

CAPÍTULO SEGUNDO

SISTEMAS TUTELARES

I. Introducción	41
II. Sistemas de control familiar	44
1. Sistema francés	44
A. Antecedentes	44
B. El Código de Napoleón	44
C. Sistema actual	45
2. Órganos de la tutela	46
A. Juez de tutelas	46
B. El consejo de familia	47
C. Tutor	48
D. Protutor	48
III. Sistemas de autoridad	48
1. Sistema alemán	48
2. Los órganos de la tutela	49
A. Tribunal de tutelas	49
B. Consejo Municipal de Huérfanos	50
C. Tutor	51
D. Protutor	52
3. Distrito Federal, México	52
4. Italia	53
5. Órganos de la tutela	53
A. El juez tutelar	53
B. El tutor	55
C. El protutor	55
6. España	56
7. Órganos de la tutela	56
A. El juez	56
B. El Ministerio fiscal	57
8. Portugal	57
9. Tendencias en las otras legislaciones	59
A. Sistema del Código Civil de Suiza	59
B. Sistema inglés	59
C. Sistema soviético	60
IV. Tutela ejercida directamente por el Estado	60
1. Situación de los menores abandonados	60
2. Tutela de Estado	62
3. Incremento de la intervención estatal	64
4. Regulación de tutela de Estado en algunas legislaciones	67
A. Alemania	67
B. Italia	68
C. Francia	69
D. España	70
E. Código Civil (1928) del Distrito Federal	70
V. Conclusiones	71

CAPÍTULO SEGUNDO

SISTEMAS TUTELARES

I. INTRODUCCIÓN

El estado de indefensión del menor y la necesidad de protegerlo y proporcionarle la formación adecuada para integrarlo a la sociedad, como se ha visto en el capítulo anterior, han motivado la acción del grupo familiar al cual pertenece y de la comunidad social en la cual se desenvuelve.

La protección del menor cuyos padres han fallecido, o no se hacen cargo de sus hijos, ha formado parte del interés de la familia cuando la estructura familiar ha sido tan sólida que permite la referencia a un interés coincidente entre los miembros del grupo familiar. Dentro de estos contextos, la familia se ha hecho cargo directamente del menor, y el poder público no ha intervenido.

Al debilitarse el grupo familiar, resulta difícil distinguir un interés familiar. La protección del menor pasa a convertirse en un interés individual, que por su trascendencia social se convierte en interés público. Entonces el poder público asume la función tutelar, ya sea en forma indirecta a través del control sobre aquellos que directamente tienen a su cuidado al menor y a su patrimonio, o en forma directa, cuando asume la función tutelar a través del acogimiento de los huérfanos en establecimientos idóneos. La mayor o menor intervención de la familia o del poder público distingue a los sis-

temas tutelares en dos grandes vertientes: sistemas de control familiar o sistemas de autoridad.

La intervención de la familia en la protección de los menores huérfanos corresponde a los sistemas llamados de control familiar; la del poder público, a los sistemas de autoridad. Algunos autores localizan sistemas mixtos cuando intervienen las dos instancias, pública y privada.⁵⁸

Espín Cánovas⁵⁹ expresa que los sistemas no se dan con toda su pureza, sino que se entrecruzan dando lugar a sistemas mixtos, y así se da cierta intervención a la familia en los sistemas de autoridad y un determinado control a la autoridad judicial o administrativa en los sistemas de familia.

O'Callaghan,⁶⁰ por su parte, opina que no cabe hablar de sistemas mixtos, pues la combinación de familia y Estado se produce normalmente. En el sistema de familia, el Estado no deja de intervenir, aunque sea como control o supervisión o como última instancia; y en el sistema de autoridad, el ejercicio concreto del cargo o los cargos tutelares se conceden, normalmente, a un miembro de la familia del menor.

Como en toda situación fáctica, no es posible diferenciar de forma radical los dos sistemas. Esta situación se explica por la convergencia de intereses, el interés del menor, su formación e integración a la sociedad y la protección de su patrimonio. Es un interés individual, que puede ser un interés familiar en una estructura social determinada, y que se ha convertido, además, en interés público.

58 Castán Vázquez sigue a Carinci en cuanto a la clasificación de los sistemas tutelares del Derecho moderno: 1. Legislaciones que conciben a la tutela como institución familiar; 2. Legislaciones que la conciben como institución pública ejercida por cuerpos judiciales y administrativos en que la autoridad tiene una parte preponderante y 3. Tutela mixta. Vid Castán Tobeñas, *Tratado de Derecho Civil Español, Común y Foral*; 9a. ed., revisada por García Cantero y Castán Vázquez, Madrid, 1985, t. II, p. 405.

59 Espín Cánovas, *Manual de Derecho civil español*, Madrid, 1972, t. IV, p. 479.

60 O'Callaghan, "La llamada tutela de autoridad y la función del juez", *Cursos de Perfeccionamiento sobre Incapacitación y Tutela*, Madrid, 1985, Escuela Judicial, p. 90.

En el estudio de los diversos sistemas que presentaré, pretendo demostrar cómo se combinan los distintos sistemas, aun en aquellas legislaciones que pudieran ser calificadas de típicas.

En los sistemas de control familiar, primeros en hacer su aparición en la historia, la protección de los menores que han quedado sin padres compete a la familia. El cuidado directo del menor puede encomendarse a un miembro de la familia, pero éste actuará siempre bajo la vigilancia del grupo. En otros casos, los parientes intervienen en situaciones concretas como autorizaciones o permisos para que el menor o su guardador o tutor realicen determinados actos. La forma más elaborada de estos sistemas es la creación de un cuerpo con entidad propia, un verdadero órgano constituido por miembros de la familia, capaz de vigilar y controlar los actos de aquel que ejerce la función tuitiva de manera directa; este órgano colegiado es el consejo de familia.

Los sistemas de autoridad también presentan variantes, no son únicos; en ocasiones, intervienen órganos judiciales, de manera preeminente, y en otras, los órganos administrativos. La intervención de la autoridad pública se fundamenta en la idea de que a falta de los padres, el Estado asume el cuidado de los menores o incapaces.⁶¹

El prototipo del sistema de autoridad lo representa el B.G.B. alemán, y el de familia, el Código civil francés. Por ello, presentaré una visión de cada sistema, así como algunos comentarios sobre otras legislaciones.

Dentro del sistema de autoridad ha resultado de tanta relevancia la intervención de la autoridad pública, sobre todo en los casos de menores en estado de abandono, que pudiera distinguirse un nuevo tipo de tutela. Algunos países la denominan tutela de Estado, para significar la tutela ejercida directamente por órganos dependientes del poder público.

61 Majada, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Barcelona, 1985, p. 26.

II. SISTEMAS DE CONTROL FAMILIAR

1. *Sistema francés*

A. *Antecedentes*

Como en el resto de Europa, en la Francia de la Edad Media, la tutela de menores huérfanos es un asunto privado que corresponde asumir a la familia. Los parientes reunidos en asamblea intervienen en aquellas situaciones de mayor relevancia en la vida del menor. Estas asambleas funcionan bajo las reglas del *droit coutumier*.

La práctica se mantiene más o menos estable hasta la revolución francesa, y en 1790, un decreto transforma la tradicional asamblea de parientes en un verdadero tribunal doméstico, compuesto por cuatro parientes o amigos de los padres del huérfano. Esta medida pretende democratizar el grupo familiar y proporcionarle una cierta independencia respecto a la autoridad pública.⁶²

B. *El Código de Napoleón*

En la misma línea, el Código de Napoleón avanza en la regulación de la tutela de menores. El reconocimiento del individuo y de su entorno más próximo, la familia, como soberanos, con sus propios fines privativos que cumplir, por consiguiente, con un derecho propio, producto de las nuevas corrientes doctrinales del liberalismo, tuvo que influir en todos los órdenes del Derecho, incluso en aquellas instituciones que venían siendo integrantes de la esfera de Derecho privado, expresa Escobar de la Riva.⁶³

Dentro de este contexto, en materia de tutela, el Código de Napoleón admite la soberanía de la familia, e incluso la asimila en ciertos supuestos con el Estado. Así, como a la cabeza del Estado francés se encuentra una asamblea deliberativa y suprema,

62 Menéndez Pidal, "La mala fe en las relaciones tutelares", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1929, primer semestre, pp. 181 y ss.

63 Escobar de la Riva, *La tutela*, Madrid, 1943, p. 11.

el consejo de familia se constituye como una asamblea de carácter deliberativo, el tutor desempeña funciones ejecutivas y el tutor subrogado, de inspección. Las tres funciones completan una estructura lo más parecida a la constitución de un Estado moderno, afirma Escobar de la Riva.⁶⁴

La expansión de los principios liberales motivó, entre otros fenómenos, la enorme influencia del Código francés en numerosas codificaciones europeas del siglo pasado, entre ellas, la italiana, la española y portuguesa; así como en las de varios países latinoamericanos por influencia del Código español.

C. Sistema actual

La doctrina francesa venía insistiendo en la necesidad de una reforma en materia de tutela. Se proclamaba que el régimen vigente no proporcionaba al menor la protección adecuada. El consejo no ejercía una correcta vigilancia sobre la gestión tutelar, y su escasa autoridad impedía controlar la gestión casi omnipotente del tutor. El desinterés de los miembros del consejo se reflejaba en sus constantes ausencias de las reuniones, cuya asistencia era fácilmente dispensable.⁶⁵

Las reformas de 1964, introducidas en la legislación francesa, pretenden, sin cambiar la línea general del sistema de familia, mejorarlo. “La tendencia actual no parece abandonar el sistema de familia; al contrario, el legislador ha reforzado el papel de la familia”, manifiestan los Mazeaud.⁶⁶ Carbonnier⁶⁷ ha expresado:

La reforma indica una inclinación hacia el Derecho privado dentro del Derecho público. El Estado ha reconocido como su derecho y deber la protección de los huérfanos, lo cual sitúa aparentemente a la tutela en el

64 Escobar de la Riva, *op. cit.*, pp. 10 y ss.

65 Michel, Georges, *La réforme de la tutelle. Étude de droit comparé*, París, 1983, p. 17.

66 Mazeaud, *Leçons de droit civile*; 6a. ed., revisada por Juglart, París, 1976, t. I, p. 718.

67 Carbonnier, “L’organisation de la tutelle dans la réforme du 14 décembre 1964”, Discurso transcrito por Mazeaud, en *Leçons... op. cit.*, pp. 703 y ss.

terreno del Derecho público; pero si uno va al fondo de la cuestión, encontraremos dentro del Derecho tutelar una naturaleza de Derecho privado, mezclada con aspectos de Derecho público.

Para Carbonnier, la familia sigue siendo el lugar adecuado para asegurar la protección personal y patrimonial del menor. Dentro de la comunidad familiar, deben integrarse los otros órganos de la tutela, y la intervención del Estado tiene solamente un carácter subsidiario.⁶⁸

2. *Órganos de la tutela*

A. *Juez de tutelas*

El juez de tutelas es un órgano creado por las reformas de 1964, que depende del tribunal de instancia (a. 393, c.c.f.). Para Carbonnier,⁶⁹ la intención del legislador fue crear un órgano que se asemejara lo más posible a la familia y, por ello, en vez de atribuir la función de control a un tribunal de instancia, prefirió a un órgano que recordase a la “antigua justicia de paz”.

El juez de tutelas francés guarda estrecha relación con el consejo de familia. Es el juez quien convoca y designa a los miembros del consejo, lo preside y tiene voz preponderante en casos de empate (a. 405, c.c.f.). El juez actúa al lado del consejo, su posición resulta “casi familiar”, aunque sin perder su carácter de funcionario público.⁷⁰

Guy R.⁷¹ considera al juez de tutelas como la pieza maestra del edificio construido por la Ley de 1964; en cambio, Carbonnier insiste en el acento subsidiario de la intervención judicial. El juez francés, a diferencia del alemán, continúa asociado a la familia, sin pretender reemplazarla. “La misión del tribunal es la sobrevigilancia

68 Carbonnier, *Droit civile. 2. La famille; les incapacités*; 12ème. ed., refondué, 1983, p. 586.

69 Carbonnier, *Droit civile. op. cit.*, p. 588.

70 Carbonnier, *Droit civile. op. cit.*, p. 589.

71 Guy R., *Droit de l'enfance*, 2ème. ed., París. 1983, p. 127.

general sobre la administración de la tutela; pero esta vigilancia no está formulada bajo el modelo de la alta tutela germánica que implica un minucioso examen judicial sobre los actos ejecutados por el tutor. El juez francés, por el contrario, vela sólo porque la imprudencia o el dolo no se produzcan dentro de los mecanismos familiares".⁷² Los Mazeaud, por su parte, opinan que el papel del juez es secundario en el desarrollo de la tutela, puesto que esencialmente la gestión tutelar es asumida por el tutor, el cual realiza su función en cercana colaboración con el consejo de familia.⁷³ El tribunal interviene conociendo los recursos contra las decisiones judiciales o las deliberaciones del consejo de familia que sean impugnadas.

B. *El consejo de familia*

Las reformas de 1964 han tratado de subsanar las deficiencias que venía reportando el consejo de familia. Ahora, el juez de tutelas tiene como encargo velar para que el consejo deje de ser el mecanismo inoperante que era, por lo excepcional de su reunión y por el poco interés de los miembros en las cuestiones que le eran sometidas.⁷⁴ Ahora el juez de tutelas vigila que el consejo desempeñe las funciones que le han sido asignadas.

El consejo interviene en la constitución de la tutela; durante el ejercicio, vigila y autoriza, en determinados casos, las gestiones tutelares, tanto en el aspecto patrimonial como respecto a la persona del menor y, en caso de que el tutor incurra en faltas, el órgano puede solicitar al juez la remoción.

Las decisiones del consejo son ejecutorias (a. 1221 c.c.f.), pero pueden ser recurridas por el tutor o cualquier otro miembro del consejo ante un tribunal de instancia.

El paso del tiempo mostrará la viabilidad del actual sistema tutelar cuyo eje central es el organismo familiar. La literatura francesa

72 Carbonnier, *L'organization...*, *op. cit.*, p. 704.

73 Mazeaud, *op. cit.*, p. 718.

74 *Idem.*

reciente no da muestras de un cambio substancial en el comportamiento del consejo. Los Mazeaud han expresado: “A pesar de los esfuerzos del legislador de 1964 por mejorar la institución, los resultados son modestos”.⁷⁵

C. Tutor

El tutor francés desempeña las funciones tradicionalmente asignadas a este órgano y se encuentra sometido a la vigilancia del tutor subrogado, del consejo de familia y a la general del juez de tutelas: “...la vía tutelar es asumida por el tutor quien trabaja en cercana colaboración con el consejo de familia...”, expresa Juglart.⁷⁶

D. Protutor

El tutor subrogado es un miembro del consejo de familia con voz deliberativa que asume de hecho todas las obligaciones como miembro del consejo. Los Mazeaud⁷⁷ señalan que las funciones del protutor pueden quedar comprendidas en cuatro actividades: suplencia, informes, control y asistencia al tutor.

La figura del tutor subrogado representa el contacto más cercano entre el tutor y el consejo de familia, lo cual facilita el efectivo control y vigilancia sobre los actos del tutor.

III. SISTEMAS DE AUTORIDAD

1. Sistema alemán

Se puede afirmar que en Alemania, desde tiempo atrás, la tutela ha dejado de ser una relación de carácter familiar.⁷⁸ En consecuencia, la estructura de la tutela en el B.G.B. marca una fuerte inter-

⁷⁵ Mazeaud, *op. cit.*, p. 714.

⁷⁶ Juglart, M., *Cours de droit civile*; 10ème. ed., París, 1980, t. I, p. 260.

⁷⁷ Mazeaud, *op. cit.*, p. 714.

⁷⁸ Recuérdese la alta tutela del rey germánico; *vid.* capítulo de Desarrollo Histórico.

vencción de la autoridad pública. El tutor desempeña la tutela como un cargo sin que por ello pueda ser considerado un funcionario del Estado, pero sí un “portador de una situación oficial de carácter jurídico-social”. Una dualidad de aspectos públicos y privados se combinan y permiten comprender el peculiar entrecruzamiento de preceptos jurídicos públicos y privados que concurren en la estructuración de la tutela alemana.⁷⁹

El Estado alemán ha organizado la tutela, reconociendo como deber ético y social que le es propia la protección de la infancia. Congruente con su tradición histórica, el Estado asume la tutela superior y confía el ejercicio de la misma a los tribunales, otorgando a las autoridades judiciales la facultad de ordenar y vigilar la tutela. Pero, al lado de esta “alta tutela”, está la que podría considerarse una directa, que surge de la relación entre el tutor y pupilo, configurada, tanto con caracteres de Derecho público como de Derecho privado.

2. Los órganos de la tutela

A. Tribunal de tutelas

El Tribunal de tutelas es el órgano a través del cual el Estado ejerce la alta tutela. Sus funciones son variadas y comprenden la mayor parte de los actos relativos a la institución tutelar, desde su apertura hasta su conclusión. Su actividad principal es de tipo administrativo, aunque también cumple funciones jurisdiccionales, como pudiera ser la destitución de un tutor.⁸⁰ El juez interviene de oficio; esta oficiosidad se justifica por la finalidad que se persigue: procurar el bienestar del menor “sin tomar en consideración, los intereses de terceros que estén en pugna con dicho fin”.⁸¹

La designación del tutor por el tribunal es un principio muy arraigado en la legislación germánica que se plasma en el B.G.B.

79 Lehmann, *Derecho de familia*; trad. de la 2a. alemana por Navas, Madrid, 1953, p. 404.

80 Kipp y Wolff, *op. cit.*, p. 275.

81 Lehmann, *op. cit.*, p. 452.

El juez oye al Consejo Municipal de Huérfanos y a los parientes y afines del menor (a. 1779, B.G.B.) antes de resolver, pero en vista de que la decisión siempre le corresponde, se puede afirmar que la tutela alemana es siempre dativa.

El otro principio tradicional de la legislación alemana, la independencia del tutor, se mantiene en el B.G.B. El Tribunal se limita a vigilar el ejercicio del cargo y a prestar asentamiento a importantes negocios jurídicos, y sólo en casos excepcionales, si lo justifica el interés del menor y ante situaciones de emergencia, tiene derecho a intervenir por propia iniciativa.⁸²

Para que el Tribunal pueda ejercer efectivamente las atribuciones que le señala la ley, el tutor y el protutor están obligados a facilitar la información que requiera el Tribunal sobre la gestión de la tutela.

Antes de emitir resoluciones, el Tribunal debe escuchar al tutor, parientes y afines y aun al menor (a. 1827, B.G.B.). Estas opiniones no son vinculantes para el Tribunal, el cual tiene amplias facultades discrecionales en función del interés del pupilo (a. 1796 y 1797, B.G.B.). El Tribunal de tutelas es pieza fundamental del sistema de control de autoridad, sus funciones son variadas y cuenta con los medios adecuados para hacer efectivas sus determinaciones que pueden llegar, incluso, a la destitución del tutor.

B. Consejo Municipal de Huérfanos

Tomando en cuenta las amplias y variadas atribuciones del juez de tutelas, el B.G.B. creó un órgano en su auxilio, el Consejo Municipal de Huérfanos, integrado por funcionarios municipales cuyos nombramientos son de carácter honorífico.

Al Consejo corresponde promover a personas idóneas para el cargo de tutor, vigilar a los tutores residentes en su distrito, y en caso de que detecte infracciones o situaciones de peligro para el menor o su patrimonio, debe comunicar los hechos al tribunal

82 Lehmann, *op. cit.*, p. 405.

(a. 1850, B.G.B.). Corresponde también al Consejo informar sobre la situación personal y la conducta del pupilo (a. 1850).

El Consejo ha de apoyar al tribunal en las medidas que éste adopte respecto al cuidado de la persona de los menores. El tribunal debe oír al Consejo antes de resolver una cuestión que afecte a las gestiones tutelares, y sólo en caso de apremio, se justifica la actuación inmediata del tribunal.⁸³ Si bien el Consejo Municipal de Huérfanos es un órgano que presta ayuda al tribunal de tutelas, no depende de él. El Consejo es un órgano del municipio y el papel que desempeña al lado del Tribunal,⁸⁴ es independiente.

Entre el Tribunal y el Consejo de huérfanos se establece una coordinación de funciones, con miras a un fin común, la protección de menores.

El Consejo Municipal de Huérfanos cumple su misión en las ciudades pequeñas; pero en las grandes, debido a la dificultad para encontrar personas adecuadas para el desempeño del cargo, el Consejo se mantuvo sólo formalmente; de ahí que la Ley de protección a la juventud le haya confiado las obligaciones del Consejo Municipal de Huérfanos a las Oficinas de Protección de la Juventud.⁸⁵

C. Tutor

La independencia del tutor está limitada por la obligación de someter a la aprobación del Tribunal ciertos actos (a.a. 1811, 1821 y 1822, B.G.B.).

A pesar de la libertad otorgada al tutor por el padre y la madre del menor en la tutela testamentaria, ésta se encuentra bajo la vigilancia del Tribunal, y las disposiciones dictadas pueden quedar sin vigencia si su observancia pone en peligro el interés del pupilo. Se reconoce, en primer término, la voluntad de los padres, pero de

⁸³ Lehmann, *op. cit.*, p. 453.

⁸⁴ Funciones semejantes realiza el Ministerio Público en México, *vid infra* en Cap. sobre la intervención del Ministerio Público en la tutela.

⁸⁵ Lehmann, *op. cit.*, p. 467. El B.G.B. y la Ley de Protección a la Juventud, del 9 de julio de 1922, que entró en vigor el 1o. de abril de 1924, establecen una serie de deberes que recaen sobre el Consejo Municipal de Huérfanos.

manera subsidiaria, el Estado manifiesta su presencia vigilando y controlando el desempeño de las gestiones tutelares.

D. Protutor

Cuando la tutela implica administración de bienes, interviene otro órgano tutelar cuya misión es vigilar los actos del tutor. Si el tutor no actúa conforme a Derecho, o comete infracciones, el protutor debe notificar los hechos al Tribunal, lo mismo que otras circunstancias de importancia que recaigan sobre la tutela. Para el mejor desempeño de las funciones del protutor, el tutor debe facilitar información al protutor y permitirle la inspección de documentos (a. 1799, B.G.B.). El Tribunal, antes de autorizar un acto del tutor, debe oír al protutor. El protutor es quien realiza la vigilancia de la tutela de una manera directa, no es un funcionario público, pero sí un vigilante del interés público concretado en la protección del menor.

3. Distrito Federal, México

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928, que ha servido de modelo para la mayor parte de los Códigos locales de México, establece, desde 1932,⁸⁶ un sistema de control de autoridad que sigue el modelo alemán. El artículo 454 del Código Civil para el Distrito Federal establece: “La tutela se desempeña por el tutor, con intervención del curador, del juez de lo familiar y del Consejo Local de Tutelas”.

El estudio sobre los órganos de la tutela en este Código y en otras disposiciones legales, vigentes en el Distrito Federal, será objeto de minucioso análisis en capítulos posteriores.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1928 se inspiró en el B.G.B. alemán, con lo cual el sistema mexicano se sitúa dentro de los llamados “de autoridad”. La intervención del Estado se ma-

⁸⁶ El CC se promulgó en 1928, pero entró en vigor hasta 1932.

nifiesta a través de las amplias facultades decisorias que se conceden al juez de lo familiar en materia de tutela. El Consejo Local de Tutelas —cuyo antecedente es el Consejo Municipal de Huérfanos del B.G.B.— como órgano de información, y el curador nombrado para cada tutela, ejercen una vigilancia sobre las actividades del tutor, sobre la situación personal del menor y sobre el estado de su patrimonio, con el deber de comunicar al juez todas aquellas situaciones que pudieran representar un peligro, un daño o un perjuicio.

4. Italia

La decadencia del sistema familiar, implantado desde el siglo pasado, debido a sus fallas intrínsecas, impuso la urgencia de una intervención estatal más precisa, i.e., de sustituir los órganos familiares y de transformar la actividad dedicada prevalentemente a los intereses familiares en una actividad a favor de los intereses de los menores. En 1942, el legislador italiano determina que los órganos familiares de la tutela sean sustituidos por órganos públicos.⁸⁷

Estos órganos se integran con juristas preparados, cuyos juicios se sitúan por encima de intereses personales, y sus conocimientos técnicos les permiten valorar objetivamente los problemas del menor. Con base en esta consideración, la cooperación de los parientes más cercanos se limita a una participación en el nombramiento del tutor y en los más importantes que conciernen el cuidado de la persona y del patrimonio del menor.⁸⁸

5. Órganos de la tutela

A. El juez tutelar

Cuando el interés del menor, su formación física y espiritual, constituía la esencia de la estructura familiar, su protección era

87 De Padova, *La famiglia...*, op. cit., pp. 120 y ss.

88 Dell' Oro, op. cit., pp. 25-26.

una prerrogativa únicamente familiar; pero, desde 1942, esa protección ha venido a ser asumida por el juez tutelar “como un oficio público”.⁸⁹

Corresponde al juez tutelar el desempeño de la tutela y cumplir con las atribuciones que le señala la ley. El juez desempeña funciones constitutivas, requirientes, directivas y de control. Para estar en posibilidad de cumplir con sus obligaciones, el juez puede solicitar la asistencia de los órganos de la administración pública y de todos los organismos cuyos fines correspondan a las funciones de aquél (a. 344, c.c.i.).

El juez tutelar es el órgano superior de la tutela y, para el mejor desempeño de sus funciones, los otros órganos del Estado deben prestar asistencia al Tribunal. Entre estos órganos se encuentra, la policía judicial, en los que sea competente; el oficial del Registro Civil, quien debe aportar las noticias y documentaciones que le sean requeridas; el canciller; los entes de asistencia destinados a la infancia desprotegida, así como los dedicados a la información, y sobre todo, los especialistas en encuestas sociales y en reacciones médico-psico-pedagógicas.⁹⁰ El a. 344 del Código Civil Italiano otorga facultades requirientes al juez sobre otros órganos estatales, e incluso sobre los parientes hasta el tercer grado del menor, al tutor y al protutor.

Constituida la tutela, corresponde al juez resolver lo concerniente a la educación del menor, así como los gastos necesarios para cubrirla; inclusive autorizar todos los movimientos de importancia sobre el patrimonio del menor. Estas atribuciones corresponden a una función directiva del juez sobre la tutela. El juez goza de una amplia discrecionalidad para resolver estos asuntos.⁹¹ Sin embargo, ésta no es absoluta, y las decisiones judiciales pueden ser reclamadas ante un tribunal.⁹² Además de las funciones constitutivas consultivas, y

⁸⁹ Bucciante, A., *Trattato...*, *op. cit.*, p. 615.

⁹⁰ Dell' Oro, *op. cit.*, p. 35.

⁹¹ Bucciante, *op. cit.*, pp. 616-617.

⁹² La función directiva de juez es cada vez más reconocida por la legislación italiana; por ejemplo, la Ley de 22 de mayo de 1978 otorga al juez tutelar la facultad de autorizar a la menor gestante de no más de 90 días a interrumpir la gravidez cuando existan motivos graves, aun en el supuesto de que la menor se encuentre bajo la potestad paterna o la de un tutor.

directivas, el juez ejerce control sobre la actividad del tutor y del protutor.

B. *El tutor*

“El juramento solemne que presta el tutor al inicio del cargo, da evidencia del carácter público de la tutela”.⁹³ Las decisiones sobre la educación del menor corresponden al tutor, que es el órgano de la tutela que mantiene la relación más estrecha con el menor. Esta cercanía le permite conocer y apreciar la personalidad del menor y, en consecuencia, decidir sobre su futuro. Las decisiones del tutor están vinculadas a las decisiones judiciales; sin embargo, si el tutor llegara a la convicción de que las instrucciones del juez pudieran resultar inoportunas, puede acudir ante el tribunal superior a solicitar una revisión.

Bucciante⁹⁴ opina que no resultan del todo claras las líneas de contorno entre las funciones del juez tutelar y del tutor. El cuadro normativo oscila entre dos datos, la discrecionalidad reconocida al tutor (a. 357, c.c.i.) y los límites establecidos a la actuación tutelar (aa. 371 y 376, c.c.i.) que sitúan la intervención judicial dando instrucciones y tomando decisiones. Pero a su vez, el tutor puede reclamar las medidas judiciales, con las que no esté conforme, ante el Tribunal Superior.

C. *El protutor*

El protutor es un órgano auxiliar, tanto de las actividades tutelares como del juez en su función de vigilancia. Representa al menor en casos de oposición de intereses entre el menor y el tutor y, en casos de urgencia, tiene a su cuidado la persona del menor. También manifiesta su opinión sobre las medidas de educación y administración propuestas por el tutor (a. 371, c.c.i.). El protutor es responsable en los mismos términos que el tutor.

93 Dell' Oro, *op. cit.*, p. 72.

94 Bucciante, *op. cit.*, p. 616.

6. España

En octubre de 1983, se implanta en España el sistema de autoridad, el cual otorga al juez la salvaguarda de las funciones tutelares. Desde entonces, las normas que rigen los institutos tutelares otorgan a la autoridad judicial los poderes necesarios para constituir y controlar la tutela en los casos y bajo las formalidades legalmente previstas. La presencia de la autoridad judicial puede calificarse de constante y diaria.

7. Órganos de la tutela

A. El juez

O'Callaghan⁹⁵ distingue las funciones del juez en directas, constitución de la tutela y nombramiento del tutor; e indirectas, en el ejercicio de la tutela.

En la constitución, dicta medidas precautorias, como la designación de un administrador de los bienes del menor, en tanto el Ministerio Fiscal asume, por ley, su representación y defensa. Para nombrar al tutor, debe proceder a una valoración personal de las características del menor y de las cualidades del sujeto elegido como tutor, y la efectiva adecuación entre uno y otro.

Desde el momento en que la autoridad ha dado posesión del cargo al tutor, se inicia el ejercicio de la tutela, y las funciones tutelares quedan bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (a. 216, c.c.e.) que interviene directamente en la constitución de fianza, la aprobación de inventarios y los depósitos. Al juez corresponde fijar la retribución del tutor, otorgar autorización para que realice los actos más importantes de la tutela, revisar las cuentas del tutor y la potestad para decretar si procede la remoción.

Díez Picazo⁹⁶ considera que la mayor parte de las normas legales —sobre los institutos tutelares— constituyen normas de orientación

⁹⁵ O'Callaghan. "Compendio de Derecho Civil", *Revista de Derecho Privado*; 2a. ed., Madrid, 1988, t. IV, Derecho de Familia, p. 296.

⁹⁶ Díez Picazo. "Las líneas de inspiración del Código Civil en materia de tutela", *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, p. 12.

de una decisión judicial que pueden adaptarse casuísticamente en beneficio del tutelado, que es el fin perseguido en toda decisión relativa a institutos tutelares.

B. *El Ministerio fiscal*

O'Callaghan⁹⁷ expresa que el Ministerio fiscal interviene en materia de tutela, como en todo derecho de familia, en razón de que la familia, como institución, trasciende el conjunto de la organización social, y en ella prepondera el deber sobre el derecho, interesando al Estado su cumplimiento.

Corresponde al Ministerio fiscal promover la constitución de los organismos tutelares, las medidas de protección que estime necesarias para el adecuado desarrollo de la tutela, incluida la remoción del tutor. También actúa en representación del menor hasta en tanto se nombra tutor.

Desde 1987, el Código Civil español otorga al Ministerio fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores, el cual puede actuar de oficio o a instancia de cualquier interesado.

De esta manera, las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, y el Ministerio fiscal actúa con independencia del poder judicial, como defensor de la legalidad de los derechos del ciudadano y del interés público y como un auxiliar de la función jurisdiccional.

8. *Portugal*

La tutela en el Código Civil Portugués de 1966 se ejerce por el tutor y el consejo de familia. Al tribunal de menores compete la vigilancia del ejercicio tutelar (a. 1925, c.c.p.). La presencia de un consejo de familia haría pensar, a primera vista, que se está ante un sistema de control familiar, pero el análisis de los preceptos del

97 O'Callaghan, *La llamada tutela de autoridad...*, op. cit., p. 102.

código podrían conducir a otra conclusión. El consejo deja de ser un órgano estrictamente familiar, puesto que se integra con dos vocales y el representante del Ministerio Público. Los vocales son elegidos entre los parientes y afines del menor, o ante su falta, por los designados por el tribunal, elegidos entre los amigos de los padres, vecinos o cualquiera otra persona que pudiera interesarse en el menor.

El desempeño del cargo de vocal es obligatorio, así como la comparecencia personal a las reuniones (aa. 1926 y 1958, c.c.p.). Corresponde al consejo vigilar con cuidado el cumplimiento de las funciones del tutor (a. 1954, c.c.p.). Esta vigilancia se ejerce de manera inmediata por uno de los vocales del consejo denominado protutor (a. 1955, c.c.p.).

También el desempeño del cargo de tutor es obligatorio (a. 1926, c.c.p.). El tutor tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que los padres, con las modalidades y restricciones señaladas por la ley (a. 1935, c.c.p.). Las facultades sobre los bienes del menor son muy reducidas; sólo pueden utilizarse las rentas del menor en sus alimentos y educación. Los actos importantes de la administración de bienes del menor deben ser autorizados por el tribunal. El tutor está obligado a rendir cuentas y es responsable del perjuicio que su dolo o culpa causare al pupilo (aa. 1944 y 1945, c.c.p.).

Sin embargo, el órgano más importante de la tutela es el Tribunal de Menores. Corresponde a éste promover de oficio la instauración de la tutela o la administración de bienes, confirmar o designar tutores, administradores y vocales del consejo de familia. También autorizar o confirmar los actos del tutor que requieran licencia y, en general, ejerce vigilancia sobre la tutela y la administración de bienes (a. 1925, c.c.p.).

La intervención de la autoridad pública no se limita a las funciones que ejerce el Tribunal de tutela; el Ministerio Público interviene directamente. Su presencia en el consejo de familia, el cual preside, le confiere una intervención directa y constante.

La administración pública, a través de los organismos de asistencia, asume la protección del menor sin familia que se haga cargo de él.

Las funciones del tutor, en estos casos, son ejercidas por el director del establecimiento, público o privado, en donde se haya internado al menor.

Como expresé líneas atrás, la lectura simple del Código Civil Portugués permite comprobar que el consejo de familia no es el órgano superior de la tutela; sus funciones se limitan a la inspección y vigilancia. Tampoco es un órgano estrictamente familiar; la presencia y presidencia del Ministerio Público, como representante social, no deja lugar a dudas de la intervención de la autoridad en el desempeño de la tutela.

9. *Tendencias en otras legislaciones*

A. *Sistema del Código Civil de Suiza*

Una tutela pública es la regla general en el Código de Suiza. La tutela de familia es la excepción, que sólo se instituye cuando lo demanda el interés del pupilo o lo exige el interés de continuar con una industria o sociedad.

Esta excepcional tutela privada se constituye a instancia de parte interesada, y las funciones ordinarias de las autoridades tutelares pasan a un consejo de familia. Pero si el consejo no cumple con sus deberes o el interés del pupilo así lo exige, la autoridad tutelar de vigilancia puede revocar la concesión de la tutela privada para volver a la pública (aa. 362 a 366, c.c.s.).

B. *Sistema inglés*

En el sistema inglés no existe consejo de familia, y la Corte de Cancillería goza de poderes omnímodos. Esta Corte actúa en nombre del soberano, "el Tribunal se convierte en verdadero titular de la antigua guarda señorial".⁹⁸ La Corte tiene facultades para nombrar tutor dativo, y según decisión constante de la ju-

98 Menéndez Pidal, *La Mala Fe...*, pp. 181 y ss.

risprudencia, puede sustraer al menor de la guarda y vigilancia de su tutor, pudiendo confiársela a un tercero, si así lo exige el interés del menor, y puede, incluso, admitirse que el juez reserve para sí la tutela del menor, en cuyo caso, el menor será considerado como pupilo del Tribunal.⁹⁹

C. Sistema soviético

Moviéndose dentro del grupo de tutelas de autoridad, el derecho soviético presenta rasgos más acusados de carácter público. La tutela no se controla por los órganos familiares, pero tampoco interviene los poderes judiciales. La tutela es diferida por órganos especiales de carácter administrativo de los cuales depende en definitiva.¹⁰⁰ La vigilancia de la actividad de los órganos de la tutela, así como la dirección de los mismos, corresponde a los *Bureaux* de los comités ejecutivos de región y de gobierno.

IV. TUTELA EJERCIDA DIRECTAMENTE POR EL ESTADO

1. Situación de los menores abandonados

La situación de los menores huérfanos, carentes de un patrimonio propio, ha despertado menos interés en la sociedad y aun para la familia a la cual pertenecen, que aquellos huérfanos herederos de bienes.

Las normas que han regido las instituciones tutelares parecen haber estado redactadas para regular la situación personal y patrimonial de los huérfanos propietarios. En el Derecho romano, primero en regular jurídicamente la tutela, el centro de interés de la institución se sitúa en la gestión del patrimonio de aquellos que carecen de una capacidad de obrar. La tutela pretende garantizar

99 Rodríguez Arias, *La tutela*, Barcelona, 1954, pp. 74-75.

100 *Ibidem*, p. 80.

en ese ordenamiento una correcta y honesta administración de bienes, de modo que el mal desempeño de las gestiones administrativas ocasiona responsabilidades y sanciones para el tutor deshonesto. El desempeño de la tutela rinde pingües beneficios al que la ejerce; de ahí el interés por asumir el cargo que, además, era considerado como un honor dentro de la sociedad romana.

Tanto en los sistemas de autoridad como en los de control familiar, han existido intereses que van más allá de la altruista protección del menor. En los sistemas de control familiar, “indirectamente, mediante la sujeción a la autoridad tutelar del menor, los parientes garantizaban sus propias expectativas sobre el patrimonio de aquél”, expresa Fossar Benlloch.¹⁰¹ En los sistemas de autoridad, los representantes del poder público que intervenían en reiterados actos de jurisdicción voluntaria obtenían, por ello, ingresos importantes.¹⁰²

Cuando el tutor atendía a la situación personal del menor, era porque existía un patrimonio suficiente para cubrir la manutención y educación del menor. No es ocioso lo que ha expresado Manresa:

El legislador se ha preocupado hasta hoy, exclusivamente, de la administración de bienes del menor, olvidando por completo los cuidados de la educación, harto más trascendentales. En consecuencia, la tutela es un lujo de las familias de posición, en vez de ser un medio de proteger al pueblo contra los estragos de la desmoralización y la criminalidad precoz.¹⁰³

Si el principal interés de la institución tutelar fue, por mucho tiempo, la gestión de los bienes del menor, ¿cuál fue la situación de los menores abandonados, de aquellos que carecían de un patrimonio que los respaldara y sin parientes que se hicieran cargo de ellos? Las respuestas de la sociedad y del Derecho a esta interrogante fueron por mucho tiempo aisladas y privadas, pero cada vez

101 Fossar Benlloch, “El Derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas”, *Documentación Jurídica*, Madrid, enero-marzo 1984, t. II, núm. 41, p. 114.

102 Merchan Álvarez, *La tutela de...*, op. cit., p. 191.

103 Manresa, *Comentarios al Código civil español*; 7a. ed., Madrid, 1957, t. II, p. 301.

el Estado interviene en forma más directa e integral. Actualmente, la respuesta más común es la denominada tutela de Estado.¹⁰⁴

2. *Tutela de Estado*

Esta tutela difiere totalmente de la que tuvo su origen en el *ius civile*. Su antecedente lo comentamos en el Capítulo histórico; se encuentra en la Roma Imperial cuando Septimio Severo redacta un Edicto en el que expresa: “Quiero que todos vean que empleo las medidas para auxiliar a los pupilos como es propio de la administración pública”. El emperador se atribuyó la tutela de menores como una declaración de principios, y con ello, se convierte en patrocinador de los menores. Desde entonces se declara la llamada tutela imperial.

Durante el periodo posclásico, ciertos principios de la Iglesia cristiana fueron adoptados por el poder público; entre ellos, la protección de los huérfanos. Así, no resultó extraño que el emperador romano, convertido al cristianismo, declarara su intención de proteger a los menores. Más tarde, la Iglesia actuó directamente y ejerció la *tuito* del emperador. Los orfanatos y la administración de los institutos píos dependió de la Iglesia.

Como parte de la herencia del derecho posclásico, en los pueblos germánicos reaparece la intervención pública sobre la tutela, aunque esta intervención se sitúa más en el plano de los principios que en la práctica.¹⁰⁵ El rey germano se atribuye la protección general de los huérfanos, viudas, pobres, peregrinos y extranjeros. A través de la tutela regia, el monarca sustituye a la familia en la protección de los débiles, entre ellos, los menores.

La Alta Edad Media se caracteriza por un alejamiento de la autoridad pública de la protección de los menores; en cambio, sí la hubo por parte de la Iglesia cristiana. No es sino hasta más tarde, cuando el concepto amplio de familia se va rompiendo, el poder

104 Llamada tutela oficial en Argentina; tutela legal en Alemania, y legítima de menores abandonados en México.

105 Merchan, *La tutela de...*, *op. cit.*, p. 27.

público retoma, nuevamente, como deber que le es propio, la protección de los menores. Recuérdense las magistraturas especiales, como el “Padre de los Huérfanos”, en Italia y en España. A estas magistraturas se encomendó la tarea de proporcionar albergue a los huérfanos, acomodarlos en casas y fijarles un salario por el trabajo que ahí desempeñaran. Sin embargo, los comentaristas de la institución reconocen que el “Padre de los Huérfanos” realiza una labor muy pobre en materia de protección a la infancia abandonada, y resultó ser más un represor que un defensor, como ya se comentó.

El internado de menores en hospicios, orfelinatos o instituciones semejantes ha constituido la práctica común durante mucho tiempo. En este punto, debe hacerse hincapié en la labor de la Iglesia cristiana que ha mantenido su interés por los huérfanos y lo ha expresado a través de su labor en centros de atención a huérfanos abandonados.

Los Mazeaud señalan que en Francia, Luis XIV y los parlamentos habían reaccionado contra los abusos de la patria potestad, expresando que la privación de ella supone, para el menor, un estado que requiere de protección. Lo mismo ocurría con los menores que carecían de padre, o que si lo tenían, habían sido abandonados por ellos. Para estos menores, sostienen los Mazeaud, se abre la tutela de Estado a través de una serie de disposiciones legales.¹⁰⁶

El poder público asume nuevamente la protección de los menores abandonados en orfanatos y en casas de expósitos. En Nueva España, se aplica una Cédula del Consejo de 23 de enero de 1794, en la que se declara que los expósitos quedaban bajo la protección real. Los rectores o administradores de las casas de expósitos eran responsables de la situación de los menores; sólo los entregaban a personas que garantizaran su educación y que intentarían darles oficios convenientes a ellos y “al público”.

En la Nueva España intervinieron en la tutela de menores abandonados las Juntas Provinciales de beneficencia, compuestas por el

106 Mazeaud, *op. cit.*, t. IV, pp. 107-109.

gobernador de la provincia, el prelado diocesano, un diputado provincial, un médico y dos vocales, a quienes correspondía la tutela de los menores que se criaran en los establecimientos de expósitos.

En donde no había Juntas Provinciales, correspondía intervenir en la tutela a las Juntas Municipales de beneficencia, compuestas por el alcalde, un cura o dos párrocos, un regidor, dos médicos; o en su defecto, por un facultativo y uno o dos vocales.

3. *Incremento de la intervención estatal*

Afortunadamente, la comunidad social se ha interesado cada vez más por la situación de los huérfanos desvalidos o abandonados. La filosofía de la Ilustración fijó su atención en el tema. Los redactores del primer código francés, impregnados por la filosofía de Rousseau, Kant y Locke, proclamaron que todos los hombres tienen los mismos derechos y no es posible plantear la cuestión de que un hijo fuera objeto de derecho del padre. El código presentado a la Convención francesa el 9 de agosto de 1793, dispuso: "Los padres no tienen sino deberes con los hijos y asumen la obligación de protegerlos".¹⁰⁷

Los esfuerzos de educadores y pedagogos esclarecidos como Pestalozzi, Montessori, y novelistas como Dickens, por llamar la atención de la sociedad sobre la situación de los menores, rindieron sus frutos. La opinión pública del mundo occidental, aunque en forma tardía, fue tomando conciencia de la desvalida condición de la infancia. Como resultado de esa concientización, las primeras leyes protectoras de niños aparecieron a finales del siglo XIX.¹⁰⁸

Lo que en un tiempo no fue claro, ahora resulta obvio: el interés de la sociedad en la protección de los menores. Ese interés por la infancia subyace en el sentido ético de la convivencia, se impone como deber para la sociedad la integración a ella de los menores, supliendo la ausencia o la deficiencia de las relaciones de filiación

¹⁰⁷ Fossar Benloch, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 117.

o de parentesco, mediante instituciones adecuadas que dependen de los poderes públicos.

El transcurso del tiempo y los cambios políticos, sociales y culturales, así como la evolución de las instituciones jurídicas, han transformado, necesariamente, el concepto de la tutela sobre los menores desamparados. La tutela ejercida directamente por el poder público apareció como una proyección del principio cristiano de caridad, para después convertirse en compromiso de la sociedad a la que responde el poder público. Cuando la Iglesia pierde la fuerza y la posibilidad de prestar servicios de beneficencia, por ella misma, éstos son reconocidos como una obligación estatal.

La intervención del Estado en las funciones asistenciales, entre ellas, la protección de los menores abandonados, rompió el esquema anterior del Estado abstencionista. Desde mediados del siglo XIX, ha sido nota característica de la administración pública el incremento en la prestación de los servicios asistenciales.¹⁰⁹

La función tuitiva que ejerce actualmente el Estado presenta características propias radicalmente diferentes de todas las demás que contempla y regula el Derecho privado, y ello, porque existen situaciones en la vida práctica totalmente diferentes a lo establecido por la legislación civil que no pueden quedar al margen del Derecho. Estas se resuelven a través de la tutela de Estado.

Este régimen de protección ha cobrado fuerza al reconocer como un fin de la administración pública la protección de la infancia abandonada. Las legislaciones de menores no contienen una definición de la tutela de Estado, tampoco es uniforme el criterio para determinar a quién se atribuye el ejercicio de la tutela en forma directa. Sin embargo, con los planteamientos presentados, podemos hacer nuestra la definición de tutela de Estado formulada por Mendizábal Osés: 'La institución jurídica de carácter protector que subsidiariamente se ejerce por el Estado para asegurar a todo menor abandonado en el goce de sus necesidades subjetivas, previendo los riesgos

¹⁰⁹ Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*; 10a. ed., Madrid, 1987, vol. II, p. 267.

que para el menor y para la sociedad se derivan directa e inmediatamente de la situación desvalida y marginada en que se encuentra.” El fundamento de la intervención directa del Estado no es de índole moral ni social, sino jurídica.¹¹⁰ La intervención directa del Estado supone que la tutela del mismo es una verdadera institución de Derecho público.

El ejercicio de la tutela de Estado es de carácter mediato cuando el organismo jurisdiccional confía la función tuitiva a un tercero y su actividad se limita a vigilar el desenvolvimiento de aquella. En cambio, es de carácter inmediato cuando una institución oficial o privada asume las funciones de mera guarda y educación de un menor que está sometido a la tutela del propio organismo jurisdiccional.¹¹¹

No han faltado las críticas al creciente intervencionismo estatal por la incidencia en la intimidad familiar, pero la tutela de Estado no trata de limitar el ejercicio de ciertos derechos en el cuerpo de las relaciones paterno-filiales, sino que existe un gran número de menores que se encuentran bajo la patria potestad de padres cuyas conductas pueden ocasionar serios perjuicios a los menores. Si el menor se encuentra sin la posibilidad de llevar una vida normal en su hogar, se justifica plenamente la intervención del Estado. Si se justifica la intervención en estos casos, con más razón la que se ejerce sobre el gran número de menores que carecen de una filiación reconocida.

Ante el interés social por la asistencia, alimentación, higiene y salud para el bienestar del menor, el Estado no puede permanecer indiferente. La protección de menores requiere de servicios especiales implementados a través de una reglamentación jurídica que sitúe a los menores bajo la salvaguarda del Estado, y que aquellos servicios coordinen sus esfuerzos en aras del fin tuitivo que han de ejercer.

La tutela de Estado debe ajustarse a las necesidades y expectativas sociales, tomando en cuenta las circunstancias genéricas que

110 Mendizábal Oses, *op. cit.*, p. 173.

111 *Ibidem*, p. 180.

concurrer en la colectividad infantil. El Estado ha de controlar, sin excepción alguna, el ejercicio responsable que la carga de la protección y guarda de menores impone al obligado a cumplir.

4. Regulación de tutela de Estado en algunas legislaciones

A. Alemania

Al lado de las tutelas de carácter privado en las cuales el tutor es nombrado por los padres del menor o por el Tribunal, elegido entre los parientes o afines del menor, existe la tutela legal oficial, la tutela legal discernida y la tutela de institución o asociación.

La tutela legal oficial es la que ejerce el Consejo Municipal de Huérfanos u Oficina de Protección de la Juventud, y se ejerce sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio. La tutela legal discernida corresponde a la Oficina de Protección de la Juventud, siempre que no exista un tutor más adecuado.¹¹² Además, la ley permite el discernimiento de la tutela de institución y asociación. En este caso, son designados tutores los directores de las instituciones sujetas a la administración de Estado o a su vigilancia, y los directores de las instituciones y asociaciones particulares que hayan acogido a los menores.

El artículo 1838 del B.G.B. establece que el pupilo puede ser incorporado a una familia o internado en una institución o establecimiento correccional, según la decisión del Tribunal, en vista de lo más oportuno en interés del menor.

El Estado alemán cumple su misión de protección a los menores huérfanos a través de la vigilancia sobre el desempeño de la tutela y con el ejercicio de la tutela oficial discernida, y la de institución o asociación. Se completa así el cuadro de la regulación del B.G.B., modelo del sistema de control de la autoridad pública.

112 Kipp y Wolff, *op. cit.*, p. 318.

B. Italia

a. Tutela institucional confiada a organismos de asistencia

Cuando falta la familia, el Estado no puede, a través de sus propios órganos, proporcionar protección al menor abandonado; ante el interés público por salvaguardar a estos menores, el Estado italiano ha creado órganos de protección a los que corresponde esta función.

Los menores sin parientes conocidos o capaces de ejercer el cargo del tutor en el lugar del domicilio, podrán ser enviados por el juez a un organismo de asistencia del municipio correspondiente a su domicilio. La administración del organismo respectivo delega en uno de sus miembros el ejercicio de las funciones de la tutela, y sólo cuando la naturaleza o la importancia de los bienes del menor u otras circunstancias lo requieran, corresponde al juez el nombramiento de un tutor para el menor (a. 354, c.c.i.).

b. Asistencia pública

Los menores abandonados son enviados a los institutos u hospicios de asistencia pública que operan bajo la vigilancia del juez tutelar.¹¹³ Estos institutos ejercen, por ley, la función tutelar sobre el menor hasta el nombramiento de un tutor, si es el caso, o la entrada bajo la patria potestad de alguien facultado para ejercerla. La actividad tutelar que desarrollan estos institutos se encuentra regulada por las normas de la tutela parental.¹¹⁴

c. Asistencia privada

El juez también puede confiar el cuidado de un menor a particulares dispuestos a recibir niños abandonados con objeto de aten-

113 Barbero, *Sistema de Derecho Privado*, Buenos Aires, 1967, t. II, pp. 177-178.

114 Barassi, *Instituzioni di Diritto Civile*, Milán, 1955, p. 250.

derlos y alimentarlos. Esta situación puede ser el preludio de una afiliación.

C. Francia

a. Tutela de Estado

La reforma al Código Civil francés de 1974 modifica el artículo 433, que ahora establece: “Si la tutela está vacante, el juez la difiere al Estado”. Cuando el menor huérfano carece de familiares aptos para realizar las gestiones administrativas de su patrimonio, la tutela del menor se confiere subsidiariamente al Estado.¹¹⁵

Para esta clase de tutela, no se constituye consejo de familia; la gestión del cargo corresponde al Comisario de la República quien la delega al Director Departamental de Acción Sanitaria y Social o a un director de un establecimiento público en donde se encuentre el menor. Este tutor tiene poderes de administración legal bajo control judicial.¹¹⁶ El Comisario de la República, en tanto que tutor, ejerce todos los derechos que corresponden al titular de la autoridad parental.¹¹⁷ Guy¹¹⁸ expresa que los poderes públicos, a través de funciones administrativas, proporcionan al menor la mayor seguridad y protección, tanto en su individualidad física como psíquica, para evitar riesgos que atenten contra su vida, salud, seguridad o contra su moral.

b. Tutela asistida

También es de tipo administrativo la tutela asistida que el Código Civil francés atribuye a los servicios de asistencia encargados de recoger a los menores desamparados. A diferencia de la tutela de Estado, la asistida se constituye sobre los huérfanos sin patrimonio que res-

115 Mazeaud, *op. cit.*, p. 742.

116 Decreto 4, del 6 de noviembre de 1974.

117 Guy, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

118 *Idem*.

ponda a sus necesidades. El Estado, ante tal situación, asume directamente la protección de ese menor.

D. *España*

a. Tutela ejercida por la administración pública

La Ley del 11 de noviembre de 1987 otorga a las entidades públicas variadas y amplias funciones, entre ellas, la tutela *ipso iure* de los menores en situación de desamparo. La entidad pública asume todos los deberes y facultades de un tutor respecto de la persona y bienes del menor. Su actuación está sujeta a la vigilancia del Ministerio Fiscal y bajo control judicial.

E. *Código Civil (1928) del Distrito Federal*

a. Intervención de la autoridad administrativa a través de la tutela legítima de los menores abandonados

Son sujetos de tutela legítima los menores abandonados. La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quienes tienen las obligaciones, facultades y restricciones establecidos para los demás tutores (a. 492, c.c.). Si los menores fueron recibidos por casas de beneficencia, incluidas u hospicios, los directores de estos establecimientos desempeñarán la tutela de aquéllos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento (a. 493, c.c.).

b. Tutela dativa de menores que carecen de parientes y de bienes

A los menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad ni a la tutela testamentaria o legítima, aunque no tengan bienes, se les nombra tutor dativo. La tutela, en este caso, tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, a efecto de que reciba la edu-

cación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes. El tutor será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor y aun de oficio, por el Juez de lo Familiar (a. 500, c.c.).

Están obligados a desempeñar esta tutela: I. El presidente municipal del domicilio del menor; II. Los demás regidores del Ayuntamiento; III. Las personas que desempeñen la autoridad administrativa en los lugares donde no hubiere Ayuntamiento; IV. Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde vive el menor; V. Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del erario, y VI. Los directores de establecimientos de beneficencia pública. Los jueces de lo familiar nombrarán, de entre las personas mencionadas, las que en cada caso deban desempeñar la tutela, procurando que este cargo se reparta equitativamente, sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas que formen los Consejos locales de tutela (a. 501, cc.).

V. CONCLUSIONES

La descripción y comentarios sobre algunas de las principales legislaciones heredadas de la tradición romanística nos permiten comprobar la cada vez mayor y cada vez más efectiva intervención del Estado en el ejercicio de la tutela.

Los dos sistemas tutelares, de familia y de autoridad, aunque en diferente medida, contemplan la intervención estatal que en principio se manifiesta como de control y vigilancia de los órganos que la ejercen en forma debida. En algunos casos, en la toma de decisiones más importantes de las gestiones tutelares.

En Francia, el sistema francés sigue representando el prototipo del sistema de control familiar. El Consejo de Familia es el órgano central del ejercicio de las funciones tutelares; sin embargo, las recientes reformas de 1964 y de 1974, dejan sentir la presencia cada vez más efectiva de la autoridad judicial. La asunción subsidiaria

de la tutela por el Estado, en los casos previstos, muestra también la fuerte intervención de la Administración pública en la tutela de menores. Dentro de este marco, se desenvuelven actualmente en Francia las funciones tutelares.

En Alemania, el sistema de tutelas del B.G.B. se considera como el prototipo del sistema de control de autoridad. La acción directa corresponde al tutor, el cual actúa con cierta independencia, pero siempre bajo una fuerte fiscalización por parte del protutor y del Consejo Municipal de Huérfanos u Oficina de Protección de la Juventud. Las funciones de estos órganos son de vigilancia, supervisión, apoyo e información; el juez tutelar es el coordinador de datos e informaciones y quien puede dictar las medidas que estime convenientes.

En Italia, continúa la tendencia iniciada en 1942 de reforzar la tutela con una intervención más efectiva de la autoridad pública. Barassi¹¹⁹ expresa: "La tutela es una función de derecho público; pertenece más al Derecho público que al privado, no es el único caso en que el Estado utiliza para sus propios fines, los institutos de Derecho privado". Bucciante,¹²⁰ por su parte, expresa: "Los intereses del menor tienen un inminente valor social, es un bien de clara relevancia pública y, por esto, el Estado promueve y garantiza la actuación oportuna y la intervención legislativa en los asuntos de los menores". De Padova¹²¹ manifiesta: "El interés público impone al Estado la necesidad de sustituir a los órganos familiares. La más reciente codificación italiana ha dado muestras del carácter de Derecho público de la tutela".

En España, las críticas al sistema de familia instaurado en 1989 fueron constantes casi desde su aparición. Al fin, la postura doctrinal y la práctica judicial motivaron suficientemente al legislador, y en la Ley de 13 de octubre de 1983, se estableció el sistema de autoridad bajo la salvaguarda de la autoridad judicial con la presencia del Ministerio Fiscal.

119 Barassi, *op. cit.*, p. 245.

120 Bucciante, *op. cit.*, p. 249.

121 De Padova, *op. cit.*, p. 121.

El Código Civil del Distrito Federal ha mantenido el sistema de autoridad bajo el control del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, con la intervención del Ministerio Público; además el Estado ejerce la tutela de los menores desamparados internos en instituciones oficiales.

Que la familia y el poder público intervengan en la protección de los menores huérfanos ha dado lugar a que, en la doctrina, los sistemas tutelares se hallen divididos fundamentalmente en dos. Esta división, sin embargo, no puede ser definitiva; la confluencia de los distintos intereses hace imprescindible la presencia del grupo familiar y de la autoridad pública. Cada legislación, de acuerdo con sus principios jurídicos, políticos, sociales y culturales, establece su propio sistema, que puede inclinarse hacia cualquiera de los dos modelos básicos, pero casi siempre con ciertos matices del contrario.

Aun el sistema familiar francés, prototipo del familiar desde 1964, acusa una intervención más directa de la autoridad pública a través del juez de tutelas y de las tutelas de tipo administrativo. El sistema soviético y el inglés, cada uno con sus propios aspectos presentan sistemas más o menos absolutos de autoridad. El B.G.B., los códigos italiano, mexicano (del Distrito Federal) y portugués se sitúan como sistemas de autoridad, pero con cierta intervención de la familia en el ejercicio y control de la tutela.

Se puede concluir que los sistemas de autoridad se han mantenido, y los de familia han evolucionado hacia un sistema más o menos puro de autoridad.¹²² Esta evolución corresponde a la que ha sufrido en general el Derecho de familia. Díez Picazo¹²³ expresa que los poderes familiares han dejado de ser un asunto interno en que los de afuera nada tienen que ver, y son sometidos cada vez más a los controles sociales considerados como deberes o funciones.

La realidad ha mostrado el poco interés de la familia por la salvaguarda de los menores huérfanos. Este hecho ha llevado a que

122 O'Callaghan, *op. cit.*, pp. 93-94.

123 Díez-Picazo y Guillón, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1988, v. I, p. 44.

diversos ordenamientos jurídicos busquen la mejor protección posible de los menores. La presencia y operatividad de la autoridad pública, judicial y administrativa es prueba fehaciente de un mejor desenvolvimiento de la gestión tutelar, a través de la constitución de la tutela, de mecanismos de vigilancia y medidas de seguridad, así como el ejercicio directo de la tutela por organismos de asistencia pública o privada sobre los menores desamparados.

Los beneficios que rinde la intervención pública en materia de tutela no deben impedir la ingerencia de la familia; no debe olvidarse que existen vínculos jurídicos que legitiman la actuación de los parientes en las gestiones tutelares, y por último, debe tenerse en cuenta el interés del menor, que es el prevalente en todo el desarrollo de la institución tutelar.