

## FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA TUTELA PLURAL Y VOLUNTARIA

*Por: Carlos Rendón Ugalde\**

---

\* Autor del libro titulado *La Tutela* (Porrúa, 2001). Ganador del concurso “Premio Colegio de Notarios del Distrito Federal”. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Iberoamericana y en la Universidad Marista. Actualmente se desempeña como abogado en la Notaría 239 del D.F. [rendon\\_ugalde@hotmail.com](mailto:rendon_ugalde@hotmail.com)

## 1. DATOS HISTÓRICOS

### 1.1. *Tutela plural*

#### 1.1.1. *Grecia*

Mencionaremos que en Grecia se reconocía a la madre tutriz (la *epakolouthetria* de los papiros), configurándose de esta manera una institución tutelar de índole múltiple, pues conjuntamente con el tutor designado podía nombrarse a la “tutriz adjunta” (quien era la madre del pupilo); ésta tenía el deber de cuidar la educación y salud de su hijo, mientras que el tutor designado velaba por el interés de la familia para conservar el patrimonio del pupilo a los presuntos herederos.

#### 1.1.2. *Roma*

“La pluralidad de tutores —apunta Eugene Petit— era muy frecuente entre los romanos pues el pupilo encontraba protección y garantías más completas.”<sup>1</sup>

Lo anterior tenía sus consecuencias, especialmente tanto para la *gestio* como para la *auctoritas*.

A) *Gestio*. Los tutores pueden quedar todos encargados de administrar, bajo su responsabilidad común. Pero como una buena gestión es, más que nada, hecho de uno solo, el pretor provee para que sólo uno administre, quedando entonces los otros como vigilantes de la gestión, y a este título responsables subsidiariamente.

Tratándose de tutores testamentarios nombrados después de información, uno de ellos puede ofrecer a los otros la caución *rem*

---

<sup>1</sup> Eugene Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, 12ª ed., Porrúa, México, 1995, p. 127.

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

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

- a) Por razón de naturaleza de los negocios, o
- b) Por circunscripciones territoriales cuando el pupilo posee bienes situados en diferentes distritos.

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

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

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

Estas reglas de la Época Clásica desaparecieron bajo Justiniano, quien decidió que la *auctoritas* de uno solo permitiera siempre, salvo algún acto grave, la adrogación del impúbero, y esto hacía cesar la tutela.

#### 1.1.2.1. *Crítica a Guillermo Floris Margadant*

Nos oponemos a la opinión de Guillermo Floris Margadant, cuando sostiene terminantemente que la madre del pupilo no podía ser tutriz, pero hay que distinguir. No ejercía efectivamente la patria potestad; pero intervenía en asuntos que se relacionaran con la salud o educación del pupilo.

Recordemos que el Derecho Helenístico reconocía la madre tutriz. Papiniano (D. 26, 2, 26 pr.) refleja la reacción del *ius nostrum* ante esta práctica mediante el recurso de hacer a la madre “tutriz adjunta” (la *epakolouthetria* de los papiros).

Hermogeniano (D. 26, 4, 10 pr.) se opone ya muy débilmente a esa práctica; a partir del siglo IV d. C. se admite abiertamente esa institución, siempre que la madre prometa no contraer nuevas nupcias (Cth. 3, 17, 4 = CJ. 5, 35, 2, del 390), y Justiniano da a la madre, o a la abuela, la tutela sobre los hijos nacidos de concubinato (CJ. 5, 35, 3, del 530).

Es evidente que Guillermo Floris Margadant incurre en un error al aseverar que la madre no podía ser tutriz, ya que después del breve análisis que acabamos de realizar, comprobamos que la madre sí podía desempeñar el cargo de “tutriz adjunta”, configurándose así otro matiz que se practicó en Roma con relación a la pluralidad de tutores. La madre, como “tutriz adjunta”, se encargaba de la persona del pupilo, mientras que el tutor atendía únicamente lo relacionado con su patrimonio.

También, como figura semejante a la pluralidad de tutores, se encontraban los tutores *honorarii* (D. 26. 7. 3. 2), que debían vigilar a los tutores administradores.

No cabe duda que esta figura se asemeja a lo que desempeña en nuestros días el curador, pero en tiempos de Roma no dejaba de considerarse como un supuesto de la pluralidad de tutores.

### 1.1.3. *Derecho Germánico*

En el antiguo derecho alemán la tutela perteneció a la *sippe*, siendo un derecho conjunto de los parientes dentro del séptimo grado reunidos en asamblea gestora. Si bien normalmente nombraba a una persona de su seno para administrar la tutela, que la desempeñaba como fiduciario (*Treuhänder*), y solía ser el pariente más próximo del pupilo entre los llamados parientes de espada (masculino de la línea masculina: el abuelo, el tío, etc., quien es frecuentemente preferido a la madre mientras no esté casada); sin embargo, en algunos casos, la madre legítima u otros parientes femeninos eran nombrados por la *sippe* como tutores de los hijos después de la muerte del padre.

Este pariente más próximo deviene tutor nato de toda tutela, con la consiguiente debilitación del poder de la *sippe*, que ya no ejerce colectivamente la tutela. La *sippe* pasa a ostentar una espe-

cie de supertutela con las funciones siguientes: de vigilancia, otorgar el consentimiento para ciertos actos, destitución del tutor en caso de mala administración, etcétera.

Si las personas mencionadas anteriormente son ineptas, la familia puede designar otro tutor. El llamamiento a la tutela por disposición de última voluntad de los padres, aparece a veces sólo bajo el influjo del Derecho Romano, a veces independiente de esta influencia. En defecto de todo otro tutor, la autoridad deberá designarlo.

#### 1.1.4. *Derecho Histórico Español*

El Derecho Español se inspiró en el Derecho Romano, asignándole a la tutela y curatela la misma función, pero ejercida sobre personas de diferente edad: tutela a los impúberos y curatela a los mayores; sin embargo “el sistema de la tutela romana —escribe Castán Tobeñas— se perdió en España a través de los antiguos cuerpos legales, y aparece sustituido por un sistema que puede llamarse nacional o gótico, reflejado en el Fuero Juzgo, Fueros municipales, Fuero Viejo y Fuero Real, y cuyos principales caracteres son: 1º Admitir una sola institución con el nombre de guarda o tutela; y 2º Corresponder ésta a los parientes más próximos, que la ejercían, según la concepción germánica, colectivamente, o cuando menos, mediante delegación en uno de ellos”.<sup>2</sup>

Antes de seguir adelante, hay que hacer notar que en el Derecho Germánico (el cual estudiamos anteriormente) la tutela se ejercía de manera plural y así es como el Derecho Español lo retoma y lo hace suyo. Lo anterior apoya con mucha fuerza, lo que proponemos para el Derecho Civil Mexicano, pues es evidente que la tutela en aquellas dos legislaciones, desde un origen consideraron oportuno que la tutela se ejerciera colectivamente.

Pero las Partidas introdujeron el sistema tutelar romano y con él la tutela unipersonal (por excepción, se admitía en algún caso la pluralidad de tutores), la curatela y la tutela testamentaria, desconocidas de las legislaciones germánicas.

Explicando lo anterior, José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida aseveran: “En el derecho histórico español la tutela aparece organizada según dos tipos distintos de respectiva

---

<sup>2</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 9ª ed., Reus, Madrid, 1985, t. V, v. II, p. 404.

inspiración germánica y romana. El sistema gótico o nacional se refleja en las fuentes visigodas escritas... según Pérez y Alguer son sus rasgos más destacados: 1. Unidad institucional frente a la bifurcación romana; 2. Atribución de su ejercicio a los parientes más próximos; 3. Desconocimiento de la tutela testamentaria; 4. Actuación de una tutela familiar conjunta que, según Ossorio Morales, se manifiesta unas veces... en forma de 'supertutela' de la ejercida por un tutor delegado, y otras... en forma de verdadera guardia activa. Las Partidas introdujeron el sistema romano de tutela unipersonal... coexistencia de tutela y curatela, delación testamentaria, legítima y dativa e intervención de la autoridad judicial."<sup>3</sup>

Este Cuerpo Legal, juntamente con la Ley de Enjuiciamiento civil, constituyó el Derecho vigente hasta la publicación del Código Civil Español. El régimen tutelar estaba constituido por la tutela, la curatela ( en sus tres variedades, *ad bona*, ejemplar y *ad litem*) y la intervención de la autoridad judicial, que completaba la guarda legal en cualquiera de las especies citadas.

## 1.2. *Tutela voluntaria*

Las referencias históricas son muy escasas por lo innovador del tema.

Sin embargo en 1927, se documentó el caso de una persona de nacionalidad rusa, quien al cumplir su mayoría de edad nombró para sí tutor en documento privado. La razón de esta autodesignación se basó en que dicha persona padecía una enfermedad hereditaria degenerativa. Curiosamente dicha autodesignación le fue aprobada por el Tribunal de Tutelas.

Juan José Rivas Martínez asegura que la configuración de la institución es todavía anterior, "...ya que a ella se había referido Diego Ma. Crehuet del Amo en su discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 1921) titulado 'La Tutela Fiduciaria'..."<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Citados por Manuel F. Chávez Asencio, *La Familia en el Derecho*, 2ª ed., Porrúa, 1992, t. II, p. 345.

<sup>4</sup> Juan José Rivas Martínez, *Ponencias presentadas por el Notariado Español-VIII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998, p. 192.

## 2. DERECHO COMPARADO

### 2.1. *Tutela plural*

#### 2.1.1. *Argentina*

Respecto a la posibilidad de que la tutela se ejerza colectivamente tenemos que la tutela es *unipersonal* en Argentina, disponiendo el artículo 386 del Código Civil Argentino lo siguiente:

La tutela debe servirse por una sola persona, y es prohibido a los padres nombrar dos o más tutores, que funcionen como tutores conjuntos; y si lo hicieren, el nombramiento subsistirá solamente para que los nombrados sirvan la tutela en el orden que fuesen designados, en el caso de muerte, incapacidad, excusa o separación de alguno de ellos.<sup>5</sup>

El hecho de que el artículo mencionado disponga el orden sucesivo en el que habrán de actuar los tutores en caso de ser nombrados varios, no significa que se pueda producir el efecto de instituir una tutela conjunta. Se excluye por lo tanto el desempeño de un tutor subrogado.

“Por nuestra parte —señala Pavón— pensamos que la tutela desempeñada por una sola persona es mucho mejor porque el ejercicio por varias, o bien conjunta con otras instituciones, es compleja y, por lo mismo, crea una organización con más dificultades y más dispendiosa para el menor. Además, el desempeño por una sola persona, tal como dispone el artículo que nos ocupa [habla del trescientos ochenta y seis] está en nuestras costumbres y no ha originado inconvenientes en cuanto a su aplicación. Debe tenerse presente también que desde el punto de vista del cumplimiento de las obligaciones del tutor y de sus responsabilidades, es más fácil proceder o accionar contra él, para exigirle el cumplimiento o la indemnización de los perjuicios que ocasione al menor que contra un organismo complejo, o contra la tutela conjunta de varias personas.”<sup>6</sup>

Es evidente que Pavón incurre en un error al analizar la tutela de manera inconexa con la patria potestad, ya que la misma legis-

<sup>5</sup> Antecedentes: Goyena, 180. Fuentes: Laurent, t. IV, núm. 409.

<sup>6</sup> Cirilo Pavón, *Tratado de la Familia en el Derecho Civil Argentino*, Editorial Ideas, Buenos Aires, 1946, t. III, p. 216.

lación argentina atribuye derechos y obligaciones muy similares a la tutela respecto de la patria potestad. Si esto es así, no justificamos que la tutela sea ejercida de manera unitaria.

### 2.1.2. *Chile*

El Código chileno establece que una misma tutela puede ser ejercida *conjuntamente por dos o más tutores*.

No se puede dar tutor al que está bajo la patria potestad, salvo que ésta se suspenda por decreto judicial, ya sea por la prolongada demencia del padre, por estar el padre entredicho de administrar sus propios bienes, y por larga ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave a los intereses del hijo, a que el padre ausente no provee.

Generalmente no se puede dar tutor ni curador al que ya lo tiene: sólo podrá dársele curador adjunto en los casos que la ley designa.

Habiendo muchos tutores, todos ellos autorizarán de consuno los actos y contratos del pupilo; pero en materias que, por haberse dividido la administración, se hallan especialmente a cargo de uno de dichos tutores, bastará la intervención o autorización de éste solo.

Se entenderá que los tutores obran de consuno cuando *uno de ellos lo hiciere a nombre de los otros*, en virtud de un mandato en forma pero subsistirá en este caso la responsabilidad solidaria de los mandantes. En caso de discordia entre ellos, decidirá el juez o prefecto.

Por regla general ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor, curador, cónyuge o cualquiera de sus ascendientes, descendientes legítimos, de sus padres o hijos naturales, de sus hermanos legítimos o naturales, de sus consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, de su padre y madre adoptantes o de hijo adoptivo, o de alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse sino con autorización de los otros tutores que no estén implicados de la misma manera, o por el juez o prefecto en subsidio.

Habiendo muchos tutores que administren de consuno, todos ellos, a la expiración de su cargo, presentarán una sola cuenta; pero si se ha dividido entre ellos la administración, se presentará una cuenta por cada administración separada.

La administración de los tutores que administran conjuntamente es solidaria, pero dividida entre ellos la administración, sea por el testador, sea por disposición o con aprobación del juez o prefecto, no será responsable cada uno, sino directamente de sus propios actos, y subsidiariamente de los actos de los otros tutores, en cuanto ejerciendo el derecho que le asiste de que los cotutores, aun durante su encargo, exhiban las cuentas de su administración o manifiesten las existencias ante él, o a un curador especial, que el juez o prefecto designará al intento y hubiera podido atajar la torcida administración de los otros tutores.

Esta responsabilidad subsidiaria se extiende aun a los tutores que no administran.

Los tutores están sujetos a la misma responsabilidad subsidiaria por la torcida administración de los curadores adjuntos. Lo anterior no se extiende a los tutores que, dividida la administración por disposición del testador o con autoridad del juez o prefecto, administran en diversos departamentos.

Es solidaria la responsabilidad de los tutores cuando sólo por acuerdo privado dividieron la administración entre sí.

Si hubiere varios tutores que administran conjuntamente, tendrán como recompensa de su trabajo la décima parte de los frutos de aquellos bienes de su pupilo que administran. Dicha décima parte se dividirá entre ellos por partes iguales. Pero si uno de los tutores ejerce funciones a que no está anexa la percepción de frutos, deducirá el juez o prefecto de la décima de los otros la remuneración que crea justo asignarle.

Podrá también aumentar la décima de un guardador, deduciendo este aumento de la décima de los otros, cuando hubiere una manifiesta desproporción entre los trabajos y los emolumentos respectivos.

Los gastos necesarios ocurridos a los tutores en el desempeño de su cargo se les abonarán separadamente y no se imputarán a la décima.

### 2.1.3. *España*

#### 2.1.3.1. *Código Civil del 24 de julio de 1889*

El artículo 201 ordena expresamente:

La tutela se ejercerá por un sólo tutor bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia.

Este artículo sólo tiene por objeto derogar la doctrina legal según la cual la tutela podía ser ejercida por *varios tutores conjuntamente*. De ahí que en principio el derecho español no aceptara la pluralidad de tutores sino hasta 1983.

### 2.1.3.2. *Ley del 24 de octubre de 1983*

En virtud de la Ley del 24 de octubre de 1983, el Código Civil sufrió una reforma sustancial en todo el articulado relativo a la materia de tutela.

La primera disposición transitoria de la Ley en mérito (BOE núm. 256, del 26) determina que: “Los tutores nombrados bajo la vigencia de la legislación anterior y con sujeción a ella conservarán su cargo, pero sometiéndose en cuanto a su ejercicio a las disposiciones de esta Ley.”

¿Qué principios son inspiradores de la nueva regulación española de la tutela? La exposición de motivos del Proyecto de Ley de 1983 puso de relieve que su sistema se basa “sobre principios opuestos a los del anterior” y que “dos son fundamentalmente los nuevos: el principio de la pluralidad de la guarda legal que, junto a la tutela, introduce la curatela y la figura del defensor judicial; y el principio de la tutela de autoridad, que suprime el Consejo de familia y dota al juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria”.

Una de las razones más poderosas para incluir la figura de la tutela plural fue que “...la pretendida unidad de las instituciones pupilares era en el Código más aparente que real”.<sup>7</sup>

La tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo:

I. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente;

II. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad;

---

<sup>7</sup> José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Reus, Madrid, 1988, t. V, v. II, p. 409.

III. Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela, y

IV. Cuando el juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.

Finalmente, ¿debe la pluralidad de tutores funcionar mancomunada o solidariamente?

El artículo 237 resuelve esto adoptando la mancomunidad como regla y la solidaridad como excepción.

#### 2.1.4. *Francia*

En general sólo existe un tutor que reúne en su persona todos los poderes que confiere este título. Él sólo debe asegurar el cabal funcionamiento de la organización tutelar de la cual es el único agente. “Es por ello que el Código siempre se refiere al tutor en singular.”<sup>8</sup>

Aunque como ya mencionamos, la unidad de tutor constituye la regla, puede sin embargo ser derogada en todos los casos (salvo el de la tutela legal de los padres) y el testador o el consejo de familia pueden nombrar dos o más tutores.

Por lo común acompaña a esta dualidad de los tutores una división de las funciones; uno es designado para administrar los bienes y el otro está encargado de la educación del niño; hay entonces un *tutor de la persona* (tutor honorario) y un *tutor de los bienes* (tutor oneroso).

“También se juzgaba que la tenencia y la dirección del menor podían ser confiadas a cualquiera aunque no tuviese el título de tutor.”<sup>9</sup>

Interesante por demás resulta la figura del *cotutor*, quien es el marido de la mujer tutora. En todos los casos es el consejo de familia (que confiere la tutela o confirma en ella a la tutora) quien designa el *cotutor*. Éste no tiene la cotutela legal.

El *cotutor* tiene la condición jurídica de tutor. Está sometido a las mismas causas de incapacidad, exclusión, destitución y excusa.

---

<sup>8</sup> Georges Ripert y Jean Boulanger, *Tratado de Derecho Civil*, Tr. Delia García Daireaux, Ediciones La Ley, Buenos Aires, 1963, t. III, v. II, p. 398.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

Cuando la tutora pierde la tutela por causa imputable a ella, su marido no puede conservar sus poderes. En consecuencia, pierde la *cotutela*.

Inversamente, si el marido pierde el derecho de ser tutor su mujer dejará de ser tutora, salvo el caso de muerte de aquél en que ésta pasará a ser tutora única. Se asimila este caso al de interdicción del marido, supuesto en el cual éste no ejercerá influencia molesta.

Los *cotutores* administran juntos. De ahí que cualquier acto exige siempre el consentimiento de ambos para ser realizado, motivo por lo cual pueden producirse muchas incertidumbres y fracasar muchos proyectos. Como consecuencia de esta comunidad de gestión, sólo se rinde una sola cuenta, común a ambos esposos.

#### 2.1.5. *Italia*

La única referencia que menciona su Código Civil referente a la modalidad plural de la tutela, la encontramos en el artículo 347 que a la letra dice:

Para varios hermanos y hermanas se nombra un sólo tutor, salvo que circunstancias particulares aconsejen el nombramiento de varios tutores. Si hay conflicto de intereses entre menores sujetos a la misma tutela, se provee en el modo indicado en el último párrafo del artículo 320.

ART. 320.—...

Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad o entre ellos y los padres, el juez tutelar nombra a los hijos un curador especial.

#### 2.1.6. *Alemania*

Sólo por causas especiales debe proceder el tribunal de tutelas al discernimiento de varios tutores, por ejemplo en el caso de que la administración del patrimonio sea muy extensa y complicada. Esta disposición rige aunque estén llamados varios tutores en el mismo grado.

Si se han nombrado varios tutores, ejercerán la tutela por lo regular en común. De ahí se infiere que en rigor para todo acto jurídico —y de hecho es menester— se necesite el asentimiento de todos.

Los tutores sólo tienen en común el poder de representación para el pupilo, pero se ha de aceptar que no siempre tienen que obrar todos los tutores en nombre del pupilo.

En caso de diversidad de pareceres entre varios tutores que ejercen la tutela en común, decidirá el tribunal de tutelas, salvo que al discernirse la tutela se haya establecido otra cosa. La decisión del tribunal de tutelas puede asentir a los actos propuestos por uno de los tutores, más también, si los tutores han propuesto dos actos distintos, pronunciarse contra ambos.

En cambio, el tribunal de tutelas no puede resolver en favor de una medida que no sea conforme al parecer de ninguno de los tutores.

Al discernir el cargo a varios tutores el tribunal de tutelas puede establecer otra cosa respecto a la diversidad de pareceres. Por ejemplo, puede establecer que en todos los asuntos, o en una determinada esfera de los mismos sea decisivo el acuerdo de la mayoría.

En caso de ejercicio común de la tutela es ocioso el nombramiento de un protutor, porque la necesidad de coincidencia de todos los tutores hace superflua su función. Por la misma razón no es necesaria respecto a la inversión del dinero la aprobación que el tribunal de tutelas habría de dar en otro caso supliendo la del protutor. Lo mismo rige respecto a la disposición sobre créditos y derechos semejantes, como también sobre valores.

El tribunal de tutelas puede dividir por esferas determinadas el ejercicio de la tutela entre varios tutores. Esta división puede hacerse también después del discernimiento del cargo a los tutores. El tribunal puede a su arbitrio dejar sin efecto la división. Mientras subsiste la división cada uno de los tutores ejerce la tutela de una manera independiente dentro del círculo al mismo asignado.

Los otros tutores no son protutores ni están autorizados u obligados a la vigilancia en la esfera del primero, pero es posible que uno de ellos sea designado protutor del otro.

El padre y la madre del pupilo pueden dictar reglas por disposición de última voluntad, bajo los supuestos del derecho de designación y del derecho de dispensa, sobre la resolución de las discrepancias de opinión entre los tutores por ellos designados y sobre la división de los negocios. Estas reglas no son por sí solas decisivas para la posición de los tutores, pero el tribunal de tutelas ha de seguirlas en sus determinaciones, salvo que fuese peligroso para el interés del pupilo.

En todo caso cada uno de los tutores puede interponer independientemente por el pupilo, las apelaciones contra las resoluciones del tribunal de tutelas.

Cada uno de los tutores responde de su propia culpa y si son varios los culpables responden solidariamente.

## 2.2. *Tutela voluntaria*

Muy pocas son las legislaciones extranjeras que han consagrado en sus textos la designación de tutor voluntario.

De nuestra investigación se desprendió que Canadá, Estados Unidos de América, Japón, Inglaterra, Francia y Bélgica, son los únicos países que contemplan disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, pero en ninguna de dichas legislaciones se consagra la autodesignación de tutor, o en otras palabras, la tutela voluntaria. Lo que sí prevén sus leyes son instituciones como: el testamento vital, mandato de autoprotección y el fideicomiso.

Hasta donde nos fue posible investigar, concluimos que solamente en Alemania, Suiza y España (hasta cierto grado) se adopta una figura análoga a la que es objeto de nuestro estudio.

### 2.2.1. *Alemania*

#### 2.2.1.1. *Ley de Asistencia del 12 de septiembre de 1990*

En este país se reconoce la designación del propio curador o también llamada “disposición de asistencia”, la cual se encuentra regulada en la Ley de Asistencia o de “Reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad”, vigente desde el 1º de enero de 1992.

En Alemania se llama tutor quien se encarga de los menores de edad y curador se le designa a la persona que tiene a su cargo a las personas mayores de edad incapacitadas. Lo cual para efecto de nuestra legislación lo denominamos tutor y curador al que ejerce la vigilancia sobre aquél.

Dicha figura tiene por finalidad proponer la persona del asistente o curador, el tipo de asistencia que desea y los deberes a su cargo. Consiste en la expresión de voluntad formalizada por cualquier medio, la cual se presenta y sustancia judicialmente, no requiriéndose la capacidad del interesado.

Toda persona que conozca de su existencia está obligada a denunciarla.

Si tal designación parara perjuicio al presunto incapaz, no vincula al juez, salvo en lo que se refiere a la voluntad de excluir a persona determinada para su desempeño como asistente.

Lo incongruente de esta figura alemana es que el incapaz puede rechazar la designación propuesta aun encontrándose en ese estado de incapacidad, con lo cual difiere a nuestra propuesta para nuestro derecho.

El Tribunal de Familia puede designar uno o varios asistentes, ya sean personas físicas o instituciones de asistencia legalmente constituidas, y prever su actuación conjunta o separada, lo cual de paso, apoya también nuestra propuesta de la tutela plural.

Su desempeño debe abarcar las tareas específicas en las que resulte necesaria la asistencia; puede incluir el hacer valer los derechos del pupilo frente a los apoderados.

La asistencia sólo puede ser resuelta a solicitud del propio mayor cuando esté motivada en su debilidad física.

### 2.2.2. *Suiza*

No hay legislación aplicable al caso, pero los notarios suizos “resuelven el problema mediante el otorgamiento de un testamento en el que se nombra albacea, a quien en instrumento aparte se le otorga poder amplio de contenido personal y patrimonial para el caso de incapacidad por vejez, enfermedad o accidente.

Producido este estado y comprobado por el médico de cabecera, el juez designa curador o tutor, según el caso, a ese albacea apoderado. Será curador si atiende los bienes del incapaz y tutor si cuida tanto de la persona como de los bienes. Si bien la designación es judicial, tiene como antecedente la voluntad del interesado expresada válidamente”.<sup>10</sup>

### 2.2.3. *España*

Hemos mencionado en párrafos atrás que en España se contempla al tutor voluntario hasta cierto grado; ¿por qué?, porque no está regulado específicamente en el Derecho Común Español

---

<sup>10</sup> Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996, pp. 61-62.

(es decir en el ámbito del Código Civil) sino se encuentra regulada en la Ley Catalana.

#### 2.2.3.1. *Ley del 24 de octubre de 1983*

En el apartado 2.1.3.2 de este estudio ya habíamos hecho mención de esta ley, cuando introduce al Código Civil español la tutela plural.

Con motivo de la discusión parlamentaria de la “Reforma del Código Civil en materia de tutela” como se denominó dicha ley, se debatió ampliamente la posibilidad de la autotutela, la cual finalmente no fue aceptada, no porque se considerara a la autoprotección una institución rechazable, sino que aceptando *in genere* la figura, ésta debería ser objeto de un estudio más sosegado.

La conclusión del debate parlamentario de ese entonces, fue la no hostilidad de principio contra la autotutela. Así se desprende de las palabras de la senadora Sauquillo Pérez en el Pleno del Senado llevado a cabo el 22 de septiembre de 1983. “Esa figura no se puede meter en un proyecto de la ley de tutela casi de refilón, sino que habrá que regularla muchísimo mejor viendo todos los problemas que se pueden plantear”,<sup>11</sup> lo que el senador Portabella I. Rafols entendió como una manifestación de “reconsiderar... el tema de la autotutela con mayor tranquilidad y mayor discernimiento... y en la medida en que ustedes lo pueden sugerir, esta Cámara tendrá ocasión de volverlo a considerar.”<sup>12</sup>

#### 2.2.3.2. *Ley Catalana del 29 de julio de 1996*

En España la primera disposición en esta materia de autoprotección es la Ley Catalana del 29 de julio de 1996, que modifica los artículos 4º y 5º de la Ley del 30 de diciembre de 1991 y añade una disposición adicional, la “Tercera”.

Su exposición de motivos o preámbulo nos muestra cuál es la oportunidad, el sentido y las necesidades que quiere cubrir. Esclarece el preámbulo que la presente iniciativa legislativa responde al aumento de la esperanza de la vida de la población, lo cual da lugar a un sobreenvejecimiento de las personas conducente a un incremento de patologías crónicas que pueden impedir el propio gobierno.

<sup>11</sup> Citado por Juan José Rivas Martínez, *op. cit.*, pp. 191-192.

<sup>12</sup> *Idem.*, p. 192.

El preámbulo indica que las reformas introducidas se encuentran fundamentadas en el respeto a la autonomía de la voluntad y en la protección y respeto de la persona en todas las situaciones futuras las cuales impidan que ésta se gobierne por sí misma.

“Dentro de este marco de libertad, la Ley Catalana de 1996, respeta y protege al ser humano en todas aquellas situaciones que afectando íntimamente a su ser, puede encontrarse previsiblemente en un futuro más o menos próximo, en circunstancias que le impidan gobernarse por sí mismo.”<sup>13</sup>

Finalmente, el preámbulo aclara que el juez no estará vinculado por dichos nombramientos si a su juicio han ocurrido nuevas circunstancias o condiciones que cuestionaran la designación originalmente hecha.

“Estas frases reafirman el carácter no vinculante de esas autoprevisiones, reconociendo al Juez su carácter de órgano superior de control y decisión en la constitución de la tutela.”<sup>14</sup>

El artículo 5º de la ley en mérito en su primer párrafo reza de la siguiente manera:

Cualquier persona, en previsión del caso de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar a sustitutos de todos ellos u ordenar que una persona o más de una sean excluidas de dichos cargos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar establecido por la presente ley. El nombramiento puede ser impugnado por las personas llamadas por ley a ejercer la tutela o por el Ministerio Fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las circunstancias explicitadas o que presuntamente hayan sido tenidas en cuenta al efectuarse la designación que pueda perjudicar el interés del tutelado. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior.

El notario español Juan José Rivas Martínez analiza lo anterior y le dejamos a él de nuevo la pluma:

“1. *Cualquier persona.*”

“Estas palabras nos sugieren la cuestión de determinar qué edad se necesita para poder autonombrarse tutor.”

“Desde luego no se plantea problema refiriéndose a un mayor de edad plenamente capaz, la cuestión puede plantearse en cuanto

---

<sup>13</sup> Juan José Rivas Martínez, *op. cit.*, 237.

<sup>14</sup> *Ibidem.*

a los menores de edad, pues la indicación de “cualquier persona” que utiliza la Ley de 1996 parece calculada para dejar la puerta abierta a la posibilidad de las disposiciones de autoprotección que pudiere hacer ante notario un menor, en aras a su autocuidado o a su autoatención.”

“...¿cuál será la edad tope para poder realizar esas declaraciones de voluntad de autoprotección? Pensamos que puede tomarse como base la de los 14 años, y pensamos que puede ser esta edad, pues es la mínima que en España se determina para poder realizar un acto tan importante como es el testamento.”

“La persona, mientras vive y sigue siendo capaz, puede ordenar en cada fase de su vida las normas de futura autoprotección que tenga por conveniente. Por ello, al ser declaraciones que recogen una voluntad eventual, las mismas pueden ser cambiadas, modificadas en cualquier momento posterior, mientras el ordenante tenga capacidad para ello.”

“2. *En previsión del caso de ser declarado incapaz.*”

“...la persona que va a realizar los nombramientos ha de tener para ello, en el momento de hacerlo, la plena capacidad, lo que sólo hace corroborar la regla general. Esos nombramientos han de estar causalizados, en el sentido de hacerse en previsión de una futura declaración judicial de incapacidad... no es imprescindible acreditar la enfermedad, por el respeto a la intimidad del ordenante... sin perjuicio de tenerse en cuenta, en algún caso, para valorar la capacidad del otorgante.”

“3. *Puede nombrar uno o más de un tutor, protutores y curadores y designar sustitutos de todos ellos, así como nombrar cualquier otro organismo tutelar.*”

“Cabén pues, previsiones simples y completas sobre cargos tutelares y normas de organización. Dependerá, claro es, de la personalidad del ordenante, y también de sus conocimientos jurídicos o técnicos. Aunque dependiendo del criterio del juzgador, podrían establecerse sistemas de tutela o curatela, atendiendo a la posterior evolución de la enfermedad o deficiencia. Sin embargo, no parecería serio el establecimiento de un límite temporal, a no ser que estuviera sometido a prescripciones o consideraciones médicas. Igualmente, parece poco lógico el establecimiento de sustituciones, al modo de relevos, por la naturaleza obligatoria del cargo (incluso retribuido, en el caso del tutor, no así en el del protutor), a no ser, por ejemplo, que la sustitución obedeciera a motivos de

edad o salud o fallecimiento del tutor, motivos razonables todos ellos.”

“4. *Pluralidad de designaciones.*”

“En caso de pluralidad sucesiva de designaciones prevalece la posterior, como indica expresa y nominalmente el último inciso del párrafo 1º del artículo 5º”

“5. *En escritura pública.*”

“Es necesario resaltar que la legislación catalana ha considerado como único vehículo formal adecuado la “escritura pública”, con lo que se ha depositado en el notariado la garantía y fehaciencia de las disposiciones de autoprotección. La reforma de 1996 ha reforzado legalmente la consideración del notariado como garante de la recta expresión del otorgante.”

“6. *Que los nombramientos realizados en escritura pública no sean impugnados.*”

“...Si no han cambiado las circunstancias, el Juez no podrá cambiar los nombramientos (esto lo considero muy dudoso). La alteración de las circunstancias ha de ser apreciada por el Juez que apruebe los nombramientos tutelares, a instancia de los posibles tutores legítimos o del Ministerio Fiscal. El valor “vinculante” del testimonio del sujeto sobre su propio “beneficio” no es absoluto, sino que depende del mantenimiento de las circunstancias que contempló al hacer la designación: fundamentalmente la actitud del designado y la confianza depositada en él. Suena esto, según dice Carpio González, como la traducción al Derecho de Familia de la cláusula contractual *rebus sic stantibus*.”<sup>15</sup>

Habíamos mencionado en el primer párrafo de este apartado que dentro de las reformas de la Ley Catalana yacía la adición de una disposición, la “Tercera”.

Dicha disposición consagra un sistema de publicidad para el caso de la delación de los tutores en previsión de la incapacidad, ya que se considera de vital importancia que los nombramientos y revocaciones sean conocidos. A continuación transcribimos la Disposición Adicional “Tercera”:

“1. Se establece el Registro de Tutelas y Autotutelas, en el que se inscriben las delaciones de las que han sido otorgadas en uso de la facultad prevista en el artículo 5º.

2. A fin de poder inscribir las delaciones y a los efectos de designación de tutor, los notarios que autoricen escrituras en las

---

<sup>15</sup> Juan José Rivas Martínez, *op. cit.*, pp. 238-241.

que se procede a la designación o revocación de tutor, protutor o curador, establecida en el artículo 5º, habrán de dirigir un oficio al Registro de Tutelas y Autotutelas indicando el nombre, apellidos, domicilio y documento de identidad del otorgante y el lugar y fecha de la autorización y que en la misma se ha procedido a la citada designación o revocación, pero sin indicar la identidad de los designados. El Juez competente ha de solicitar una certificación de las inscripciones que puedan constar en el Registro de Tutelas y Autotutelas con carácter previo a la constitución del correspondiente oficio protector y ha de dar cuenta de la misma al Ministerio Fiscal y a las otras partes que hayan comparecido.

3. Reglamentariamente se establecerán las normas relativas a la organización, funcionamiento y publicidad del Registro de Tutelas y Autotutelas.”

“El Notario que ha autorizado la correspondiente escritura deberá remitir, dentro del plazo de tres días, comunicación al Decanato del Colegio Notarial de Barcelona, extendiendo nota en el instrumento respectivo... En cuanto a los instrumentos públicos autorizados fuera de Cataluña, los Notarios de otros Colegios y los Agentes Diplomáticos o Consulares de España en el Extranjero pueden remitir a la Dirección General la comunicación citada... El Registro también podrá tomar razón de los actos otorgados fuera de Cataluña, en los cuales se haya procedido a deferir un cargo tutelar, mediante la presentación por parte de una persona con legítimo interés de una copia autenticada del documento que contenga este acto.”<sup>16</sup>

### 3. LA NECESIDAD DE LA TUTELA PLURAL EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

#### 3.1. *Justificación*

Sostenemos que la tutela funge como institución supletoria de una principal, por lo tanto, la justificación jurídica de la tutela plural la encontramos en la evolución que ha sufrido la patria potestad, pues es ahí donde analizaremos cómo la tutela la suplía en igual forma cuando aquélla recaía en el hombre, hasta que la tutela fue quedando rezagada respecto al ejercicio de ambos padres en la patria potestad.

---

<sup>16</sup> *Idem*, p. 242.

Tenemos que el *Diccionario de la Lengua Española* define la palabra *suplir* de la siguiente forma: “1. Cumplir o integrar lo que falta en una cosa, o remediar la carencia de ella. 2. Ponerse en lugar de uno para hacer sus veces.”

Es claro que si la patria potestad se ejerce en común por padre y madre, la tutela al suplirla debe *remediar y destruir la concepción unitaria de poder ejercido en ella*.

De ahí lo incongruente de la tutela actual que, *para hacer las veces* de la patria potestad, lo realice sólo al cincuenta por ciento con un solo sujeto, pues así no puede sustituir integralmente la falta de la patria potestad.

Para reforzar nuestra idea, a continuación transcribimos las siguientes palabras:

“La patria potestad tiene su origen en la paternidad y maternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad.”

“... La fuente real de la patria potestad es el hecho natural de la paternidad y la maternidad. La autoridad paterna se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos, en lo cual el grupo social está interesado.”

“La patria potestad está constituida por un conjunto de *poderes*; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los *deberes* que les conciernen respecto de los hijos.”

“En el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres que debe coincidir con el interés general del grupo social. En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en *interés público*.”<sup>17</sup>

Nuestra legislación tomó a la tutela primeramente de los principios del Derecho Romano<sup>18</sup> de la antigua legislación española,<sup>19</sup> del Código de Cerdeña llamado Albertino, los de Austria, Holanda y Portugal, del Proyecto de 1851 de Florencio García Goyena y como fondo rector de todos estos códigos monumentales, el Código de Napoleón.

El Código Napoleónico tuvo a su vez como fuentes las costumbres, sobre todo las de París, el Derecho Romano, las ordenanzas

<sup>17</sup> Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, pp. 694-695.

<sup>18</sup> El cual ya estudiamos en el apartado 1.1.2.

<sup>19</sup> *Cfr.* apartado 1.1.4.

reales y las leyes de la Revolución, todo lo cual se fue plasmando en diversos proyectos a saber:

- I. D'Olivier (1789)
- II. Philippeaux (1789)
- III. Plan Durand-Maillane (1793)
- IV. Primer Proyecto Cambacérès (1793)
- V. Segundo Proyecto Cambacérès (1794)
- VI. Tercer Proyecto Cambacérès (1796)
- VII. Proyecto Jacqueminot (1799)
- VIII. Proyecto del Año VIII (1800)

Y así finalmente, dar lugar al Código de Napoleón en 1804.<sup>20</sup>

### 3.1.1. *Código Civil de 1870*

Ambas instituciones —la patria potestad y la tutela— siguieron la misma suerte en la transición de los diversos ordenamientos legales hasta llegar al Código Civil de 1870.

Dicho código "... Confirió al esposo la potestad marital sobre la mujer, colocando a ésta en un estado de incapacidad, y se la obligó a vivir con su marido, a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos..."

"...Otogó al padre en exclusiva la *patria potestad* sobre los hijos, ya que sólo a falta de él, podía la madre entrar al ejercicio de esa potestad (arts. 392-I y 393)." <sup>21</sup>

Recordemos que la tutela no es regulada sino hasta el código de 1870, el cual en su artículo 434 establecía:

Ningún incapaz puede tener á un mismo tiempo más de un tutor y un curador.

Abundando en lo anterior el artículo 392 del código en mérito decía:

La patria potestad se ejerce:  
I. Por el padre;

---

<sup>20</sup> Cfr. Rodolfo Batiza, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano*, Porrúa, México, 1982, 199 p.

<sup>21</sup> Ramón Sánchez Medal, *Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México*, 2ª ed., Porrúa, México, 1991, p. 15.

- II. Por la madre;
- III. Por el abuelo paterno;
- IV. Por el abuelo materno;
- V. Por la abuela paterna;
- VI. Por la abuela materna.

De lo expuesto anteriormente, se desprende que existía total congruencia entre la unidad de la patria potestad y la unidad tutelar. Jamás coincidían personas en el ejercicio de la patria potestad, entonces la tutela como institución supletoria seguía la misma suerte y sólo una persona a la vez ejercía la función tutelar.

### 3.1.2. *Código Civil de 1884*

Más tarde nos regularía el Código Civil de 1884 el cual “conservó la misma organización de la familia.”<sup>22</sup>

Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferente, entraría al ejercicio de la patria potestad el que seguía en el orden establecido en los artículos de los dos códigos comentados hasta ahora (1870 y 1884).

### 3.1.3. *Ley sobre Relaciones Familiares*

En 1917, Venustiano Carranza usurpando funciones legislativas que no tenía, expidió la Ley sobre Relaciones Familiares el 9 de abril.

Dentro de las innovaciones que introdujo dicha ley se encuentra la de consagrar el principio de igualdad del hombre y la mujer dentro del matrimonio, suprimiendo así la *potestad marital* y confiriendo a ambos consortes la *patria potestad*.

“En los considerandos de la ley escuetamente se dijo al respecto:

No siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho...<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> *Idem*, p. 16.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 30.

En su artículo 241 la referida ley impuso:

La patria potestad se ejerce:

I. Por el padre y la madre;

II. Por el abuelo y la abuela paternos;

III. Por el abuelo y la abuela maternos.

“La única reforma que introduce el capítulo que estudiamos al Código Civil —comenta Ricardo Couto— concierne a la manera de ejercerse la patria potestad; en el Código Civil [Couto habla del Código de 1884] ésta corresponde al padre; en su defecto a la madre; faltando ésta, al abuelo paterno; en su defecto al materno; faltando éste a la abuela paterna, y en su defecto, a la materna.”

“La nueva ley —sigue Ricardo Couto— considerando que ambos esposos tienen iguales derechos en el matrimonio, concede el ejercicio del poder paterno a ambos padres por igual; faltando éstos, al abuelo y a la abuela paternos, y en defecto de ellos, al abuelo y a la abuela maternos.”<sup>24</sup>

“Una reforma capital —finaliza Couto— es la supresión del derecho que tenía el padre, de nombrar consultores a la madre y a las abuelas, para el ejercicio del poder paterno. Este derecho que el Código Civil concedía al padre tenía su razón de ser en la creencia tradicional de la inferioridad del sexo femenino. El novísimo legislador, partiendo de la idea de que ambos esposos son iguales en el matrimonio, le quita el mencionado derecho.”<sup>25</sup>

Es precisamente aquí donde empieza la incongruencia entre la institución supletoria y la institución suplida, ya que la tutela en la Ley sobre Relaciones Familiares se legisló de la siguiente manera:

ART. 302.—Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor definitivo y un curador.

Nuestra justificación jurídica encuentra su sustento en esta parte, en cuanto que se bifurca la patria potestad y la tutela, pues esta última empieza a funcionar de manera cercenada, dejando al arbitrio de una sola persona el ejercicio tutelar.

Nos explicaremos:

*Jamás una sola persona podrá a llegar a desempeñar de manera satisfactoria y sobre todo de manera ideal lo que de manera anterior y superior*

<sup>24</sup> Ricardo Couto, *Derecho Civil Mexicano*, La Vasconia, México, 1919, t. II, p. 406.

<sup>25</sup> *Idem*, p. 413.

*a una ley positiva deben ejercer dos personas, en primer lugar por la seguridad del incapaz y en segundo lugar, por la naturaleza misma de la función.*

### 3.1.4. Código Civil para el Distrito Federal vigente

Finalmente, el Código Civil para el Distrito Federal acoge la patria potestad ejercida de manera mancomunada tal como se concibió en la Ley de 1917; pero no subsanó la deficiencia en el capítulo de la tutela.

Por reforma al artículo 414 del Código Civil vigente, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el día 30 de diciembre de 1997, la nueva redacción del citado artículo es la siguiente:

La patria potestad sobre los hijos se ejerce *por los padres*. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, *corresponderá su ejercicio al otro*.

A falta de ambos padres o por cualquier otra circunstancia prevista en este ordenamiento, ejercerán la patria potestad sobre los menores, *los ascendientes en segundo grado en el orden que determine el juez de lo familiar*, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Por lo que se refiere a la tutela, el artículo 455 dice a la letra:

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

En atención a nuestros argumentos esgrimidos anteriormente, es evidente la incongruencia que venimos arrastrando desde 1917 entre las dos instituciones ya mencionadas.

Por último queremos mencionar que bajo el esquema actual en que se halla regulada la tutela, se transgrede en su totalidad el principio de la *Justicia Conmutativa*, el cual consiste en "... dar a sus semejantes, iguales en derechos, lo que les pertenece hasta su completa cancelación",<sup>26</sup> el cual opinamos, sin temor a equívocos, no opera de manera plena en el binomio patria potestad-tutela.

---

<sup>26</sup> Welty citado por Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del Derecho*, 7ª ed., Porrúa, México, 1987, p. 218.

#### 4. LA NECESIDAD DE LA TUTELA VOLUNTARIA EN EL DERECHO CIVIL MEXICANO

##### 4.1. *Ideas preliminares*

Propone el doctor Villoro Toranzo que el derecho se define como “un sistema racional de normas sociales de conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”.<sup>27</sup>

La realidad histórica a que hace alusión Villoro, podemos identificarla con el hecho de que hoy en día una persona es capaz, gracias a los avances médicos, de prever su propia incapacidad. Es bien cierto que en los tiempos actuales la extensión de ciertas pandemias, el envejecimiento incesante y creciente de la población con las colaterales enfermedades tipo demencia senil o “Alzheimer”, incluso pensemos en el afamado Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (S.I.D.A.); provocan la necesidad de que antes de llegar a la incapacidad de comunicarse y gobernarse, pueda cualquier persona prever la regulación de aspectos variados de su existencia.

La realidad histórica que menciona Villoro es, en este caso concreto, la de todas las mujeres y hombres que nacen, viven y mueren en una secuencia cotidiana de la que cada uno es dueño y responsable. En dicho transcurrir, las personas necesitan la asistencia y el cuidado que le puedan proveer las ciencias y el derecho para que esas vidas transcurran en paz, con identidad y con dignidad.

Recordemos que hasta el siglo XIX la vida humana era mucho más corta y el hombre moría a causa de infecciones en epidemias y fiebres incontrolables. Pero es en ese mismo siglo que se producen avances notables en materia sanitaria tendientes a lograr la higiene en general y la asepsia en los centros de salud. La farmacología y la ingeniería han logrado:

A) La postergación de la muerte y una importante prolongación de la vida al eliminar a la infección como principal causa de deceso.

B) El mantenimiento artificial de la vida mediante mecanismos que cumplen aquellas funciones que en el hombre han interrumpido enfermedades crónicas o degenerativas, la vejez o accidentes.

---

<sup>27</sup> Miguel Villoro Toranzo, *op. cit.*, p. 127.

La longevidad desarrolla en un alto número de personas enfermedades que ocasionan el deterioro de órganos y tejidos, problemas de motricidad impeditivos y deterioros psíquicos que se traducen en conductas patológicas compatibles con la demencia.

Es inconcebible que una persona, aun 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 para el Distrito Federal, sin atender en la designación sus preferencias, intereses y afectos; baste sólo citar como ejemplos los artículos 486 y 487 del referido ordenamiento:

ART. 486.—El marido es tutor legítimo y *forzoso*<sup>28</sup> de su mujer, y ésta lo es de su marido.

ART. 487.—Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos.

Esta realidad que hemos expuesto en párrafos anteriores no tiene solución ya no digamos justa, no tiene solución en la legislación mexicana y son contadísimos los casos previstos para la incapacidad sobrevenida en las legislaciones extranjeras, como estudiamos anteriormente.

“En verdad sorprende —mencionan Taiana y Llorens— que desde el Derecho Romano hasta nuestros días no se haya buscado el molde adecuado para atender esta necesidad humana en el plano jurídico. Es enorme el vacío legal, jurisprudencial y aun doctrinario que se abre entre la caducidad obligatoria del mandato por incapacidad del mandante (tal como se legisla en casi todos los Estados) y la imposibilidad de que el testamento produzca efectos durante la vida del testador.”

“A nuestro entender existen algunos motivos que, si bien no justifican este vacío, lo explican de alguna manera.”

“Uno de ellos es la natural reticencia del ser humano a aceptar las realidades desgraciadas de la vida, especialmente la muerte y las enfermedades... Otra motivación se podría fundamentar en que el progreso normativo no ha acompañado al desarrollo, relativamente reciente, de las técnicas de diagnóstico precoz en la ciencia médica... Asimismo, otro motivo puede estar dado por la pro-

---

<sup>28</sup> Las cursivas son nuestras.

longación del promedio de vida... Finalmente, otro motivo (y quizá sea el de mayor importancia) se encuentra en el debilitamiento paulatino de la familia, el que por así haberse producido no generó una respuesta legal adecuada.”<sup>29</sup>

Ya Chávez Asencio, doce años antes, se había anticipado a los argentinos Taiana y Llorens en el sentido de que la familia está en crisis. “Se habla de la crisis general del ser familiar y, más en particular, se habla de una crisis de desintegración.”<sup>30</sup>

La desintegración familiar supone la pérdida del equilibrio de la estructura dinámica que mantiene unidos a los miembros de una familia. El esposo ya no es esposo, la esposa ya no es esposa y consiguientemente los hijos tampoco tienen marco inmediato de referencia.<sup>31</sup>

Así pues, tenemos que la persona que preveía su propia incapacidad depositaba su confianza en la familia a la que pertenecía, para que tomaran las medidas pertinentes para su eventual incapacidad. Pero ahora, con la crisis de la familia, esto ya no puede ser así.

Independientemente de las razones por las que no se haya avanzado en este tema, podemos retomar una figura que existe en ciertas legislaciones extranjeras, para adecuarla a nuestra legislación, es la llamada “Tutela Voluntaria”, a efecto de subsanar este vacío legislativo. De esta manera la persona capaz podrá prever a la persona o personas que se harán cargo de su persona y de su patrimonio para el momento en que incida en el supuesto de incapacidad.

#### 4.2. *Nomenclatura*

La figura en comento ha sido llamada de diversas formas.

“La paternidad del término autotutela... corresponde al Abogado del Estado Eloy Sánchez Torres en su artículo ‘Una nueva modalidad tutelar’ (*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario de 1928*, pp. 345 y ss.) ... La palabra ‘autotutela’ se introduce en esta obra al decir: ‘La autotutela, valga este nuevo vocablo, es la manifestación

<sup>29</sup> Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, *op. cit.*, pp. 1-2.

<sup>30</sup> Manuel F. Chávez Asencio, *La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares*, 3ª ed., Porrúa, 1994, p. 189.

<sup>31</sup> Cfr. Carlos Escandón E. citado por Manuel F. Chávez Asencio, *ibidem*.

práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona'...”<sup>32</sup>

Ignacio Galindo Garfias e Iván Lagunes Pérez la han denominado “Tutela Cautelar” o “Autotutela”, retomando el término de Sánchez Torres.

Por su parte, Rivas Martínez prefiere denominarla como “Autodelación de la Tutela”.<sup>33</sup>

José Ángel Villalobos Magaña denomina la figura en mérito como “Tutela Voluntaria”, término que se desprende del texto del proyecto de Código Civil para el Distrito Federal que en la parte relativa a Tutela redactó en su totalidad y que fue presentada a la I Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en 1998.

#### 4.2.1. *Nuestra opinión*

Nosotros preferimos adherirnos a la denominación propuesta por Villalobos Magaña, ya que se plasma en ella la nota característica y fundamental de este tipo de tutela que es la voluntad.

#### 4.3. *Fundamento*

##### 4.3.1. *Fundamento natural*

Dos de los derechos naturales que son inherentes al ser humano son: la libertad y la seguridad.

No entraremos al análisis entre la diferenciación de libertad y libertinaje, pues nos estamos refiriendo al más puro de los conceptos sobre este derecho natural.

A través de la historia del hombre, diversos documentos han recogido estos derechos connaturales al hombre. Expondremos los más importantes de ellos.

##### 4.3.1.1. *Carta de Neuchâtel (1214)*

En este documento se plasmaron las libertades otorgadas a los habitantes de dicha ciudad por los condes y Bertoldo. Por ser una declaración incipiente, no contiene aún la mención de la libertad y la seguridad como tales.

---

<sup>32</sup> Eloy Sánchez Torres citado por Juan José Rivas Martínez, *op. cit.*, p. 192.

<sup>33</sup> *Cfr.* Juan José Rivas Martínez, *ibidem*.

#### 4.3.1.2. *Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215)*

Fue considerada como el primer documento de carácter constitucional en Inglaterra, siendo impuesta por los barones a Juan Sin Tierra, y hubo de ser confirmada por él mismo y sus sucesores en muchas ocasiones.

En el punto trigésimo noveno, se deja entrever la protección consistente en que ningún hombre libre sería desposeído de sus derechos. Entendemos que la libertad no podía mermarse a no ser que por un juicio legal o por la ley se marcara otra cosa.

#### 4.3.1.3. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)*

Gran avance se consagra en esta declaración, pues se menciona que dentro de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre se encuentran, entre otros, la libertad y la seguridad. Define por primera vez que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos.

#### 4.3.1.4. *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1793)*

Esta declaración añade a comparación de la anterior, que el gobierno está instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles, dentro de los cuales se vuelven a mencionar la libertad y la seguridad, entre otros.

Su artículo sexto consigna que la libertad es el poder que pertenece al hombre de hacer lo que no dañe a los derechos de los demás, teniendo como fundamento la naturaleza; como regla la justicia; como salvaguarda la Ley; su límite moral está en la máxima: "No hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti."

La seguridad se establece como la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su *persona*, de sus derechos y de sus propiedades.

#### 4.3.1.5. *Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)*

No es un tratado internacional como tal, pero sí influyó a la gran mayoría de los signatarios a reformar su legislación, adoptando los principios en ella proclamados.

Comienza en su artículo primero diciendo que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Su artículo tercero nos apoya en este tema mencionando que los individuos tienen derecho a la vida, a la libertad y a la *seguridad de su persona*.

“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”, es lo que reza su artículo quinto.

En el artículo vigésimo quinto, apartado I, “...reconoce el derecho de las personas ‘a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’ podemos concluir que el derecho de toda persona capaz a dictar disposiciones y a estipular para su incapacidad tiene raigambre constitucional...”<sup>34</sup> reconocida en nuestro caso, en el artículo cuarto constitucional, donde se garantiza el derecho que tiene todo individuo a la protección de la salud.

Estas garantías personales debemos tenerlas presentes siempre que hablemos de disposiciones sobre la propia incapacidad, específicamente hablando de la tutela voluntaria, y no sólo ello, sino que es menester asimilar cuál es el alcance de su contenido, pues al ser obligado a permanecer vivo de una forma forzada y artificial, alejado del derecho que se tiene a la salud, podría llegar a violentar las garantías personales.

#### 4.3.2. *Fundamento legal*

##### 4.3.2.1. *La autonomía de la voluntad y la autonomía privada*

“La autonomía de la voluntad se refiere a la facultad de toda persona de desatar los efectos jurídicos, establecidos previamente en el ordenamiento jurídico, por medio de la manifestación de su voluntad en determinado sentido... implica el reconocimiento de

---

<sup>34</sup> Nelly A. Taiana de Brandi y Luis Rogelio Llorens, *op. cit.*, pp. 31-32.

la libertad del hombre de actuar dentro de lo permitido por el ordenamiento jurídico...”<sup>35</sup>

“En la autonomía de la voluntad se da relieve a la voluntad real o psicológica de los sujetos.”<sup>36</sup>

“En un sentido general —opina De Castro— se entiende por autonomía privada, el poder de autodeterminación de la persona.”<sup>37</sup> “El sentido inmediato del término se amplía así hasta comprender todo el ámbito de la autarquía personal. Se piensa entonces en la esfera de libertad de la persona, para ejercitar facultades y derechos, y también para conformar las diversas relaciones jurídicas que le atañen. De modo que podría ser definida, como aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social... Dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos partes: 1ª El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. 2ª El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Las que se han concretado en torno de las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad) referida al ámbito del negocio jurídico. La segunda, concretada en el ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos... La autonomía de la voluntad es la médula del negocio y es el poder de la persona para dictar reglas y dárselas a sí mismo... La voluntad se puede encuadrar como un hecho psíquico interno que implica un querer o facultad de decisión, que puede ser más o menos libre... puede ser autónoma...y puede ser heterónoma.”<sup>38</sup>

Una de las aspiraciones naturales del hombre social consiste en ver reconocido un espacio para el libre y autónomo ejercicio de su voluntad, en el que pueda desarrollar su iniciativa creadora con eficacia jurídica, por lo que sólo un ordenamiento jurídico que reserve con verdadera suficiencia dicho espacio libre de acción, y

---

<sup>35</sup> Rodrigo Sánchez Fernández, *Designación de tutor en previsión de la incapacidad*. Universidad La Salle, Tesis profesional, México, p. 89.

<sup>36</sup> Luigi Ferri, *La autonomía privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 5.

<sup>37</sup> Federico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 12.

<sup>38</sup> Juan José Rivas Martínez, *op. cit.*, pp. 195-196.

no lo ponga repetidamente en entredicho o riesgo, será capaz de engendrar plena seguridad jurídica.

“El término que califica a la voluntad autónoma es la libertad. La autonomía supone, pues, fundamentalmente, libertad.”

“Libertad significa la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra o bien de no obrar, por lo que será responsable de sus actos... y es precisamente la autonomía de la voluntad la manifestación más clara y rotunda del término libertad.”<sup>39</sup>

“Ferri considera que la autonomía privada no es expresión de una mera licitud o facultad, sino una manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas.”

Al contrario de Betti, el autor citado considera que: “Debe verse en la voluntad de los sujetos la fuente de los efectos jurídicos, fuente que operaría en concomitancia con la voluntad de la ley.”

Dentro de esta misma corriente Salvatore Romano considera que: “La autonomía privada, indica subjetivamente la potestad de darse un ordenamiento jurídico y objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o personas se constituyan por sí.”

Passarelli afirma: “Que con la palabra autonomía se ha definido la posición de la voluntad productora de efectos jurídicos”.

Ferri establece: “El problema de la autonomía de la voluntad es ante todo un problema de límites, y de límites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse a menos que se quisiera identificar la autonomía con la libertad o moral del hombre.”<sup>40</sup>

Como hemos visto a lo largo de las citas anotadas podemos decir que en el Derecho Positivo Mexicano, específicamente en el Derecho de Familia, se encuentra frenada la autonomía privada, ya que el legislador ha querido establecer limitaciones a la libertad humana con el fin de garantizar la organización y funcionamiento de la naturaleza humana sociable y libre.

Recordemos lo que nos dice el artículo 6º del Código Civil para el Distrito Federal:

“La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse

<sup>39</sup> Juan José Rivas Martínez, *op. cit.*, p. 196.

<sup>40</sup> Rodrigo Sánchez Fernández, *op. cit.*, p. 91.

los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros”

Así las cosas, tenemos también que el artículo 138 ter nos dice:

Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.

Finalmente el artículo 452 del código en mérito consigna:

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

La autonomía privada no puede ser fundamento legal del tutor voluntario, ya que la figura entraría dentro del Derecho de Familia, el cual constituye un obstáculo insuperable para ese poder de autorregularse, mediante la creación de normas jurídicas que tiene toda persona.

“Cuando la doctrina o el legislador —establece Ferri— afirman que no se puede ejercitar el poder de disposición sobre ciertas relaciones o sobre ciertos derechos, en sustancia lo que hacen es excluir tales relaciones y derechos del ámbito en que opera la autonomía privada: es la llamada materia sustraída a la disponibilidad de las partes.”<sup>41</sup>

“En la vida social hay toda una serie de materias que escapan en una amplia medida a la libre voluntad de los individuos y que son reglamentadas por el Estado. Acontece así con la organización de la familia.”<sup>42</sup>

Luego entonces el fundamento legal para adicionar a nuestro código la figura de la tutela voluntaria, es la autonomía de la voluntad “entendida ésta, como el poder de autodeterminación de toda persona, mediante la actualización de supuestos jurídicos, establecidos previamente en el ordenamiento jurídico, que traen como consecuencia la producción de determinados efectos jurídicos contemplados en los supuestos que se actualizan”.<sup>43</sup>

La designación de tutor voluntario “representa un negocio jurídico, si tomamos en cuenta la definición del mismo, “como una

---

<sup>41</sup> Citado por Rodrigo Sánchez Fernández, *op. cit.*, p. 93.

<sup>42</sup> *Ibidem.*

<sup>43</sup> *Ibidem.*

manifestación de la voluntad dirigida a producir efectos jurídicos”, definición que según Betti no recoge la esencia misma del negocio jurídico, “la cual reside en la autonomía, en la autorregulación de intereses en las relaciones privadas, autorregulación en la que el individuo no debe limitarse a ‘querer’, a desear, sino más bien a disponer, o sea, actuar objetivamente”.

“Este actuar objetivamente, que implica el disponer, (base de la autonomía de la voluntad) tiene límites, dentro de los cuales según Betti se encuentra, ‘el que se sustraen de la disposición privada los efectos de los negocios jurídicos válidamente creados’, por lo que sin la reforma propuesta —la cual se halla en el apéndice del presente libro— quedaría fuera del alcance de los particulares la designación de tutor en previsión de la incapacidad, toda vez que se estaría disponiendo de los efectos que actualmente señala la ley, acerca de la interdicción de determinada persona, que serían (sin la reforma propuesta) necesariamente el llamamiento que la ley hace del tutor legítimo o dativo según sea el caso.”<sup>44</sup>

#### 4.4. *Naturaleza jurídica*

La naturaleza jurídica de la designación del tutor voluntario debemos analizarla a la luz de la teoría francesa del acto jurídico.

Asentado lo anterior decimos que el acto jurídico es “una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de Derecho o en una institución jurídica, en contra o a favor de varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación. Modificación o extinción de una relación de derecho”.<sup>45</sup>

Hay que recordar que la voluntad es el elemento básico tratándose del acto jurídico, pues el hombre la manifiesta porque precisamente quiere desatar las consecuencias establecidas por la norma jurídica.

En el momento en que una persona capaz, externe su voluntad encaminada a nombrarse un tutor o tutores voluntarios estará configurando un acto jurídico. Dicho acto no requerirá de la aceptación por parte de la persona designada, a menos que por una

<sup>44</sup> *Idem*, pp. 95-96.

<sup>45</sup> Julien Bonnetcase, citado por Rodrigo Sánchez Fernández, *op. cit.*, p. 98

causa legítima se le excuse de ejercer el cargo. Así será un acto jurídico unilateral pues en el caso que analizamos el tutor o tutores voluntarios no formarán parte del negocio, ya que no es necesario su consentimiento.

#### 4.5. *Nuestra opinión*

Estimamos que si la Asamblea Legislativa pretende realizar una reforma profunda al Código Civil, no soslaye las propuestas que se han vertido en este apartado de la tutela voluntaria, que como mencionamos al principio, es una realidad que ya se está viviendo y por lo tanto no se puede dejar de reconocer por el sistema normativo dichas situaciones.

Estimamos de igual forma, que dependiendo del caso concreto, podría configurarse la tutela voluntaria de una manera plural como lo analizamos a lo largo de este libro. Ya no con las justificaciones que esgrimimos para el caso de la tutela de los menores, pero creemos que el mayor de edad que prevea su incapacidad encontrará garantías más amplias con una tutela voluntaria plural.