

## PRELIMINAR

El propósito de este trabajo es el estudio de los aspectos jurídicos de la intervención del poder público en la tutela de los menores de edad.

He seleccionado el tema en vista del especial interés que se ha desarrollado en la sociedad, tanto en el ámbito internacional, como en el nacional de diversos Estados, entre ellos, México, por la protección a la infancia. Prueba de este interés lo constituyen la Declaración de Derechos del Menor de la Organización de Naciones Unidas, emitida en 1989, y los numerosos tratados celebrados entre diversas naciones, tanto europeas como americanas. En el ámbito interno, cada Estado ha procurado actualizar sus legislaciones para adaptarlas a los nuevos principios que se han generado en torno a la infancia.

La palabra *menor* proviene de la latina *minor*, adjetivo comparativo, que, referido al ser humano, se utiliza para diferenciar una circunstancia que concurre en la persona durante las primeras etapas evolutivas de su desarrollo. Esta diferencia separa a una parte a la colectividad que aún no ha alcanzado el pleno desenvolvimiento de su personalidad, de aquella otra que ya logró su plenitud existencial.

La infancia se caracteriza por una situación de dependencia frente a otra de autonomía, propia de quienes ya normalmente desarrollados alcanzan la necesaria madurez para regir su propio destino.

Se es menor en comparación con una persona mayor; de este modo nos hayamos ante un adjetivo comparativo que determina una situación concreta de la vida humana, a la que se denomina minoría de edad, y que es recogida por el Derecho.

La minoría de edad comprende un periodo de la vida del hombre que no debe ser visto sólo como un hecho cronológico, exacto y absoluto, sino que varía según las clases de relaciones que puedan entrar en juego, y además está determinada por el ordenamiento jurídico que la regula.

Si bien “las coordenadas en que se desenvuelve un adulto son diferentes a las que se refieren al menor, ambas colectividades son contemporáneas, de manera que las relaciones que mantienen entre sí han de responder a presupuestos específicos y radicalmente distintos de aquellos que condicionan las relaciones entre adultos. Intereses y necesidades distintas exigen una regulación jurídica y diferente”.<sup>1</sup>

Al constituir la minoría de edad una realidad de la existencia humana, se requiere el aporte del medio social más inmediato para resolver los problemas que pudieran surgir. El Derecho, ante tal realidad, ha establecido una serie de relaciones vinculantes derivadas del hecho biológico de la procreación; entre el hijo y sus progenitores surgen la filiación y su consecuencia, la patria potestad. La natural posibilidad de que los padres mueran antes de que el menor llegue a la edad adulta, propicia otra serie de relaciones vinculantes entre el menor huérfano y la persona o personas que asuman benévola o legalmente las responsabilidades sobre los menores a través de la tutela.

El Derecho impone deberes a las personas obligadas a proporcionar protección al menor, le confieren un poder, pero éste es limitado. Si el menor es incapaz para obrar, también al mayor le está prohibido realizar actos en perjuicio de los menores.

En la antigüedad, el menor estaba privado hasta del derecho a la vida, y la minoría de edad fue considerada como una situación sin importancia; el menor era un ser carente de las aptitudes necesarias para asumir las funciones del adulto. Aun cuando la minoría de edad no trascendía al ámbito jurídico, el periodo de la niñez

<sup>1</sup> Mendizábal, Osés, *Derecho de los Menores, Teoría General*, Madrid, Ed. Pirámide, 1977, p. 43.

siempre comportó una situación de desvalimiento a la que se otorgaba una protección genérica directamente encomendada a salvaguardar el patrimonio y el linaje de quienes, en un futuro más o menos próximo, afirmarían la continuidad de la familia o del grupo social al cual pertenecían.

El Derecho Romano, a través de diferentes instituciones, reguló la especial situación de los que no habían alcanzado la etapa adulta, entre ellas, la patria potestad, la tutela, la curatela y la adopción. Sin embargo, el enfoque que el ordenamiento jurídico dio a estas instituciones fue la del interés de los adultos y no el de los menores: la patria potestad era el poder absoluto que ejercía el padre sobre los hijos; la tutela y la curatela se establecieron para evitar que los bienes, cuyo titular era un menor, que carecía de personalidad jurídica, quedaran fuera del comercio por falta de un representante legal; y la adopción tenía como fin dotar de heredero al ciudadano que carecía de descendencia. Estas instituciones fueron transformándose poco a poco por circunstancias diversas, entre ellas, la preocupación y el interés de la sociedad para lograr la integración de los menores al mundo social, que redundara tanto en beneficio de los menores como de la sociedad, para convertirse en instituciones protectoras de la infancia.

¿Cuándo y por qué la entidad pública comenzó a interesarse por los menores? y, ¿en qué grado ha intervenido en los asuntos que a éstos conciernen? y, ¿cuáles son las justificaciones y alcances de los actos de la autoridad pública? Éstas son algunas de las preguntas que se pretenden responder en el desarrollo de este trabajo. Ante tan extensa tarea, opté por limitar mi análisis a la intervención del Estado en una institución concreta, *la tutela*.

Las instituciones son núcleos divisorios del sistema de Derecho. La tutela cabe en esta definición ya que existe un conjunto de disposiciones organizadas y sistematizadas que forman una unidad dentro del Derecho y se refieren a un situación determinada: un menor carente de un ascendiente que ejerza la patria potestad y un sujeto capaz de defender, proteger y representar a ese menor. Como toda institución jurídica, la tutela está conectada con otras instituciones

jurídicas más generales que se unen con otras y así sucesivamente se elevan hasta constituir una unidad del sistema jurídico que abarca todo el Derecho.

Para alcanzar la conclusión de que la tutela ha sido y es una institución de interés público en la que participan, tanto la familia como el Estado, conviene delimitar ciertos conceptos que permitirán comprobar la hipótesis.

El Derecho privado regula las relaciones del menor con los otros miembros del grupo familiar, es en familia donde el menor establece sus primeros contactos sociales y afectivos. Sin embargo, se ha podido comprobar que la intervención del grupo familiar en la protección de los menores no sólo ha sido insuficiente, sino que, en ocasiones, algunos de sus miembros han actuado en perjuicio de los menores. Es entonces cuando se ha precisado la intervención del poder público, intervención que comienza como una vigilancia sobre la actuación en el grupo familiar y, llegado el caso, incluso, ha sustituido a éste mediante la intervención pública.

Resulta imprescindible destacar la transformación de una institución que pertenecía al ámbito del Derecho privado para convertirse en una institución de interés público, y en algunos casos, de estricto Derecho público. Desde la intervención del Estado en las tutelas tradicionales, establecidas en el Derecho privado, las cuales respondían a principios eminentemente tuitivos, la intervención del Estado ha sido cada vez mayor, llegando, en ocasiones, hasta la sustitución. Descubrir cuáles fueron las causas que determinaron el cambio, será otro de los objetivos.

El estudio histórico que se llevó a cabo partió de una revisión del Derecho Romano por ser el antecedente más importante de nuestra legislación sobre la materia, pero también se observó el derecho de los pueblos germánicos para descubrir las analogías en el origen de la tutela entre estas dos vertientes jurídicas y su posterior transformación hasta llegar a la configuración de una institución estrictamente regulada, con gran intervención de la autoridad pública, aunque con distintos matices.

La revisión del desenvolvimiento de la institución en el Derecho histórico español resultó imprescindible por la vigencia de ciertos ordenamientos, en especial, las Partidas en el México colonial y primeros años de la etapa independiente. En el ámbito nacional, se analizaron los principales códigos civiles del siglo pasado: la Ley de Relaciones Familiares, de 1917, el Código Civil para el Distrito Federal, de 1928 y sus subsecuentes reformas.

La intervención a lo largo de la historia de las dos instancias, familia y Estado, en la protección, a través de la tutela de los menores, ha originado dos modelos que podríamos considerar básicos: los de intervención de la familia o del control directo por la autoridad pública. Un estudio comparativo de los sistemas ha permitido constatar los defectos y beneficios de cada uno de ellos.

Establecida la intervención del poder público en la tutela, se procedió a precisar la legitimidad, el alcance, los límites y efectividad de las acciones llevadas a cabo por el Estado. Las acciones que éste realiza son de naturaleza distinta, lo cual implica la necesaria intervención, tanto de órganos administrativos como judiciales.

Los principios generales de legalidad y de la protección del preeminente interés del menor marcan los límites de las facultades de los órganos administrativos y judiciales, y las actuaciones de ambos órganos están sujetas al posterior control de los tribunales o de la instancia superior. Los jueces tienen a su cargo la vigilancia y el control de la tutela, ya sea ejercida por los particulares o por el Estado. La intervención del Ministerio Público como representante del menor en el desarrollo de la tutela fue motivo de especial interés.

Como conclusión, se demostrará en qué medida la legislación vigente, en materia de tutela en el Distrito Federal, corresponde a la evolución de la sociedad y a las tendencias doctrinales más modernas.