

La tutela plural

CARLOS EFRÉN RENDÓN UGALDE*

La felicidad, el amor y el Universo entero yacen en el interior de nosotros mismos; es inútil tratar de encontrarlos fuera de uno, si antes no se busca en la intimidad del alma.

Quiero aprovechar este espacio para agradecer al Consejo del Colegio de Notarios del Distrito Federal por haberme distinguido con el premio que año tras año concede a la mejor tesis profesional para obtener el grado de Licenciado en Derecho, y para decir que precisamente este artículo constituye una síntesis de aquélla. También por un deber ineludible de agradecimiento, quiero dejar constancia de mi infinita gratitud hacia la persona que dirigió mi tesis, el señor notario José Ángel Villalobos Magaña.

PROLEGÓMENOS

Hoy en día, a un paso de terminar el siglo XX, es menester refrendar el hecho de que el poder —en sus múltiples formas—, detentado en una sola persona, ha resultado pernicioso para el ser humano y para la sociedad en general.

La experiencia ha demostrado, hasta el cansancio, la tendencia de adoptar formas de gobierno “colegiadas”, es decir, con un sistema de frenos y contrapesos en el ejercicio de las funciones de poder.

El ejemplo más claro es la evolución que han sufrido las formas de poder político a través de los años. Los modernos medios de comunicación —característicos de nuestro tiempo— nos han servido para enterarnos de cómo cada vez más Estados abandonan formas de gobierno monárquicas, pues han probado su ineficacia en cualquier orden.

El poder paternal, el poder —digámoslo así— doméstico, no ha quedado sustraído de la evolución que acabamos de anotar en párrafos anteriores, y de haber estado depositado en uno solo de los progenito-

* Egresado de la Universidad Iberoamericana. Ganador del concurso “Premio Colegio de Notarios del Distrito Federal”, a la mejor tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho en el año de 1999.

res, se ha llegado al punto de reconocer la igualdad del hombre y de la mujer dentro del hogar.

En este orden de ideas y refiriéndonos ya específicamente a nuestro derecho de familia, se ha aceptado que la patria potestad que en un principio la ejercía únicamente el hombre, corresponde al padre y a la madre conjuntamente.

Sabemos que la tutela, a través de los tiempos, ha sido la institución supletoria de la patria potestad. En tal virtud, el tutor ejerce un poder, una autoridad que le permite realizar en forma cabal su papel de protector y representante de la persona y el patrimonio del que está sujeto a ella.

Lamentablemente, el legislador no tuvo la visión ni el conocimiento para adecuar la institución supletoria a la institución suplida, pues el poder del tutor se ejerce de manera unitaria desde que nuestra legislación recogió dicha institución jurídica, lo cual tuvo sentido hasta que se reconoció la igualdad del hombre y la mujer, que hemos mencionado, en el ejercicio de la patria potestad. Por ello no hay razón por la cual la tutela se siga ejerciendo de la manera que lo ha sido hasta ahora. Violenta y va en contra de la corriente generalizada del sistema de frenos y contrapesos a que hacíamos alusión al principio.

Es aquí donde nuestra investigación encuentra justificación y sentido, pues ningún doctrinario del medio jurídico mexicano ha tenido la certeza de prevenir esta aberración dentro de la institución tutelar mexicana, a pesar de que la realidad que impera en nuestros días, no sólo reclama, sino que exige el destierro de todo ejercicio unitario del poder en cualquiera de sus contextos. Sería una imprudencia querer negar que las organizaciones humanas que triunfan lo hacen ejerciendo el poder de una manera colegiada.

El objetivo de la presente investigación consiste en destruir el principio de la unidad del poder en la institución jurídica de la tutela. El tema reviste especial importancia, pues por un lado tiene injerencia directa en los menores. Sabemos que los menores son la semilla que nutrirá la sociedad mexicana en años venideros. En la medida que esos seres humanos estén formados para el servicio a sus prójimos, podrán proveer de valores a la sociedad en que se desarrollen, promoviendo de esta manera el bien común.

Por otro lado, el tema de la tutela tiene injerencia con las personas mayores de edad incapacitadas. Queda claro el interés que tiene la sociedad en regular este supuesto, pues el Estado Mexicano tiene, dentro de sus fines, el de proteger a la persona humana y sus valores.

ALGO DE HISTORIA

Grecia

La tutela en Grecia se consideró que pertenecía al derecho común establecida para el beneficio de la familia. Tenían, empero, noción de la diferencia entre el poder que se ejercía hacia el impúber¹ y hacia la mujer. En el primer caso el poder lo denominaban *epitropeia*, y en el segundo era denominado *kyreia*.

El patrimonio del impúber era administrado por un tutor designado previamente, *inter vivos* o mediante testamento, por el padre. En ausencia de instrucciones por parte del padre, el pariente próximo actuaba como tutor, si lo autorizaba el arconte epónimo.² Si no había parientes adecuados a la responsabilidad, éste elegía a uno de todos los ciudadanos. Una vez designado, la administración del tutor quedaba bajo su supervisión y una vez concluida era responsable para con el pupilo.

Dentro de las funciones del arconte epónimo se encontraban:

Las causas públicas (*graphai*) y privadas (*dikai*) que son sorteadas por él y que después de instruir las lleva al tribunal, son las siguientes: malos tratos a los padres (estas denuncias no acarrear castigo al que la quiera presentar), malos tratos a los huérfanos (éstas son contra los tutores), malos tratos a una hija heredera (éstas son contra los tutores y contra los que con ella se hayan casado), daño a la hacienda de un huérfano (también son éstas contra los tutores), locura, si alguien acusa a alguno de destruir sus bienes por enajenación mental; para elección de partidores, si alguien no quiere repartir lo que es común, para la tutela; para la atribución de la tutela, para exhibición de bienes, para inscribirse uno mismo como tutor, las reclamaciones de herencia e hija heredera. Cuida también de los huérfanos, de las hijas herederas y de las mujeres que, al morir su marido, aleguen estar embarazadas; y tiene plenos poderes para multar o llevar al tribunal a los que hayan ofendido. Arrienda también las propiedades de los huérfanos y de las hijas herederas hasta que lleguen éstas a los catorce años, y recibe las hipotecas, y a los tutores, si no dan a los niños el alimento, éste les obliga a pagar.³

¹ En Grecia se era impúber hasta cumplir los dieciocho años.

² El arconte epónimo sucedía, en muchas funciones judiciales, a los antiguos reyes y se le consideraba como protector público de los que eran incapaces para defenderse a sí mismos. Él, junto con el Rey y el Polemarco, eran examinados en el Consejo de los Quinientos, el cual los votaba a mano alzada. Igualmente eran examinados en el tribunal antes de ejercer su función y los votaban utilizando "piedritas".

³ Aristóteles. *Constitución de los atenienses*. Trad. Concepción Serrano Aybar, Gredos, Madrid, 1984, pp. 185-189.

Aristóteles, apuntamos anteriormente, marcaba como una de las funciones del arconte epónimo la atribución de la tutela, la cual procedía cuando había que discernir entre una dualidad de reclamaciones rivales a saber:

- I. Las obligaciones del tutor podían ser una carga que los parientes intentarían evitar; o
- II. Sería un privilegio por el cual competirían.⁴

Mencionaremos, por la importancia que reviste para el tema que abordamos, que en Grecia se reconocía a la “madre tutora” (la *epakolouthetria* de los papiros), configurándose de esta manera una institución tutelar de índole múltiple, porque conjuntamente con el tutor designado podía nombrarse a la “tutora 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.

Cuando cesaban las funciones del tutor, era responsable del reembolso y la restitución del patrimonio del pupilo. Son célebres los discursos de Demóstenes contra su tutor Afobo, que había administrado mal y se había aprovechado del patrimonio que le dejara su padre.

Roma

“La pluralidad de tutores —apunta Eugene Petit— era muy frecuente entre los romanos, porque el pupilo encontraba protección y garantías más completas.”⁵

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

- a) *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.

⁴ Cfr. *Ibidem*.

⁵ Eugene Petit, *Tratado elemental de derecho romano*, 12a. ed., Porrúa, México, 1995, p. 12.

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.

- b) *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 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.

Nos oponemos a la opinión de Guillermo Floris Margadant,⁶ cuando sostiene terminantemente que la madre del pupilo no podía ser tutriz. No ejercía efectivamente la patria potestad, pero intervenía en asuntos que se relacionaran con la salud o educación del pupilo.

⁶ Cfr. Guillermo Floris Margadant. *El derecho privado romano*. 22a. ed., Esfinge, México, 1997, pp. 219-223.

Para desvirtuar la aseveración del mencionado romanista, desarrollaremos la siguiente idea:

El derecho helenístico reconocía la “madre tutora”. Papiniano (D. 26, 2, 26 pr.) refleja la reacción del *ius nostrum* ante esta práctica mediante el recurso de hacer a la madre “tutora 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 análisis histórico que acabamos de realizar, comprobamos que la madre sí podía desempeñar el cargo de “tutora adjunta”, configurándose así otro matiz que se practicó en Roma en relación con la pluralidad de tutores. La madre, como “tutora 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.

Derecho germánico

Vieacker menciona que aunque los rasgos esenciales de la tutela estuvieron esbozados en la evolución jurídica alemana, la regulación técnica de la institución fue justiniana.⁷

Originariamente en el derecho germánico existía, como en el derecho romano, la tutela de las mujeres, que se relajó muy pronto y que no pasó a los nuevos códigos, pero cuyos últimos restos sólo fueron eliminados por la legislación particular de los años 60 y 70 del siglo XIX.

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

⁷ Vieacker citado por José Castán Tobeñas. *Derecho Civil Español*, Común y Foral, 9a. ed., Reus, Madrid, 1985, t. V, v. II., p. 404.

(*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 especie 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 todos éstos, la autoridad deberá designarlo.

Antiguo derecho español

Hay que hacer notar, antes de seguir adelante, 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 sustenta la presente investigación, pues es evidente que la tutela en estas dos legislaciones citadas, 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 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.⁸

Este Cuerpo Legal, juntamente con la Ley de Enjuiciamiento civil, constituyó el Derecho vigente hasta la publicación del Código. 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.

Derecho civil mexicano

Código Civil de 1870

La institución jurídica objeto de nuestro estudio no es reglamentada sino hasta este Código, siendo tomada por los códigos ulteriores con algunas modificaciones. Este código primeramente establecía que la tutela era un cargo personal del cual uno sólo podía eximirse por causa legítima; menciona al tutor y curador como únicos elementos de la tutela; también hablaba sobre el diferimiento del tutor y del curador, señalando que sería por testamento, por ley, por elección del mismo incapaz confirmado por el juez y por nombramiento exclusivo del juez.

Se mencionaba la tutela en un título general, el cual desarrollaba tres capítulos que se referían a la declaración de estado de minoridad o de interdicción; el segundo capítulo se refería a la interdicción de los pródigos, y el tercero al estado de interdicción en general. Sobre la tutela legítima este rubro del código mencionaba que había tutela legítima en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad. En el caso de la tutela dativa, aquí se prescribía que el mayor de catorce años podía nombrar tutor. Se hacía sentir en todo el ordenamiento legal la presencia netamente masculina, ya que las mujeres no podían ser tutrices (excepto en los casos de tutela legítima del marido o de los hijos legítimos o naturales), y los extranjeros tampoco podían serlo a menos de que tuvieran su domicilio en el Distrito Federal.

⁸ Citados por Manuel F. Chávez Ascencio. *La Familia en el Derecho*, 2a. ed., Porrúa, 1992, t. II, p. 345.

Código Civil de 1884

Entre los cambios de forma que introdujo este Código podemos mencionar los siguientes:

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

El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos.

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

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

Como se puede inferir de lo anteriormente expuesto, tuvo a bien simplificar la tutela de los incapaces.

Ley sobre relaciones familiares

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

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

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

1. Mejorar la protección concedida a los incapacitados; y
2. Hacer más efectiva la vigilancia sobre los tutores.

A excepción de lo comentado anteriormente, no podemos dejar de mencionar que, en general, las disposiciones sobre tutela que contiene la ley en mérito fueron tomadas en su totalidad del Código Civil de 1884.

Código Civil de 1928

Teniendo en su Comisión Técnica a los señores licenciados Fernando Moreno, Francisco H. Ruiz, Rafael García Peña e Ignacio García Téllez, entró en vigor en 1932.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de la mencionada Comisión, se hace alusión a la institución tutelar en las siguientes palabras:

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

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

Se hizo responsable al juez que no nombrare oportunamente tutor, de los daños y perjuicios que se sigan al menor por esta falta, y estableció que el juez respondería subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela.

Se dispuso que el tutor que no hiciera las imposiciones de los donativos pertenecientes a los incapacitados dentro del plazo que fija la ley, pagará los réditos legales correspondientes, y se concedió al Ministerio Público y a los parientes del pupilo el derecho de promover la separación de los tutores que se encuentren en algunos de los casos en que la ley dispone que sean separados.⁹

DERECHO COMPARADO

Legislación chilena

Ahora bien, respecto a este rubro, 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.

⁹ Ignacio García Téllez, *Motivos, colaboración y concordancias del Nuevo Código Civil Mexicano*, 2a. ed., Porrúa, México, 1965, p. 49.

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, aún 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, administren 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 administren. 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.

Legislación española

El artículo 201 ordenaba expresamente:

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

Este artículo sólo tenía 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.

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”.¹⁰

La tutela se ejercerá por un solo tutor salvo:

- I. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio convenga separar como cargos distintos del 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 que 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.
- 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.
- IV. Cuando el juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento político notarial para ejercer la tutela conjuntamente.

¹⁰ José Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español*, Común y Foral, Reus, Madrid, 1988, t. V, v. II, p. 409.

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.

Legislación francesa

En general, sólo existe un tutor que reúne en su persona todos los poderes que confiere este título. Él solo 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.”¹¹

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.”¹²

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.

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, con motivo de

¹¹ 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.

¹² *Ibidem*.

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.

Legislación italiana

La única referencia que menciona este código 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 solo tutor, salvo que circunstancias particulares aconsejen el nombramiento de varios tutores...

Legislación alemana

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, mas 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.

LA TUTELA PLURAL EN MÉXICO

Justificación filosófica

Concepto de “Poder”

En la filosofía política, el problema del poder ha sido presentado bajo tres aspectos, según los cuales se pueden distinguir tres teorías fundamentales del poder: la sustancialista, la subjetivista y la relacional. En las teorías sustancialistas del poder, se encuentra la de Hobbes, según la cual “el poder de un hombre[...] son los medios en que dispone en tiempo presente para obtener algún aparente bien futuro”.¹³ Bertrand Russell dio una definición según la cual el poder consiste “en la producción de

¹³ Norberto Bobbio. *Estado, Gobierno, Sociedad*. Contribución a una Teoría General de la Política, Plaza y Janés, Colección Hombre y Sociedad, Madrid, 1987, p. 85.

los efectos deseados”¹⁴ y puede tener en cuanto a tal tres formas: poder físico y constrictivo, su expresión concreta más visible es el poder militar; psicológico, que se basa en las amenazas o en las promesas de recompensas, principalmente el poderío económico; mental, que se ejercita a través de la persuasión o de la disuasión, cuya forma elemental presente en toda sociedad es la educación.

Típica interpretación subjetivista del poder es la que propone Locke. Locke por poder entiende “la capacidad del sujeto de obtener ciertos efectos”¹⁵ no la cosa que sirve para lograr un fin, por lo que dice que el fuego tiene el poder de fundir los metales del mismo modo que el monarca tiene el poder de hacer las leyes y haciendo las leyes de influir sobre la conducta de sus súbditos. Esta manera de entender el poder es la que han adoptado los juristas para definir el derecho subjetivo: que un sujeto tenga un derecho subjetivo significa que el ordenamiento jurídico le ha otorgado el poder de obtener ciertos efectos. Sin embargo, la interpretación más aceptada en el discurso político contemporáneo es la tercera, que se remonta al concepto relacional de poder y para la que por poder hay que entender una relación entre dos sujetos de los que el primero obtiene del segundo un comportamiento que éste, de otro modo, no habría tenido. La más famosa y la más sintética de las definiciones relacionales es la de Robert Dahl: “La influencia (concepto más amplio en el que se inscribe el concepto de poder) es una relación entre actores, en la que un actor induce a los otros a que actúen de un modo en el que de otra forma, no actuarían.”¹⁶

El Poder Paternal

Robert Filmer

La doctrina de Filmer se interpreta como el desarrollo más pleno del derecho divino natural de los reyes, ajeno a toda noción electiva, transmisora-social o que base el poder en el consenso general. Mezcla a este concepto absoluto y sagrado del poder de los reyes otra noción, no sólo comprensible para la conciencia de su época, sino arraigada en sus más profundos estratos mentales: *la fundamentación patriarcal de ese poder, en general, la estructura patriarcalista del orden social*, idea que enlaza, como veremos, con una concepción comunitaria de la sociedad. Una y otra idea (la absolutista-romanista del poder y la patriarcalista) son do-

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Idem*, pp. 85-86.

cumentadas por Filmer, como dijimos, en la Biblia, rasgo éste común a los autores de la época, incluido Locke. Quien es depositario o sujeto de un poder respetable y superior, recibe espontáneamente el título de padre. La concepción patriarcal posee en el Cristianismo un supremo origen teológico en la concepción trinitaria de Dios, donde se da la primacía al Padre sobre el Hijo y el Espíritu Divino en la trinidad de personas.

La asimilación del poder de los reyes a la patria potestad, la derivación patriarcal del mismo, habría de tocar en los espíritus de aquella sociedad, resortes emocionales y responder a actitudes mentales muy hondas.

El razonamiento de Filmer se encamina a demostrar la imposibilidad de otro origen del poder y de la constitución de la sociedad que no sea el patriarcal-religioso, la imposibilidad del origen pactista o por contrato social, de la siguiente manera: al crear Dios al hombre en un solo individuo —Adán y Eva— y no en una multiplicidad simultánea, quiso demostrar el origen unitario (monárquico) del poder; al crear de Adán a la mujer y de ambos a los hijos quiso establecer sucesivas subordinaciones que hacen de la sociedad inicial una familia prolongada y jerarquizada. En el dominio concedido por Dios a Adán sobre cuanto es en la Tierra, cree encontrar Filmer el origen de *todo poder*.

La familia es el germen de la sociedad civil, como el patriarca lo es del poder real, depositario de la autoridad suprema. El poder es de este modo sagrado en su origen, no creable sino recibido, absoluto (no sometido a la ley humana previa); pero es divisible y delegable.

La teoría voluntarista o pactista aparece a los ojos de Filmer como absurda, irreal y contradictoria. El paternalismo aparece así, en la teoría de Filmer, tan necesario para explicar la continuidad del poder como su división en sociedades y poderes históricos. Más aún: el lazo o vínculo social sólo puede ser de orden religioso, patriarcal o hereditario en su transmisión, nunca voluntario o pactado.

Thomas Hobbes

Critica el hecho de que quienes han intentado probar el poder de los padres sobre los hijos no hubieren dado otra razón mas que la de la generación. Aduciendo que es una solución muy simple que todo aquello que hemos engendrado nos pertenece.

Primeramente menciona que por el mismo derecho natural, un hijo está bajo el dominio directo de aquel que lo tiene bajo su poder. De ahí

que el niño que acaba de nacer está bajo el poder de su madre, antes de cualquier otro, de manera que puede criarlo o dejar que sea expósito, como mejor le parezca.

Sigue diciendo que el dominio pasa de la madre a otras personas en varios casos: primero, si abandona su derecho haciendo del niño un expósito. Entonces, aquel que lo ampara y lo educa adquiere el mismo derecho y toma la autoridad de la madre, no por parirle, sino por alimentarle, pues al dejarlo como expósito es como si le hubiera quitado la vida que le había dado, y se aparta de toda la obligación que tenía. Incluso, aunque la madre pueda reclamar a su hijo en el estado de naturaleza en el cual todas las cosas son comunes, no tiene ningún derecho particular sobre él, y éste, a su vez, no puede justamente abandonar a aquel a quien está obligado de por vida. En segundo lugar, si la madre ha sido prisionera de guerra, el niño que nazca pertenecerá al vencedor; pues aquel que tiene poder sobre el cuerpo de una persona, tiene poder para todo aquello que le pertenece. En tercer lugar, si es una burguesa de una determinada ciudad, aquel que es dueño de ella extiende su señorío a todo cuanto nazca de ella, pues el niño no puede ser menos súbdito que su madre. Pero si una mujer tiene hijos de su súbdito, los hijos son de la madre, ya que de otro modo saldría perjudicado su poder.

En una palabra, en toda relación entre hombre y mujer en que una parte se somete a la otra, los hijos pertenecen a la parte que tiene poder.

Si en el estado de naturaleza el hombre y la mujer se unen sin someterse al poder de uno o de otro, los hijos que nazcan pertenecen a la madre, por las razones aducidas anteriormente, salvo que algún pacto lo prohíba, ya que nada se opone a que una madre contrate y disponga de sus derechos como mejor le parezca.

Hobbes sostiene una excepción a lo mencionado: en un gobierno civil, cuando un hombre y una mujer se unen por medio de contrato, los hijos que nazcan pertenecerán al padre; esto se debe a que todos esos estados están gobernados por hombres, no por mujeres, y, por consiguiente, el imperio doméstico está en manos del padre. Este contrato, cuando está hecho según las leyes civiles, se llama matrimonio. En cualquier otro tipo de unión los hijos permanecen bajo el poder del padre o de la madre, según las leyes o costumbres del lugar.

Siguiendo a Hobbes, como apuntamos anteriormente, la madre originariamente es la dueña de los hijos, y después el padre, o cualquiera otro que ocupe el puesto de ella, es evidente que los hijos no están menos sometidos a quienes los alimentan y les educan, que los siervos en

relación con sus dueños, o que los particulares al Estado; y que los padres y las madres no pueden causar daño a sus hijos mientras viven bajo su poder. Por ello, un hijo queda libre de la sujeción de los padres por los mismos medios que los súbditos y siervos. Pues la emancipación es lo mismo que la manumisión, y la abdicación responde al destierro.

De todo esto, Hobbes concluye que el mandamiento de honrar al padre y a la madre es una de las leyes naturales, no sólo por causa de la gratitud, sino también en virtud de un pacto.

Que el padre, los hijos y los siervos de la casa, constituyendo una persona civil por la fuerza de la autoridad paterna, se llama una familia. Pero si aumenta por la multiplicación de los hijos, por adquirir una mayor cantidad de siervos de modo que no pueda ser vencida por el azar de una batalla, puede llamársele, según Hobbes, *reino patrimonial*. Por tanto, este reino se diferencia de la monarquía en su origen y en la forma de su establecimiento en que ésta se adquiere por la fuerza. Pero, una vez establecido, sí tiene todas las propiedades y prerrogativas de la monarquía, y no es necesario agregar nada más, ya que Hobbes considera que lo que ha sostenido sirve para ambos.

John Locke

No será el suyo un análisis histórico, sino un análisis psicológico-práctico a partir de la teoría del estado pre-social o de naturaleza en el hombre y del supuesto de la formación contractual de la sociedad.

Según Locke, Robert Filmer basa su concepción política en dos afirmaciones: que todo gobierno es en el fondo una monarquía absoluta, y que el hombre no nace libre, sino sometido a una autoridad. La base de estas afirmaciones se halla en que Dios entregó la posesión y gobierno del mundo a Adán y a sus sucesores, padres primero, patriarcas después, reyes, en fin.

La obediencia a los reyes es así de la misma naturaleza que la obediencia a los padres y, en definitiva, que la obediencia a Dios; con lo cual el poder real se sitúa tan alto que no le alcanzan ni aun los propios juramentos de los reyes ni aun las propias leyes.

Locke niega que Adán recibiese, junto con la posesión del mundo, el derecho de mandato. Difícilmente podría poseerlo si no tenía, al ser creado, nadie sobre quien ejercerlo. Examina para ello los sucesivos títulos bíblicos que para el poder político de Adán aduce Filmer. Es el primero el *título de creación* por el que Dios pone al hombre sobre cuanto existe

en el mundo creado. Para Locke, al hacer Dios a Adán rey de la Creación expresó sólo su superioridad de hecho, pero no le otorgó un poder político-moral sobre nadie. El segundo título estriba, según Filmer, en su potestad sobre Eva, expresado por Dios mismo al declararla sometida al hombre en ocasión de su expulsión del Paraíso. Según Locke, Dios no hizo en aquel momento sino expresar un aspecto de la condición de la mujer que formará parte del castigo divino: su inferioridad respecto del hombre —inferioridad de fuerzas— por la que tendrá que vivir sometida al más fuerte; pero en modo alguno entregaba a Adán un derecho o un poder (no era momento aquel de conceder derechos, sino de otorgar castigos). El tercer supuesto título es el de la *paternidad*: al crear Dios antes a Adán (y, en general, *a los padres respecto de los hijos*) ha expresado su voluntad de que los descendientes vivan sometidos al poder de los padres. Y tal poder se perpetúa según la Biblia en los padres de familia y en los patriarcas. Según Locke, se trata aquí también de un hecho, y no de un derecho. Por otra parte, la paternidad no se hereda, como los bienes, y ningún derecho de paternidad tiene el patriarca sobre sus hermanos y sus familias. El cuarto título es el precepto del Decálogo por el que se nos manda honrar a los padres. Según Locke, ha de tomarse este mandato en su sentido estricto o familiar, como lo prueba la expresión padre y madre, que no se aviene con el poder patriarcal absoluto.

Este método de privar de sentido trascendente a los testimonios bíblicos utilizados por Filmer, sirve a Locke en su designio de separar el orden político de todo fundamento patriarcal y religioso, y de concebirlo, sobre la sola base del consenso, como un artificio humano en el cual el hombre, al obedecerlo, se obedece a sí mismo.

Tanto el poder patriarcal como la comunidad son así realidades en cierto modo previas al individuo que no las constituye voluntariamente ni aun comprende como ideas de la mente, sino que las acepta y reconoce. La concepción patriarcal del poder otorga a éste un carácter necesario y permanente, depositario de un principio superior o sagrado que se opone a su concepción como delegado de una institución humana o como mandatario del consenso mayoritario, al igual que la noción comunitaria de la sociedad se opone a su visión contractualista o constitucional. Locke orienta su crítica contra la concepción patriarcal del poder, y precisamente en su expresión exagerada y no muy coherente de Filmer; pero en el fondo, el sentido de esa crítica y la posterior elaboración de su sistema político se orientan contra esa concepción comunitaria y religiosa de la sociedad radical humana.

Justificación psicológica

Al nacer, el infante sólo se reconoce a sí mismo. Es de suponerse que todavía no le preocupa abstracción alguna sobre sí mismo, y que sólo se dedica a lo concreto. Nada tan concreto como su *yo* orgánico. Si no puede tocar, probar, ver, escuchar u oler a una persona o cosa, ésta o aquélla no existen para él. Como su cuerpo es a la vez receptor y causante, se halla en una situación recíproca. Por ser capaz de correspondencia consigo mismo, puede ahora convertirse en objeto amoroso, dado que de él mismo proviene la satisfacción y el placer.

Poco después de descubrirse como objeto amoroso, y antes de haber formulado el amor de sí mismo en grado perdurable, el infante descubre objetos externos en la forma de madre, padre o *alguna otra figura adulta* que realiza para él cosas agradables. Sin necesitar mucha práctica, el infante descubre que puede aumentar el cuidado hacia sus necesidades. Si sonríe, ríe o responde con algún sonido perceptible por esa figura.

En consecuencia, muy pronto se establece una relación recíproca, y así ocurre en casi todos los niños, con la madre, que por lo común provee todas esas cosas placenteras. Desde luego, *esto puede suceder también con cualquier familiar sustituto*.

La etapa amorosa se relaciona sólo con la madre, sólo con el padre o con ambos. Aquí es precisamente donde entra la noción acerca del “complejo de Edipo”, que es un fenómeno de *identificación* sumamente importante en el desarrollo de la persona humana.

Aproximadamente, entre los tres y los cinco años, el niño y la niña se encuentran en la más fuerte agonía de polaridad ante el complejo de Edipo y de Electra respectivamente. Sin embargo, *dichos complejos siguen siendo un factor vital por el resto de sus vidas y conforma en mucho su actitud adulta hacia el sexo opuesto, hacia las figuras autoritarias y en sus relaciones con esposa(o) e hijos*. De ahí que es trascendental el hecho de que nuestra legislación civil adopte la autoridad tutelar colegiada pues en el rubro psicológico es lo ideal según lo estudiado anteriormente.

Justificación sociológica

A partir del Cristianismo, la potestad sobre los hijos cambia radicalmente, pues se proclaman los principios de igualdad de los esposos y contribuyó a mitigar la antigua rudeza de la patria potestad, poniendo la institución familiar al servicio de los hijos y para beneficio de éstos.

Ya hacia la Edad Media, el poder de protección significa, más que una potestad, un poder de protección que corresponde al padre y que participa de él la madre. Se pretendió a finales del siglo XVIII en Francia, depositar la potestad de los hijos en el Estado, ya que los hijos pertenecen a la República antes de pertenecer a sus padres. Incluso llegó a pensarse en disolver la potestad sobre los hijos, esto producto de la filosofía individualista que consagraba los derechos absolutos del individuo.

En nuestros días la potestad a la que están sujetos los hijos, se concibe como una función y un servicio establecidos en interés de ellos, basados en la finalidad de la familia como núcleo básico de la sociedad.

Justificación jurídica

Hemos sostenido en reiteradas ocasiones, a lo largo de la presente investigación, 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 padre, hasta que la tutela fue quedando rezagada respecto al ejercicio de ambos padres en la patria potestad.

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 de diversos autores:

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.¹⁷

Estudiamos anteriormente, que nuestra legislación tomó a la tutela primeramente de los principios del Derecho Romano de la antigua legislación española, además 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.

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*”. “Otorgó 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).”¹⁸ Recordemos que la tutela no es regulada sino hasta el código de 1870, el cual en su artículo 434 establecía:

“Ningún incapaz puede tener ó 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;
- II. Por la madre;
- III. Por el abuelo paterno;
- IV. Por el abuelo materno;
- V. Por la abuela paterna;
- VI. Por la abuela materna

¹⁷ Ignacio Galindo Garfias, *op. cit.*, pp. 694-695.

¹⁸ Ramón Sánchez Medal. *Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México*, 2a. ed., Porrúa, México, 1991, p. 15.

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.

Código Civil de 1884

Más tarde nos regularía el Código Civil de 1884 el cual “conservó la misma organización de la familia”.¹⁹ 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)

Ley sobre Relaciones Familiares de 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.”²⁰

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.

¹⁹ *Idem*, p. 16.

²⁰ *Idem*, p. 30.

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 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.²¹

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.²²

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 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.

Código Civil de 1928

Finalmente, el Código Civil de 1928 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

²¹ Ricardo Couto. *Derecho Civil Mexicano*, La Vasconia, México, 1919, t. II, p. 406.

²² *Ídem*, p. 413.

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.

CONSIDERACIONES FINALES

El principio de la tutela deriva de la razón natural.

La tutela se define a nuestro parecer de la siguiente manera:

Es la institución jurídica, de interés público que puede ser desempeñada por dos personas, coadyuvantes de la administración de justicia, las cuales tienen a su cargo personalísimo: la formación, representación, protección de la persona y patrimonio del incapacitado, no sujeto a patria potestad o del mayor que tiene incapacidad permanente para gobernarse a sí mismo o para manifestar su voluntad por algún medio.

Es irrefutable el hecho de que un gran número de países han normado jurídicamente la tutela plural y se nota una tendencia de los estados en que existe la tutela unitaria, en reformar su legislación para adoptar el sistema colegiado.

El tutor sólo puede ejercer su encomienda a través del poder, que de forma inherente, trae aparejado su cargo.

Poder es una relación (una influencia) entre actores, en la que un actor induce a los otros a que actúen de un modo en el que de otra forma no actuarían.

La forma de gobierno familiar que rija en una sociedad, determinará de manera directa la forma de gobierno político de un estado.

En las sociedades donde la potestad familiar recaía en el padre, la forma de gobierno político era monárquica. A partir de la Revolución Francesa y con la caída de los regímenes absolutistas, se empieza a reconocer de hecho y jurídicamente una igualdad de la autoridad materna y paterna entrando al siglo XIX.

Por virtud del derecho natural, un hijo está bajo el dominio inmediato de aquel que lo tiene bajo su poder.

En toda relación entre hombre y mujer en que una parte se somete a otra, los hijos le pertenecen a la parte que tiene poder, el cual durante mucho tiempo lo tuvo el padre.

La patria potestad evolucionó, de ser depositada sólo en el jefe paternal, a ser ejercida conjuntamente por los dos progenitores.

Los complejos de Edipo y Electra son un factor vital por el resto de la vida de la persona y conforman en mucho su actitud adulta hacia el sexo opuesto, hacia las figuras autoritarias y en sus relaciones con esposa e hijos.

Las tendencias actuales se dirigen, en todos los órdenes, a que el ejercicio de funciones que entrañen poder sean ejercidas de manera colegiada. Se busca que el poder controle al poder.

La tutela plural no es un capricho de moda; es un requisito indispensable para proveer de coherencia y actualidad a esta institución en relación con la realidad que trae aparejada el nuevo milenio, y en consecuencia responda de forma eficiente a los problemas surgidos de la realidad histórica que nos depara el siglo XXI.

EPÍLOGO

“Busquemos como quienes van a encontrar, y encontremos como quienes aún han de buscar, pues cuando el hombre ha terminado algo, entonces es cuando empieza.”

Agustín Basave Fernández Del Valle