imposibilidad de adecuada comunicación e interacción con la sociedad, como es el caso de los sordomudos que no saben leer ni escribir.

La fr. I de la norma legal se refiere a los menores de edad, es decir, aquellos que no han cumplido 18 años, según el a. 646 CC. En lo que dice en relación con la fr. II, es de destacar la excepción establecida por el a. 1307 CC, según la cual tiene capacidad para testar el demente cuando se halla en intervalo lúcido. La fr. III, declara incapaces a los sordomudos que no saben leer ni escribir; debe interpretarse, a *contrario sensu*, que son capaces los sordomudos que saben leer o escribir. En cuanto a la fr. IV, tanto la embriaguez como el uso de drogas enervantes, deben ser calificadas; o sea que no cualquier embriaguez es causa de incapacidad, sino que la norma comprende solamente al ebrio consuetudinario; la drogadicción, debe ser habitual, y el uso de drogas "inmoderado".

El tutor es el representante legal del incapaz que no está sometido a patria potestad; las consecuencias de los actos que el tutor realice, en nombre y representación del incapaz recaerán en el patrimonio de este último.

Aunque ubicada en el título referente a la tutela, la norma legal que establece las incapacidades trasciende la materia propia de la institución tutelar: su alcance es general, ya que establece quién es incapaz para la ley. Su contenido es de interpretación estricta —puesto que la regla es la capacidad— y no puede, por tanto, ser ampliado por analogía o por mayoría de razón.

C.G.M.

**ARTÍCULO 451.** Los menores de edad emancipados por razón del matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro.

Si una mujer de 14 años o un varón de 16 años contraen matrimonio, quedan emancipados por obra de la ley; es decir, cesa a su respecto la patria potestad o la tutela. Pero no adquieren la autodeterminación absoluta hasta su mayoría de edad: 18 años cumplidos.

Los menores de edad emancipados por causa del matrimonio necesitan autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de sus bienes raíces; y necesitan un tutor para comparecer en juicio (a. 643). La autorización judicial, no suple la voluntad del menor de edad, no se sustituye a ésta, sino que la complementa, formando un todo complejo. Por este motivo, la doctrina distingue entre la representación y la autorización. (Ver comentarios a los aa. 641 y 643).

C.G.M.

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

La tutela es una institución jurídica de derecho necesario, ya que la voluntad individual no juega un papel decisivo en su constitución. Las relaciones entre tutor y pupilo no se crean, modifican o extinguen en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Tanto el tutor como el curador o el juez que conoce de la tutela, cumplen deberes y ejercen poderes en función de una situación jurídica, que la ley ha tomado en cuenta para llamarlos al cumplimiento de las funciones tutelares. El tutor, al serle discernido su cargo, asume facultades y deberes regulados por la propia ley. Y queda investido de esas facultades y deberes por determinación expresa de la ley. Por la misma razón, el tutor no puede eximirse por su sola voluntad, de los deberes a su cargo, que emanan del ordenamiento jurídico de la tutela: ésta no es transmisible, ni es renunciable salvo por causas legítimas y es permanente, o sea que dura mientras el fin al que sirve así lo exija (salvo la excepción prevista por el a. 466, *in fine*).

La ley califica de "interés público" al ejercicio de la tutela, por los fundamentos de solidaridad social y de consecución del bien común que presiden toda su normación. Por eso se le impone al tutor una conducta a seguir, superior a su interés y conciencia subjetivas, en razón del auxilio y protección que los miembros más fuertes y capaces de la sociedad deben a los más débiles e incapaces (Rodríguez Arias Bustamente, L., *La tutela*, Barcelona, Bosch, 1954, pp. 22-31).

C.G.M.

**ARTÍCULO 453.** El que se rehusare sin causa legal a desempeñar el cargo de tutor, es responsable de los daños y perjuicios que de su negativa resulten al incapacitado.

Siendo la tutela un cargo de interés público, nadie puede rehusar su cumplimiento, sin causa legítima. De acuerdo a los principios generales, cada uno es

responsable del daño que cause a otro, no sólo por sus actos, sino también por sus omisiones o negligencias. Este precepto sanciona el hecho negativo de no asumir un deber impuesto por la ley. El legislador no puede determinar casuísticamente todas las consecuencias posibles de la falta; por lo tanto, establece una noción general de responsabilidad, dejando librado al juez el cuidado de determinar el monto de los daños y perjuicios y ordenar la reparación. Esta regla significa una aplicación del principio general de conducta *neminem laedere*, no dañar a otro. Por "daños y perjuicios" ha de entenderse no sólo la pérdida sufrida (daño emergente), sino también la ganancia que haya dejado de percibirse (lucro cesante) y, si correspondiere —en concepto del juez, previas las pruebas conducentes— el daño moral que se pudiere haber infligido al incapaz.

C.G.M.

#### ARTÍCULO 454. La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos en este Código.

La organización de la institución de la tutela sufre algunas variantes, según las diversas legislaciones. Estas han sido agrupadas por la doctrina en dos corrientes principales:

1) la *tutela de familia*, iniciada por el Código Napoleónico y a la que se adscriben numerosas legislaciones del área latina. Este tipo de tutela comprende diversos órganos: un tutor, un protutor y un consejo de familia presidido por el juez de paz.

2) la *tutela de autoridad*, originada en el derecho germano. En este sistema el tutor está sometido a un organismo judicial especializado y a la vigilancia de organismos locales de carácter público. El CC para el DF se inscribe en este sistema, puesto que el tutor se sujeta al control del juez de lo familiar y del Consejo Local de Tutelas.

C.G.M.

#### ARTÍCULO 455. Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos.

La tutela es una institución jurídica subsidiaria de la patria potestad, de naturaleza *cuasi familiar*. Sería desde todo punto de vista inconveniente que las múltiples funciones que desempeña el tutor (y el curador, dentro de su competencia), se diluyeran en más de una persona. El carácter unitario de la institución

de la tutela permite una acción coherente, dirigida a los fines de la mejor protección de la persona y de los bienes del incapaz.

C.G.M.

**ARTÍCULO 456.** El tutor y el curador pueden desempeñar respectivamente la tutela o la curatela hasta de tres incapaces. Si éstos son hermanos, o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un curador a todos ellos, aunque sean más de tres.

El principio de unidad de la tutela, que rige con respecto a las personas del tutor y del curador, no se aplica con relación a los pupilos, que pueden ser hasta tres, o más de tres, si tienen intereses personales o materiales entre sí. El tutor está investido de la facultad (que es a la vez obligación) de representación del menor, en los casos de la vida civil.

Si los incapaces son hermanos, coherederos o legatarios de una misma persona, tendrán intereses materiales en común, que requerirán de una representación y administración asimismo comunes. En el caso de los hermanos, que suele darse preponderantemente en la tutela de menores de edad, existen conveniencias de unidad de domicilio, de educación y de preservación del afecto familiar, valores éstos de orden superior, que se realizan mejor mediante la sujeción de los incapaces al poder tutelar de una sola persona.

C.G.M.

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

Este precepto se refiere a una situación excepcional en el ejercicio de la tutela: la existencia de oposición de intereses entre incapacitados sometidos a la misma tutela. Quienes tienen intereses opuestos no podrán ser defendidos y representados —en el ámbito específico de esos intereses— por una misma persona; en consecuencia, el juez nombrará un tutor especial, para la sustanciación del conflicto de intereses. En la aplicación de los principios generales que rigen la tutela, el tutor especial estará sujeto a la misma responsabilidad del tutor normal, aunque su mandato sea limitado; deberá desempeñarse en su actuación

con la diligencia de un buen padre de familia, so pena de incurrir en responsabilidad que se traduzca en la indemnización de daños y perjuicios.

C.G.M.

**ARTÍCULO 458.** Los cargos de tutor y de curador de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta, o dentro del cuarto grado de la colateral.

La tutela, si bien no es un cargo público, es un cargo de interés público; el tutor tiene potestades y facultades minuciosamente reglamentadas por la ley y está sujeto a control de los demás órganos de la tutela (curador, juez de lo familiar, Consejo Local de Tutelas). La función de contralor que debe desempeñar el curador se vería desvirtuada si ambas competencias (la del curador y la del tutor) se fusionaran en una misma persona, o en personas ligadas por parentesco. La función tutelar se asemeja, en este punto, a la de los organismos públicos, que reposan sobre el principio de estricta delimitación de competencias y sobre contralores estrictos.

C.G.M.

**ARTÍCULO 459.** No pueden ser nombrados tutores o curadores las personas que desempeñen el Juzgado de lo Familiar y las que integren los Consejos Locales de Tutelas; ni los que estén ligados con parentesco de consanguinidad con las mencionadas personas, en la línea recta, sin limitación de grados, y en la colateral dentro del cuarto grado inclusive.

Ver comentario al artículo anterior.

C.G.M.

**ARTÍCULO 460.** Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un capacitado a quien deba nombrarse tutor, su ejecutor testamentario y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar (sic.) dentro de ocho días, a fin de que se provea a la tutela, bajo

la pena de veinticinco a cien pesos de multa.

Los jueces del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de dar aviso a los jueces pupilares (sic.) de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

La protección de un incapaz no puede admitir interrupciones. Este precepto impone, en primer lugar y en caso de testamentaria, al albacea, la obligación de poner en marcha los mecanismos tendentes al nombramiento de tutor. En caso de intestado, la responsabilidad recae sobre los parientes y aun sobre los terceros, siempre que hayan vivido con el incapaz. Es de tener en cuenta que, en caso de que los obligados fuesen omisos en el cumplimiento de lo preceptuado, cualquier persona podría denunciar la situación al MP, a fin de que éste actuase lo necesario para promover ante el juez la designación de tutor.

Debe tenerse en cuenta que los jueces de lo familiar por reforma de 24 de marzo de 1971, asumieron las funciones que antes correspondían a los jueces pupilares.

C.G.M.

**ARTÍCULO 461. La tutela es testamentaria, legítima o dativa.**

Ver comentarios a los aa. 470, 482, 483 y 495.

C.G.M.

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

La regla general es la capacidad, tanto de goce como de ejercicio, de las personas; la incapacidad es la excepción; en consecuencia, para que alguien sea declarado incapaz y sometido a tutela, se requiere la garantía del previo proceso legal. El procedimiento para la declaración de incapacidad está legislado en los aa. 902 a 905 del CPC. Este cuerpo legal exige que toda incapacidad por causa de demencia se sustancie en juicio ordinario. La declaración de minoridad, en cambio, se hará de plano, si se acompaña la respectiva acta del registro civil o —de faltar la misma— mediante una probanza sumaria.

Aunque el CPC solamente se refiere a las incapacidades por minoridad (a.

903) y por demencia (a. 904), de la armonización del CC con el CPC debe concluirse que las declaraciones de incapacidad por las causales de las frs. III y IV del a. 450 del CC (sordomudos que no saben leer ni escribir; ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes) deben declararse como resultado de un juicio ordinario: siendo la incapacidad un estado de excepción, su declaración debe ameritar las máximas garantías.

C.G.M.

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

La remoción de la tutela se remonta al derecho romano; Ulpiano, en el *Digesto*, manifiesta que ya existía en las XII Tablas. En aquella época se trataba de una acción infamante de efectos graves. Las reglas del derecho romano pasaron, en forma muy similar, a las Leyes de Partidas.

Las legislaciones modernas han suprimido las penas infamantes. De cualquier forma la remoción constituye una sanción para el tutor o para el curador, ya que las causales en las que se basa implican actos dolosos o negligencias culpables, o bien omisiones en el buen desempeño de su función (a. 504 CC).

La connotación punitiva que tal remoción lleva consigo, requiere de todas las garantías del proceso contencioso, donde el demandado tenga las oportunidades que determine la ley para articular sus defensas. El a. 914 del CPC dice expresamente que los tutores y curadores no pueden ser removidos por acto de jurisdicción voluntaria.

C.G.M.

### **ARTÍCULO 464. El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordo-mudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas enervantes, estará sujeto a la tutela de menores, mientras no llegue a la mayor edad.**

Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores.

Generalmente el menor de edad que adolece de alguna causa de incapacidad natural distinta de la minoridad, está sujeto a patria potestad. Dentro de la relación familiar constituida, la protección y la ayuda para superar la incapaci-

dad encuentran su ámbito natural. En estos casos, no es necesario **organizar** ningún sistema especial.

En ausencia de la relación familiar, entrará a suplir a la misma la tutela del menor, cuyo fin primordial será encarar la rehabilitación y/o curación del menor incapacitado. En caso de persistir la incapacidad, una vez cumplida la mayoría de edad, se deberá proveer a una nueva tutela. Nada impide que el tutor y el curador sean los mismos que desempeñaron esa función durante la menor edad del incapaz.

C.G.M.

**ARTÍCULO 465.** Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se les proveerá de tutor.

Ver los comentarios a los aa. 414 y 447.

C.G.M.

**ARTÍCULO 466.** El cargo de tutor del demente, idiota, imbecil, sordo-mudo, ebrio consuetudinario y de los que habitualmente abusen de las drogas enervantes, durará el tiempo que subsista la interdicción, cuando sea ejercitado por los descendientes o por los ascendientes. El cónyuge sólo tendrá obligación de desempeñar ese cargo mientras conserve su carácter de cónyuge. Los extraños que desempeñen la tutela de que se trata, tienen derecho de que se les releve de ella a los diez años de ejercerla.

Uno de los caracteres de la tutela, es el ser permanente; o sea que subsiste durante el tiempo en que persista la incapacidad del tutelado, salvo que sobrevenga alguna causa especial de cesación de la tutela.

La institución familiar ofrece mayor confianza al legislador, para el desempeño de las funciones tutelares: no existe dentro de ella un mero vínculo obligatorio, sino que la cohesión familiar determina un fin superior a la conveniencia individual, basado en el natural afecto derivado del vínculo de parentesco o del lazo conyugal.

De ahí que la norma legal designe para el desempeño de los cargos tutelares a las personas que, presumiblemente, tienen mayor interés en proteger la vida y el patrimonio del incapaz: los parientes y, dentro de éstos, los más próximos son

preferidos a los más alejados. (Rodríguez Arias Bustamante, L., *La tutela*, Barcelona, Bosch, 1954, pp. 25 y 53). Por ser la tutela un cargo obligatorio (a. 452), los terceros que no son parientes del incapaz tienen derecho a que se les releve, una vez cumplidos diez años del desempeño de su cometido.

C.G.M.

**ARTÍCULO 467.** La interdicción de que habla el artículo anterior no cesará sino por la muerte del incapacitado o por sentencia definitiva, que se pronunciará en juicio seguido conforme a las mismas reglas establecidas para el de interdicción.

Del mismo modo que la sentencia que declare la incapacidad —consiguiente interdicción de una persona— la que levante la interdicción será pronunciada en un juicio ordinario (a. 904 CPC). La protección del incapaz y de la sociedad exige el mayor rigor probatorio para determinar la cesación de la causa de incapacitación; esa garantía proporcionan los sucesivos actos procesales del juicio ordinario.

C.G.M.

**ARTÍCULO 468.** El Juez de lo Familiar del domicilio del incapacitado, y si no lo hubiere, el juez menor, cuidará provisionalmente de la persona y bienes del incapacitado, hasta que se nombre tutor.

El juez de lo familiar ha sido configurado por la legislación como un verdadero órgano de la tutela, y su intervención ha de tener un carácter activo. En cuanto el juez menor, (léase juez de paz), ha sido considerado —en defecto del juez de lo familiar— por su proximidad con el caso concreto, para adoptar las medidas de carácter urgente.

Ambos están obligados a ejercer la tutela provisional, hasta que se designe tutor. Si no lo hicieren, podrían incurrir en responsabilidad y, eventualmente, serán responsables de los daños que por esa causa sobrevengan a los incapaces. (Lete del Río, José M., *La responsabilidad de los órganos tutelares*. España, Valladolid, 1965, pp. 204-205).

C.G.M.

**ARTÍCULO 469.** El juez que no cumpla las prescripciones relativas a la tutela, además de las penas en que incurra conforme a las leyes, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces.

Este precepto establece, con respecto al juez, una doble responsabilidad: la de orden penal, para lo cual se remite a las leyes respectivas; o sea que habrá que analizar la conducta del juez para determinar si se ajusta a algún tipo delictivo previsto en el CP o en leyes especiales; la de orden civil, que se traduce en la reparación de daños y perjuicios.

Para que la responsabilidad sea exigible, será necesario que el juez conozca el hecho que da lugar a la tutela, que —conociéndolo— descuide constituir la por negligencia, que no controle el desarrollo de la misma, o que incurra en acciones u omisiones de cualquier orden que irroguen perjuicios a la persona o a los bienes del incapaz.

Como la ley no distingue, debemos entener que la responsabilidad por daños y perjuicios se debe tanto por actos dolosos como culposos del funcionario judicial. La responsabilidad abarca el daño emergente, el lucro cesante y —si se diera el caso— el daño moral.

C.G.M.

## **CAPITULO II**

### **De la tutela testamentaria**

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

El a. 461 dispone que la tutela puede ser testamentaria, legítima o dativa. A la tutela testamentaria se refiere el capítulo II del título IX del libro segundo del CC.

De acuerdo con lo establecido en los aa. 1295, 1378, 1379 y 1600 en un testamento no sólo se puede disponer de “bienes y derechos”, sino también “declarar o cumplir deberes” para después de la muerte del testador. En la tutela testamentaria no existe disposición de bienes ni derechos. El legislador le ha dado a la tutela testamentaria un tratamiento de excepción en los aa. 503 fr. VIII, 520 fr. I y 585 aunque establece igual tratamiento que a los demás tutores cuando se

Corresponde en forma preferente el ejercicio de la tutela legítima a los hermanos del menor, siempre que tengan la debida capacidad para desempeñar el cargo.

Si se trata de hermanos de doble conjunción o de medios hermanos, se preferirá a los que lo sean por ambas líneas.

No hace distinción alguna el legislador entre hermanos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

A falta de hermanos deberán desempeñar la tutela legítima del menor los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

Excepcionalmente el legislador admite la intervención de los colaterales en las relaciones de familia, y cuando lo hace limita su actividad sólo hasta el cuarto grado. --p.e. en materia de alimentos y en la sucesión legítima los aa. 305 y 1634, limitan su presencia sólo hasta el cuarto grado.

No señala este artículo en su fr. II un orden de precedencia entre los colaterales de los distintos grados, como lo hace invariablemente el código en todas las categorías de parientes, entre otros, en los aa. 303, 304, 305, 490, 1300, 1369, 1604, 1634 donde los de grado más próximo, excluyen a los más lejanos.

¿Ha modificado en esta oportunidad el legislador este principio general, o por el contrario lo ha reafirmado una vez más?

Dos opiniones pueden sustentarse al respecto, mismas que serán analizadas en el comentario al artículo siguiente.

L.C.P.

**ARTÍCULO 484.** Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.

Al comentar el artículo anterior se hacía presente que la fr. II no señala un orden de precedencia entre los colaterales de los distintos grados como lo hace el legislador en todas las categorías de parientes, donde los de grado más próximo excluyen a los más remotos.

El a. 484 no aclara la duda surgida al respecto, ¿Ha modificado en esta oportunidad el legislador este principio general, o por el contrario lo ha reafirmado una vez más?

Dos opiniones pueden sustentarse al respecto:

1) Del contexto del artículo anterior y del que se comenta, parecería desprenderse que no ha habido cambio de criterio pues el derecho de opción que pueden ejercer el juez o el menor que ha cumplido dieciséis años se referiría a los colaterales del mismo grado, pero no a los de distintos grados, lo que haría suponer que tendrían preferencia los más próximos en grado.

¿Si el cónyuge que sobrevive contrae nuevas nupcias, conserva la facultad de designar tutor testamentario a sus hijos del anterior matrimonio? Al parecer la madre puede hacerlo, porque los aa. 445 y 446 disponen que en ese supuesto no pierde la patria potestad sobre sus hijos y no la ejerce sobre ellos el nuevo marido.

Nada dispone la ley con respecto al padre, pero puede llegarse a la misma conclusión por analogía.

L.C.P.

**ARTÍCULO 471. El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.**

La designación de tutor testamentario impide que entren a ejercer la patria potestad los ascendientes de ulterior grado. ¿Cuáles son estos? Sin duda alguna, los abuelos. Sólo a ellos se les puede privar del ejercicio de la patria potestad. En ningún caso a los progenitores.

¿Qué clase de abuelos? Los de los hijos de matrimonio que enumeran las frs. II y III del a. 414, en concordancia con el 418.

Respecto a los hijos habidos fuera de matrimonio los aa. 415, 416 y 417 disponen que la patria potestad sobre esos hijos deben desempeñarla sólo los progenitores. En cuanto a los abuelos, estas disposiciones simplemente los ignoran.

Constituye esto, una razón más para considerar que la designación de tutor testamentario, sólo procede con respecto a los hijos de matrimonio.

De la lectura del a. 471 parece desprenderse que la simple designación de un tutor testamentario, excluiría de pleno derecho a los abuelos. Sin embargo, el a. 472 parece desmentir lo anterior, porque permite eludir con suma facilidad la exclusión de los abuelos.

L.C.P.

**ARTÍCULO 472. Si los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela.**

La duración de la tutela testamentaria puede ser temporal o definitiva. Será

temporal cuando sólo tenga por objeto reemplazar a un ascendiente incapacitado o ausente, en cuyo caso una vez que cese el impedimento o se presente el ascendiente, cesará la tutela. Será definitiva cuando se haya dispuesto expresamente en el testamento que continúe.

Esta disposición viene a confirmar el comentario al a. 471.

L.C.P.

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

Para que proceda la designación de tutor testamentario según este artículo, se requiere:

1. Que en un testamento se dejen bienes, ya sea por herencia o legado a un incapaz. La disposición testamentaria puede consistir en una herencia o en un legado.

La designación de tutor puede hacerla también un menor de edad siempre que tenga capacidad para testar, la que se adquiere a los dieciséis años cumplidos según lo dispone el a. 1306. No podrá hacerlo en un testamento ológrafo porque el a. 1551 dispone que sólo pueden testar por este medio los mayores de edad.

La designación de tutor podrá hacerse en el mismo testamento en que se instituye heredero o legatario al incapacitado, o en otro posterior, pues la ley no lo impide. Si se hace en otro posterior, el testador debe expresar en este su voluntad de que el anterior subsista, porque de no hacerlo se entenderá revocado, pues así lo dispone el a. 1494.

2. El incapaz no debe estar sujeto a la patria potestad del testador ni de ninguna otra persona. Al parecer tampoco debe estar sujeto a tutela, porque el a. 455 dispone que ningún incapaz puede tener más de un tutor definitivo. No podría pues el testador designarle otro.

El legislador se refiere en forma genérica a los incapaces en el a. 473 y son aquellos que enumera el a. 450. ¿Se aplica a todos ellos el artículo que se comenta?

Podría válidamente sostenerse que esta disposición sólo es aplicable a los menores de edad no sujetos a patria potestad ni a tutela, por las siguientes razones:

a) porque las personas enumeradas en las frs. II, III y IV del a. 450, sólo podrán considerarse incapacitados cuando se les haya declarado en estado de interdicción. Nunca antes, ni el testador ni ninguna otra persona podrá darles legalmente el calificativo de incapacitados por disponerlo así el a. 462.

b) Porque si el juez los ha declarado en estado de interdicción debe haberles dado también un tutor y en tal caso el testador no podría designarles otro porque el a. 455 lo prohíbe.

3. El tutor testamentario sólo podrá administrar los bienes que le deje el testador. Es curiosa esta disposición, porque no existe en la legislación mexicana la tutela de administración.

Las tres áreas que comprende la tutela, según el a. 537 son: el cuidado de la persona del incapacitado, su representación legal y la administración de sus bienes.

El tutor testamentario sólo puede desempeñar una de dichas funciones: la administración de los bienes del incapacitado. ¿Habría que designarle otro tutor para que se haga cargo de las demás funciones que no puede desempeñar el tutor testamentario? Ello sería contrario al a. 455. Posiblemente el juez podría solucionar este problema, si en uso de las facultades que le otorga el a. 479 hace extensivo al tutor testamentario los demás atributos de la tutela, que le niega el a. 473.

L.C.P.

**ARTÍCULO 474.** Si fueren varios los menores podrá nombrárseles un tutor común, o conferirse a persona diferente la tutela de cada uno de ellos, observándose, en su caso, lo dispuesto en el artículo 457.

Este artículo especifica que si se trata de varios menores puede nombrárseles un tutor común, o conferirse a personas diferentes la tutela de cada uno de ellos. Si existieren intereses contrapuestos, se observará lo que dispone al efecto, el a. 457.

Al referirse este artículo exclusivamente a los menores, ¿estará confirmando acaso el texto del artículo anterior, en el sentido de que sólo es aplicable a los menores?

L.C.P.

**ARTÍCULO 475.** El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

La madre, en su caso, podrá hacer el nombramiento de que trata este artículo.

De acuerdo a lo establecido en el a. 489, a los padres les corresponde asumir la tutela legítima de sus hijos declarados en estado de interdicción, cuando éstos sean solteros o viudos y no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela.

Si ambos progenitores tienen aptitud legal para ejercer el cargo, deberán ponerse de acuerdo sobre cuál de ellos lo ejercerá.

Podrán los padres que ejercen la tutela legítima de sus hijos incapacitados, designarles tutor testamentario, sólo cuando hubieren sido declarados en estado de interdicción por "incapacidad intelectual".

Si la tutela la desempeña el padre, puede designarle tutor testamentario al hijo, cuando la madre ha fallecido o no puede desempeñar el cargo.

Igual derecho tendrá la madre si a ella le hubiere correspondido asumir la tutela.

L.C.P.

#### **ARTÍCULO 476. En ningún otro caso hay lugar a la tutela testamentaria del incapacitado.**

Esta disposición limita el derecho de designar tutor testamentario a los cuatro casos que contiene este capítulo.

Se presenta no obstante una duda; el artículo que se comenta emplea la expresión "incapacitado", que corresponde a la misma que usa el supuesto previsto en el a. 475. ¿Se refiere sólo a este artículo la disposición que se comenta o se aplica a todos los casos previstos en este capítulo? En este último supuesto habrá que concluir, que la disposición que comentamos se encuentra mal ubicada, pues el a. 481 colocado al final del capítulo, contiene un caso más en que procede la designación de tutor testamentario.

L.C.P.

#### **ARTÍCULO 477. Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien substituirán los demás, por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción.**

Se trata de tutores substitutos que vendrán a reemplazar a los nombrados por el testador en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción de ellos.

Dispone el a. 455 que sólo puede nombrarse un tutor definitivo, de modo que si en el testamento se designan varios tutores no podrán desempeñar la tutela simultáneamente. Si no se ha establecido un orden de precedencia, desempeña-

rá la tutela el primer nombrado y así sucesivamente le substituirán los demás, por el orden de su nombramiento.

L.C.P.

**ARTÍCULO 478.** Lo dispuesto en el artículo anterior no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.

Si el testador designa el orden en que los tutores substitutos deben sucederse en el desempeño de la tutela, se estará a lo dispuesto por él.

L.C.P.

**ARTÍCULO 479.** Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes, a no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas.

La ley faculta al testador para establecer limitaciones, condiciones y reglas para la administración de la tutela. Ellas deben observarse siempre que no sean contrarias a las leyes. Sin embargo, cuando el juez las estime dañosas a los menores, podrá dispensarlas o modificarlas, oyendo previamente al tutor y al curador.

Entre las muchas disposiciones, sobre esta materia, que se encuentran dispersas en el título IX del libro I, podemos citar:

1) puede el testador designar tutor, a un deudor del incapacitado, en cantidad considerable, a pesar de la prohibición que establece la fr. VIII del a. 503 siempre que lo haga con conocimiento de la existencia de la deuda, debiendo declararlo así expresamente en el testamento;

2) puede relevar al tutor testamentario de la obligación de dar garantía, según lo dispone el a. 520 en su fr. I, con la salvedad que señala el 521;

3) puede el testador fijar la retribución del tutor testamentario, de acuerdo con lo establecido en el a. 585, siempre que ella se encuentre dentro de los límites que señala el a. 586.

De acuerdo con lo establecido en el a. 548 el testador no puede dispensar al tutor testamentario, de la obligación de hacer inventarios.

No obstante lo dicho, es necesario considerar que la ley otorga a los jueces de lo familiar amplias atribuciones en todos los asuntos relativos a la tutela. El a.

633 dispone que son las autoridades exclusivamente encargadas de intervenir en los asuntos relativos a la tutela, y el a. 1303 les faculta para interpretar las disposiciones testamentarias con la amplitud que en dicha norma se señala.

L.C.P.

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

El nombramiento de tutor interino de los menores, en los supuestos que señala el a. 480 recaerá:

- 1) en los parientes mencionados en el a. 483;
- 2) a falta de estos parientes, de acuerdo con lo establecido en la fr. II del a. 495, el tutor interino será designado por el juez.

L.C.P.

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

En el ejercicio de este derecho podrán los adoptantes hacer uso de la facultad que les otorga el artículo que se comenta y las demás disposiciones de este capítulo que fueren aplicables al caso. Para ello es necesario distinguir tres situaciones, a saber: que se trate de un solo adoptante (a. 390); que un matrimonio adopte a un hijo ajeno (a. 391); o que uno de los cónyuges adopte al hijo del otro cónyuge (a. 403).

En cualquiera de estos tres casos los adoptantes deben estar ejerciendo la patria potestad sobre su hijo adoptivo, en uso de la facultad que les otorgan los aa. 403 y 419.

Si se trata de un solo adoptante, el derecho de nombrar tutor testamentario al menor se fundará en el a. 481.

Si ambos cónyuges han adoptado a un hijo ajeno, la designación de tutor la hará el cónyuge que sobreviva por aplicación de lo dispuesto en los aa. 470 y 481.

Cuando uno de los cónyuges ha adoptado al hijo de su cónyuge y el que

sobrevive es el adoptante, a él le corresponderá designar al tutor de acuerdo con los aa. 470 y 481; pero si el que sobrevive es el progenitor, él hará la designación y se fundamentará su derecho en lo que dispone el a. 470.

Con la designación de un tutor testamentario quedarán excluidos del ejercicio de la patria potestad los ascendientes de ulterior grado del hijo adoptivo, quienes según el a. 403 conservan los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural.

Al hacer la designación de tutor testamentario, es necesario tener presente lo que dispone el a. 472 si se quiere excluir en forma definitiva a los ascendientes de ulterior grado.

L.C.P.

### **CAPITULO III** **De la tutela legítima de los menores**

**ARTÍCULO 482.** Ha lugar a tutela legítima:

I.—Cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni tutor testamentario;

II.—Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

Los capítulos III, IV y V del título IX del libro I, contienen un conjunto de disposiciones sobre la tutela legítima de los menores, los interdictos y expósitos.

A la tutela legítima de los menores se refieren los aa. 482 a 485.

Dos situaciones considera el a. 482:

1) menores que carecen de representante legal. Si no hay quien ejerza la patria potestad sobre el menor y no se le ha nombrado tutor testamentario, se le designará un tutor legítimo.

2) hijos menores de los divorciados. Si el juez que conoce de un juicio de divorcio resuelve privar a los progenitores del ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos y no hay ascendientes que puedan desempeñarla, el juez deberá designarles un tutor. La ley del 27 de diciembre de 1983, que modificó el a. 283 del CC, facultó a los jueces para proceder en esta forma.

En los casos de ausencia, el a. 651 dispone que puede designarse tutor legítimo a los hijos del ausente.

L.C.P.

**ARTÍCULO 483.** La tutela legítima corresponde:

I.—A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;

II.—Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

Corresponde en forma preferente el ejercicio de la tutela legítima a los hermanos del menor, siempre que tengan la debida capacidad para desempeñar el cargo.

Si se trata de hermanos de doble conjunción o de medios hermanos, se preferirá a los que lo sean por ambas líneas.

No hace distinción alguna el legislador entre hermanos nacidos dentro o fuera del matrimonio.

A falta de hermanos deberán desempeñar la tutela legítima del menor los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

Excepcionalmente el legislador admite la intervención de los colaterales en las relaciones de familia, y cuando lo hace limita su actividad sólo hasta el cuarto grado. --p.e. en materia de alimentos y en la sucesión legítima los aa. 305 y 1634, limitan su presencia sólo hasta el cuarto grado.

No señala este artículo en su fr. II un orden de precedencia entre los colaterales de los distintos grados, como lo hace invariablemente el código en todas las categorías de parientes, entre otros, en los aa. 303, 304, 305, 490, 1300, 1369, 1604, 1634 donde los de grado más próximo, excluyen a los más lejanos.

¿Ha modificado en esta oportunidad el legislador este principio general, o por el contrario lo ha reafirmado una vez más?

Dos opiniones pueden sustentarse al respecto, mismas que serán analizadas en el comentario al artículo siguiente.

L.C.P.

**ARTÍCULO 484.** Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección.

Al comentar el artículo anterior se hacía presente que la fr. II no señala un orden de precedencia entre los colaterales de los distintos grados como lo hace el legislador en todas las categorías de parientes, donde los de grado más próximo excluyen a los más remotos.

El a. 484 no aclara la duda surgida al respecto, ¿Ha modificado en esta oportunidad el legislador este principio general, o por el contrario lo ha reafirmado una vez más?

Dos opiniones pueden sustentarse al respecto:

1) Del contexto del artículo anterior y del que se comenta, parecería desprenderse que no ha habido cambio de criterio pues el derecho de opción que pueden ejercer el juez o el menor que ha cumplido dieciséis años se referiría a los colaterales del mismo grado, pero no a los de distintos grados, lo que haría suponer que tendrían preferencia los más próximos en grado.

Íntimamente relacionado con estas disposiciones, el a. 490 establece que a falta de otros parientes, la tutela será desempeñada “sucesivamente” por las personas que allí se indican entre las cuales se encuentran los colaterales que señalan los aa. 483 y 484. La expresión “sucesivamente” establece un orden de precedencia aplicable también a los grados de parentesco de los colaterales, a quienes no se excluye sino que por el contrario se les comprende en la enumeración.

2) la tesis contraria se fundamenta en la interpretación gramatical de los aa. 483 fr. II y 484, según la cual si el legislador no distingue no le es lícito al intérprete distinguir. Y agregan que si bien es cierto que el código señala un orden de precedencia entre los colaterales, en materia de sucesiones, no debe ocurrir lo mismo cuando se trata de la tutela, porque siendo esta una función de confianza y de interés social, puede ser más apto para su ejercicio un colateral del cuarto grado no obstante existir uno de tercero.

De acuerdo con lo establecido en el a. 484, si la elección del tutor la hace el juez, debe elegir entre los colaterales del mismo grado, al que le parezca más apto para el cargo.

No rige esta limitación para el menor que hubiere cumplido dieciséis años cuando a él le corresponda hacer la elección.

L.C.P.

#### **ARTÍCULO 485. La falta temporal del tutor legítimo, se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.**

El a. 455 dispone que ningún incapaz puede tener al mismo tiempo más de un tutor definitivo, pero el a. 449 establece que la tutela puede tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

Estos casos especiales los señalan entre otros, los aa. 480, 512, 532 y el que comentamos.

De acuerdo con lo establecido en el a. 485, en la tutela legítima de los menores, si falta temporalmente el tutor definitivo, el nombramiento del tutor interino debe recaer también en uno de los hermanos del pupilo o en alguno de sus parientes colaterales, dentro del cuarto grado.

**CAPITULO IV**  
**De la tutela legítima de los dementes, idiotas,**  
**imbéciles, sordo-mudos, ebrios y de los que**  
**habitualmente abusan de las drogas enervantes**

**ARTÍCULO 486.** El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido.

El capítulo IV del título IX del libro I se refiere a la tutela legítima del cónyuge, de los hijos y de los padres, que hayan sido declarados en interdicción.

Los cónyuges están obligados a socorrerse y auxiliarse mutuamente. Entre estos deberes recíprocos el a. 486, destaca uno de los más relevantes: el cónyuge sano debe actuar como tutor legítimo y forzoso del otro que haya sido declarado en interdicción, obligación que se prolonga mientras conserve su situación de cónyuge, por así disponerlo el a. 466.

Con respecto a los bienes de los cónyuges y de la sociedad conyugal el tutor debe observar las normas que le señalan los aa. 568, 581 y 582.

El a. 904 fr. II, inciso b) del CPC del DF dispone, que como diligencias preparatorias en el juicio de interdicción, se deben poner los bienes del presunto incapacitado bajo la administración de un tutor interino y los de la sociedad conyugal, si la hubiere, quedarán bajo la administración del otro cónyuge.

Tiene importancia esta disposición porque consagra la figura jurídica de la "administración extraordinaria de la sociedad conyugal", que no prevé la legislación sustantiva y que en algunos códigos se describe como el traspaso de la administración de la sociedad conyugal al otro cónyuge, cuando por circunstancias especiales, como la ausencia o la incapacidad del cónyuge administrador, se hace necesario ese traslado.

L.C.P.

**ARTÍCULO 487.** Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos.

Sólo pueden desempeñar el cargo los hijos mayores de edad. No podría desempeñarlo un menor emancipado porque la ley exige que el tutor sea mayor de edad, al igual que lo hace el a. 1551 con respecto al testamento ológrafo. Por lo demás, en varias disposiciones del código se consideran como figuras jurídicas distintas, la mayoría de edad y la emancipación, como ocurre en los aa. 438 fr. I, 442, 443, 605 y 731 fr. I.

Los hijos ejercerán la tutela sobre su padre o madre viudos. Si fueren casados le correspondería preferentemente al cónyuge desempeñar la tutela.

¿Pueden los hijos ser tutores de sus progenitores solteros o divorciados? Si no

pueden hacerlo no podrían los hijos nacidos fuera de matrimonio ejercer la tutela sobre sus padres solteros.

No especifica el legislador si el padre o madre deben ser viudos del otro progenitor, o simplemente viudos.

¿Podría el hijo adoptivo desempeñar la tutela legítima de su padre o madre adoptivos? No se desprende del artículo que comentamos esta facultad, sino que por el contrario parece rechazarla, a pesar de lo establecido en los aa. 395 y 396 porque al referirse el legislador al “padre y a la madre”, está señalando a los progenitores. En cambio, podría el hijo adoptivo desempeñar la tutela legítima de su padre o madre biológicos porque el a. 403 establece que por la adopción no se extinguen los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural.

L.C.P.

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

El legislador señala un orden de preferencias, no sólo en la selección de los familiares de los incapacitados que pueden desempeñar la tutela legítima, sino también entre los llamados a ejercerla, cuando varios de ellos se encuentren legalmente capacitados para hacerlo.

De acuerdo con el sistema empleado por el legislador en esta materia, el a. 488 establece un orden de precedencia entre los hijos que pueden ejercer la tutela sobre el padre o madre incapacitados. Será preferido el que viva en compañía del incapacitado y si son varios los que se encuentran en el mismo caso, el juez elegirá entre ellos, al que considere más apto.

L.C.P.

**ARTÍCULO 489.** Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejercerá el cargo.

Este artículo fue modificado por medio de un decreto que aparece publicado en el DO del 9 de enero de 1954. El texto anterior era el siguiente: “El padre, y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela”.

Como puede observarse el texto originario decía: "...no tengan hijos...", la reforma suprimió la palabra "no".

No parece lógica tal supresión; se trata, al parecer, de un simple error que no ha sido corregido mediante una aclaración o una fe de erratas. Comentaremos pues este artículo de acuerdo con el sentido que originariamente le diera el legislador.

En la frase: "los padres son 'de derecho' tutores de sus hijos..." encontramos una facultad y una obligación. Los padres pueden reclamar para sí el ejercicio de la tutela sobre sus hijos, pero al mismo tiempo el legislador les impone el deber jurídico de asumir el cargo.

Debe tratarse de hijos mayores de edad, porque si fueren menores estarían sujetos a patria potestad o a tutela de acuerdo a lo establecido en el a. 464.

La tutela legítima sólo puede ejercerse sobre los hijos solteros o viudos porque si fueren casados, le correspondería a su cónyuge el ejercicio de la tutela.

L.C.P.

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

Al disponer el a. 490 que serán llamados "sucesivamente" a ejercer la tutela legítima los parientes que allí se indican, ha establecido un orden de precedencia entre ellos, que el juez deberá respetar al hacer la designación de tutor sustituto.

L.C.P.

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

Es una disposición novedosa y útil, porque deja sujetos a una misma tutela al incapacitado y a sus hijos menores, pero es oscura porque no especifica si el tutor designado al interdicto, será también de pleno derecho tutor de sus hijos, o si será necesario realizar de nuevo todos los trámites que establece la ley en la designación de tutores. En nuestra opinión debe interpretarse que será *ipso jure*, tutor de aquél y de éstos.

Contiene también este artículo una excepción a lo establecido en el capítulo III de este título IX, en lo referente al nombramiento de tutores legítimos de los menores, puesto que el tutor del padre interdicto, no es necesariamente hermano de los hijos de éste.

Debe tenerse en cuenta que esta disposición debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el a. 465 que a la letra dice: "Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se les proveerá de tutor".

Al parecer esta disposición es de aplicación general, en cambio el artículo 491 considera un caso de excepción, referido sólo a la tutela legítima.

L.C.P.

## CAPITULO V

### **De la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia**

**ARTÍCULO 492.** La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

No existe en la legislación civil un concepto claro de lo que debe entenderse por "expósito" ¿Se trata del niño abandonado a las puertas de un convento o de un asilo, o de una casa? De los aa. 65, 67 y 68 parece desprenderse que el legislador le da esa categoría legal al niño que carece de identidad y cuyo nacimiento no se encuentra inscrito en el registro civil. Confirma esta idea el a. 55 de la LN que dispone que se presume, mientras no exista prueba en contrario, que el niño expósito hallado en territorio mexicano ha nacido en éste. Se desprende de esta disposición que el niño debe carecer de identidad porque si la tuviere, se podría determinar fácilmente su condición de nacional o de extranjero.

Sin embargo, existen varias disposiciones en la legislación nacional que no le dan ese carácter, como ocurre con el a. 444 del CC que dispone que la patria potestad se pierde: fr. IV, por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos. Para que el Tribunal pueda sancionar a los padres con la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, éstos deben ser identificables. Situaciones parecidas contemplan los aa. 342 y 343 del CP.

Tutor legítimo del expósito será la persona que lo haya acogido. El a. 618 dispone que no se les designará curador.

Los aa. 378 y 397 fr. III contemplan casos de menores abandonados ¿podrían

las personas que los acogen desempeñar la tutela legítima de esos menores? La respuesta será afirmativa si se les considera expósitos.

En cuanto a si es procedente la designación de un tutor a personas que carecen de bienes, los aa. 500, 501, 502, 544 y 545, entre otros, disponen que es posible hacerlo y los aa. 535 y 618, disponen que no habrá necesidad de designarles curador.

Establece el a. 520 en su fr. IV que los tutores de los expósitos están exceptuados de dar garantía, siempre que los hayan alimentado y educado convenientemente por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

En suma les impone la ley mayores obligaciones que a los demás tutores no obstante que deben desempeñar gratuitamente el cargo en la mayoría de las veces.

L.C.P.

**ARTÍCULO 493.** Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos, con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento.

Desempeñarán el cargo de tutores de los menores a que se refiere esta disposición, los directores de dichos organismos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos de dichos establecimientos.

L.C.P.

**ARTÍCULO 494.** En el caso del artículo anterior, no es necesario el discernimiento del cargo.

El discernimiento, según se desprende de los aa. 519 del CC y 905, fr. V, 908 y 909 del CPC, es la resolución judicial mediante la cual el juez otorga al tutor la autorización necesaria para ejercer sus funciones, después que éste ha aceptado el cargo y en su caso otorgado la caución de su manejo.

Sólo se exime de esta obligación a los tutores que señala el a. 493 y no a los que contempla el a. 492.

L.C.P.