

LA TUTELA DE ESTADO

Ingrid BRENA SESMA

SUMARIO: I. *Presentación.* II. *Distintos sistemas tutelares.* III *Tutela ejercida directamente por el Estado.* IV. *Marco jurídico en México.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. PRESENTACIÓN

Analizar algunos aspectos de la intervención del Estado en la tutela de menores es el propósito de esta ponencia. La selección parte del reconocimiento del especial interés que se ha desarrollado en la sociedad, tanto en el ámbito internacional como nacional por la protección de la infancia desvalida.

Se caracteriza la infancia por ser una etapa de la vida que implica una dependencia del menor en relación con aquellos que, ya normalmente desarrollados, han alcanzado la madurez necesaria para satisfacer sus necesidades y regir su propio destino.

En principio, los progenitores son los encargados de cuidar, proteger y educar a sus hijos durante su minoría de edad y así lo reconoce el derecho al establecer un conjunto de obligaciones y derechos entre padres e hijos hasta que éstos lleguen a la edad adulta; pero ante la natural probabilidad de que los padres o abuelos mueran o abandonen al menor, el derecho ha creado la institución de la tutela, por medio de la cual otro adulto asume la responsabilidad de cuidar y proteger a ese menor. Sin embargo, la tutela no es una sustitución de la patria potestad la cual, por su propia naturaleza, no admite sustitutos, sino como una institución que actúa y funciona por sus propios fundamentos.

Pero ¿a qué adultos corresponderá proteger al menor? ¿a alguno de su grupo familiar o serán dependencias públicas las que asuman tal obligación? ¿hasta qué punto debe intervenir el Estado de manera que no invada la libertad individual y la intimidad de la familia?

En aquellas sociedades integradas por estructuras familiares sólidas se hacen cargo de los menores huérfanos algún miembro del grupo familiar o el grupo en su conjunto. En cambio, en las sociedades cuyos grupos familiares son débiles resulta difícil distinguir un interés conjunto entre los integrantes del grupo que los lleve a responsabilizarse de los menores que han quedado huérfanos o han sido abandonados. En tales casos, la función tutiva, en forma subsidiaria, debe ser asumida por el poder público.

Pero referirnos a la tutela en la actualidad, como ha mencionado el doctor Galindo Garfias en otro foro dedicado a la niñez organizado por este mismo Instituto, implica un análisis que excede al derecho objetivo parcialmente considerado y que debe abarcar una área más extensa que incluya una coordinación de esfuerzos de juristas, sociólogos, expertos en salud pública, psicólogos, etcétera.

La tutela de menores abandonados debe ser reconocida como un derecho frente a un deber de la sociedad de proporcionarles una existencia digna, sana y decorosa, deber que se encuentra consignado en el párrafo quinto del artículo 4º constitucional como una obligación del poder público de suministrar los apoyos y protección que requieran los menores.

II. DISTINTOS SISTEMAS TUTELARES

La mayor o menor intervención de la familia o del poder público distingue a los sistemas 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.

En los sistemas de control familiar, la protección de los menores que han quedado sin padres compete a la familia, ya sea que el cuidado se encomiende a un miembro de ella o que los parientes intervengan en situaciones concretas con 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 aquél que ejerce la función tuitiva de manera directa, este órgano colegiado es el consejo de familia.

La intervención de la autoridad pública como hemos comentado, se fundamenta en la idea de que a la falta de los padres, el Estado asume el cuidado de los menores o incapaces¹ y dentro del sistema de autoridad ha resultado de gran relevancia la intervención de la autoridad pública en los casos de menores en estado de abandono que pudieran distinguir un nuevo tipo de tutela. Algunos países la denominan tutela de Estado, para significar la tutela ejercida directamente por órganos dependientes del poder público, y a ésta es a la que haremos referencia en adelante.

III. TUTELA EJERCIDA DIRECTAMENTE POR EL ESTADO

1. *Consideraciones generales*

No se puede dar el mismo trato a los menores propietarios de bienes o que pertenezcan a un grupo familiar sólido que a los menores carentes de un patrimonio propio o cuya familia no se interesa por él. Las normas que han regulado 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

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

obrar. La tutela pretende garantizar en ese ordenamiento, una correcta y honesta administración de bienes, de modo que el mal desempeño de esas gestiones ocasiona responsabilidades y sanciones para el tutor deshonesto. El desempeño de la tutela rinde pingües beneficios al que la ejerce, de ahí el interés en asumir el cargo que, además, es considerado como un honor dentro de la sociedad romana. "La tutela ha sido 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", ha comentado Manresa.²

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 ante esta interrogante fueron por mucho tiempo aisladas y privadas, pero cada vez el Estado interviene en forma más directa e integral hasta llegar a la denominada tutela de Estado.³

2. *Desarrollo histórico de la tutela de Estado*

Podemos situar el antecedente de esta tutela en la Roma imperial cuando, al pasar por una crisis política que redundó en un debilitamiento del poder público, las autoridades resultan incapaces para controlar la vida ciudadana. Actividades como la tutela minuciosamente reguladas no eran controladas y la corrupción impedía su buen ejercicio, para contrarrestar esta situación, Septimio Severo se atribuyó, por medio de un Edicto, la tutela de menores como una declaración de principios y con ello se convierte en patrocinador de los menores, desde entonces se instituye la llamada tutela imperial.

2 Manresa, *Comentarios al Código Civil español*, 7a. ed., Madrid, 1957, t. II, p. 301.

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

Durante el periodo posclásico, el emperador romano, convertido al cristianismo, declaró de nuevo su intención de proteger a los menores. Más tarde, fue la Iglesia quien actuando directamente ejerció la "tutela" del emperador con la administración de orfanatos y de los institutos píos.

El internado de menores en hospicios, orfelinatos o instituciones semejantes, constituyó la práctica común durante mucho tiempo, hasta que poco a poco el poder público asumió nuevamente la protección de los menores abandonados en orfanatos y en casas de expósitos.

Afortunadamente, la comunidad social poco a poco se fue interesando cada vez más por la situación de los huérfanos desvalidos o abandonados. La filosofía de la Ilustración fijó su atención en el tema, 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."⁴

Lo que en un tiempo no fue claro, ahora resulta obvio, el interés generalizado de la sociedad, que ahora se impone como deber de suplir la ausencia o la deficiencia de las relaciones de filiación o de parentesco, mediante instituciones adecuadas que dependan de los poderes públicos.

Desde mediados del siglo XIX, ha sido nota característica de la administración pública, el incremento en la prestación de los servicios asistenciales,⁵ rompiendo con el esquema anterior del Estado abstencionista. El régimen de protección ha cobrado fuerza al reconocer como un fin de la administración pública la protección de la infancia abandonada.

Son numerosos los estados que regulan la tutela ejercida directamente por el Estado y, aunque con distintos nombres, podemos distinguir las tutelas de ese tipo. A pesar de que los ordenamientos no contengan una definición de la tutela de

4 Fossar Benloch. "El derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de Naciones Unidas", *Documentación Jurídica*, Madrid, t. XI, enero-marzo, 1984, p. 118.

5 Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, 10a. ed., Madrid, 1987, vol. II, p. 267.

Estado, ni tampoco sea uniforme el criterio para determinar a quién se atribuye el ejercicio de la misma en forma directa, 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 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 son de índole moral ni social, sino jurídica. El quebrantamiento doloso o culposo, por parte de quien debe asumir la carga de guardar, educar y alimentar a un menor, que queda abandonado moral o materialmente, a su suerte.⁶

Esta intervención directa del Estado supone que la tutela de Estado 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 aquélla. 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.⁷

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 de 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 jus-

⁶ Mendizábal Osés, *Derecho de los menores, teoría general*, Madrid, Pirámide, 1977, p. 173.

⁷ *Idem*, p. 180.

tifica 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.

3. *Referencia a algunas legislaciones europeas*

Múltiples naciones han implantado la tutela de Estado bajo diferentes denominaciones y variantes. En Francia, la tutela del menor huérfano que carece de familiares aptos para realizar las gestiones administrativas de su patrimonio confiere subsidiariamente al Estado.⁸ 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.⁹ El comisario de la república, en tanto que tutor, ejerce todos los derechos que corresponden al titular de la autoridad parental.

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

8 Mazeaud H. *et al.*, *Leçons de droit civile*, 6ª ed. revisada por Juglart, París, 1976, t. I, p. 742.

9 Decreto 4 de 6 de noviembre de 1974.

En Italia cuando falta la familia, los menores abandonados son enviados a los institutos u hospicios de asistencia pública que operan bajo la vigilancia del juez tutelar.

El Estado alemán distingue varios tipos de tutelas que no corresponde asumir a la familia: la "tutela legal oficial" ejercida por el Consejo de huérfanos u Oficina de protección de la juventud sobre los hijos fuera de matrimonio; la "tutela legal discernida" ejercida por la Oficina de protección de la juventud, cuando no existe un tutor más adecuado. Finalmente, los directores de las instituciones sujetas a la administración pública y los directores de las instituciones o asociaciones particulares que hayan sido asignados a tales efectos ejercen la llamada "tutela de institución o de asociación".

En España se regula desde 1987 la tutela legal a cargo de entidades públicas. Estas entidades pueden habilitar a instituciones colaboradoras para que ejerzan la guarda de los menores.

Por su parte, los organismos internacionales han recomendado a los Estados que velen para que el niño, privado de su medio familiar, sea provisto de una protección familiar de reemplazo, especialmente bajo la forma de adopción o colocación en familia. En caso de que ello no sea posible, propiciar la colocación en establecimientos adecuados para ocuparse de los niños.¹⁰

IV. MARCO JURÍDICO EN MÉXICO

1. *Constitución y Código Civil*

El artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa: "...Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a

¹⁰ Se reconoce que el niño debe beneficiarse de los cuidados de sus padres expresa el anteproyecto del Convenio Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en su artículo 6o. y el Consejo de Europa ha recomendado la progresiva supresión de los grandes centros que atienden a menores, para sustituirlo por la colocación en el seno de familias.

la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas”.

Este texto debe entenderse como una garantía individual de la que gozan todos los menores. Consecuentemente es responsabilidad de toda autoridad, no sólo respetarla, sino promover a través de las instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los menores, pues el mandato constitucional no se limita a enunciar una garantía, sino establece una obligación con cargo a las instituciones públicas de apoyar y proteger a los infantes para que éstos logren su desarrollo físico y mental. El Estado, a través de sus poderes, actúa de manera que la asistencia que se imparta resulte efectiva.

El deber primario de proteger y educar a los hijos corresponde a los padres, éstos son los principales obligados por su calidad de procreadores, pero en su falta o cuando el ejercicio de la patria potestad causa un perjuicio a los menores éstos pueden ser atendidos por otros miembros de la familia a través de la tutela legítima y, a falta de otro sostén familiar, las instituciones públicas deben dar el apoyo necesario para la promoción y protección de los menores, y prestar auxilio a los padres, en caso de que lo necesiten, para el cumplimiento de esos deberes de crianza y educación.

El Código Civil para el Distrito Federal establece la tutela legítima de 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 inclusas u hospicios, los directores de estos establecimientos desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes, y será dativa la tutela de menores que no están sujetos a la patria potestad ni a la tutela testamentaria o legítima. En este caso, el tutor será nombrado por el juez de lo Familiar de entre una serie de servidores públicos enumerados en el artículo 501 incluidos los directores de los establecimientos de beneficencia pública.

2. *Ley General de Salud, del Sistema Nacional de Asistencia Social y Estatuto Orgánico del DIF*

Con el sustento constitucional y con el fin de implementar la tutela que corresponde ejercer al Estado, en los términos del Código Civil, el gobierno federal emitió diversos instrumentos legales de orden administrativo. La Ley General de Salud de 1984 prevé el ejercicio de la tutela conforme de las disposiciones legales aplicables y la prestación de servicios de asistencia jurídica y de orientación social, especialmente a menores, ancianos y minusválidos sin recursos y el establecimiento de un Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia DIF.

En enero de 1986, se publicó la Ley sobre el Sistema Nacional de Asistencia Social cuyo objetivo es promover la prestación de los servicios de asistencia, entendida por tal, las acciones tendentes a modificar y mejorar las circunstancias que rodean al individuo, así como la protección física, mental y social, de personas en estado de necesidad, desprotección o desventaja física o mental.

Se establecieron como servicios básicos de salud en materia de asistencia social, entre otros: La promoción del desarrollo al mejoramiento y la integración familiar. La promoción e impulso del sano crecimiento físico, mental y social de la niñez. Apoyo al ejercicio de la tutela que corresponda al Estado. La misma ley señala como sujetos preferentes de la recepción de los servicios antes descritos a menores en estado de abandono y desamparo. Los Sistemas Estatales para el Desarrollo Integral de la Familia cuentan con 50 Casas Cuna y Casas Hogar en toda la República, propiciando la incorporación social de los menores a través de la reintegración familiar y promoviendo la adopción.

Corresponde al DIF operar establecimientos de asistencia social en beneficio de los menores en estado de abandono y poner a disposición del Ministerio Público los elementos a su alcance en la protección de incapaces y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten.

El 30 de junio de 1986 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Estatuto Orgánico del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. El artículo 25 de este ordenamiento fija como atribución de la Dirección de Asistencia Jurídica, denunciar ante el Ministerio Público “los hechos que así lo ameriten”, intervenir en el ejercicio de la tutela de los menores que corresponde al Estado, —esto es por medio de los directores de las instituciones en donde se interne a los menores— dirigir, coordinar y supervisar las actividades de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, realizar estudios e investigaciones sobre los problemas de naturaleza jurídica de la familia y de los menores y auxiliar al Ministerio Público en la protección de incapaces y en los procedimientos civiles y familiares que les afecten de acuerdo con la ley.

Recepción de menores. Cuando el DIF conoce de la existencia de un menor en estado de abandono, cuenta con los elementos necesarios para hacerse cargo de él a través de los establecimientos que opera, o si no tiene cupo en ellos para remitirlos a instituciones de beneficencia privada.¹¹

Dependen del DIF del Distrito Federal dos casas cuna en las que se albergan menores desde un día de nacidos hasta 6 años de edad, una casa hogar para varones y una casa hogar para niñas en las que se albergan menores de 6 años a 18 años; dos internados en los que se atienden a menores de 6 a 18 años de domingo a viernes, con la finalidad de apoyar

11 Estas instituciones están reglamentadas por la Ley de Instituciones de Asistencia Privada. El artículo 98 de ese texto determina que la Junta de Asistencia Privada tiene facultades para realizar visitas de inspección para comprobar: “I. Si los objetos de la institución están siendo realizados; II. Si los establecimientos de asistencia son adecuados para su objeto; III. Si los dormitorios, salas, clases, etc., son cómodos e higiénicos; IV. Si la alimentación ministrada es suficiente y sana; V. Si el servicio y la asistencia médica se imparten con regularidad y oportunamente; VI. Si el vestuario de los asilados y la ropa de uso en el establecimiento están en buenas condiciones; VII. Si el trato que reciben los beneficiados está o no en consonancia con los fines humanitarios de la institución; VIII. Si los beneficiarios reúnen los requisitos señalados en los estatutos, y si en general se cumple con éstos y con las leyes y reglamentos relativos a la asistencia privada. De manera que existe un control y vigilancia de la situación de los menores reclusos en ellas, además del control que ejerzan los consejos locales de Tutela y el juez de lo familiar.

a las madres que tienen problemas de desintegración familiar y que trabajan.

Las casas cuna reciben menores de distinta procedencia, o son enviados por la Procuraduría General del Distrito Federal o llegan directamente a la casa cuna por la exposición de la madre o de algún familiar.

La PGJDF cuenta con un albergue temporal en el cual se reciben a menores de 0 a 12 años que han sido expuestos por sus padres, se han extraviado, son huérfanos o están sujetos a investigación por averiguación previa por ser víctimas de maltrato, abuso sexual, abandono o existe una controversia de índole familiar entre sus ascendientes.

El albergue recibe un promedio de 70 niños diarios, alrededor de 800 anuales a los cuales se les tiene en guarda y custodia temporal. Mientras están ahí, las trabajadoras sociales tratan de localizar a los familiares y promover la restitución del menor con ellos cuando así proceda, y la Coordinación de Asuntos de Menores e Incapaces que depende del Ministerio Público atiende y resuelve su situación jurídica.

Cuando sea preciso prolongar la estancia del menor o en definitiva haya quedado sin quien ejerza la patria potestad y no tenga familiares, la Procuraduría canaliza al menor al DIF a instituciones de asistencia privada.

Los que llegan directo a las casas cuna lo hacen por la exposición voluntaria de la madre o de algún familiar con intención de dejar al niño en forma permanente. También se reciben menores a solicitud de protección temporal de tres a seis meses. Las causas de la exposición o de la solicitud de protección suelen ser la enfermedad de los padres, el embarazo de una madre adolescente, la desintegración familiar o los problemas económicos psico-sociales.

En un primer momento la institución brinda al niño los cuidados y atención necesaria, en tanto pone los hechos en conocimiento del Ministerio Público para que se realicen las investigaciones sobre su situación jurídica y se determine si existe alguien que ostente patria potestad o tutela. En el pri-

mer caso se tratará de localizar a los ascendientes, y en el segundo se promoverá el discernimiento de una tutela legítima.

Guarda y tutela. Sólo cuando se ha constatado que el menor no tiene quien se haga cargo legalmente de él y lo represente, podrá el director de la institución, en donde se haya internado al menor, ejercer la tutela que le haya discernido el juez de lo familiar.

Tal vez resulte conveniente en este punto reflexionar en la diferencia entre los términos "guarda" y "tutela", pues este último se presta a confusión al entenderse la "tutela" en su sentido común como sinónimo de protección, pero el sentido jurídico es distinto; la tutela es la institución subsidiaria de la patria potestad la cual permite al tutor hacerse cargo del menor, responsabilizarse de su educación y representarlo en su vida jurídica. La tutela no puede ejercerse mientras haya quien ejerza patria potestad sobre los menores. En cambio, la "guarda" es la atención directa a las necesidades concretas del menor y su protección inmediata que puede desligarse de la patria potestad.

El artículo 493 del Código Civil establece que los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos desempeñarán la tutela legítima y la fracción IV del artículo 444 señala como pérdida de la patria potestad la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses, pero ¿qué se entiende por expósito y qué por abandono?

El diccionario común define al expósito como al niño recién nacido abandonado en un paraje público, la Suprema Corte de Justicia no ha emitido ninguna tesis que defina el término, pero, en cambio, ha sustentado criterios de qué debe entenderse por "abandono". De las tesis analizadas resulta una distinción clara entre el abandono civil que da lugar a una causal de divorcio o la pérdida de la patria potestad y el abandono como delito sancionado por la ley penal.

El primero sólo se configura como causal de pérdida de la patria potestad después de transcurrido el plazo de seis meses marcado por el Código Civil, en cambio, para la existencia de

un delito de abandono es suficiente la omisión de cuidado que coloque al sujeto pasivo en una situación, aunque sólo sea momentánea, de los cuidados que le son debidos, con riesgo para su integridad personal.¹² El abandono de persona puede asumir dos formas: La primera consiste en llevar a la persona fuera de su ambiente de protección en que se encontraba dejándolo sin otra, y la segunda, alejándose del sujeto activo del ambiente de protección y dejando en el mismo lugar al abandonado.¹³

Si el menor o menores son abandonados por uno o ambos padres, pero no existe riesgo para su integridad física, el abandono se configura después de seis meses y éste es causa de pérdida de la patria potestad. Si el abandono, aunque momentáneo, significa un peligro para la integridad del menor, no se requiere del transcurso de tiempo para configurar el delito.

Cuando la estancia de los menores en una institución pública o privada sea de naturaleza temporal debido a que son enviados por la PGJDF, porque han sido víctimas de un delito, aparentemente sean huérfanos o porque se encuentra en trámite un juicio de pérdida de la patria potestad, el director ejerce exclusivamente la guarda y la custodia de los menores y sólo cuando se haya constatado que no hay quien ejerza la patria potestad, el juez discernirá la tutela a nombre del director del establecimiento.

En cambio, los directores de los establecimientos que reciben a un menor en situación de riesgo ejercen la tutela legítima de manera inmediata, no se requiere discernimiento judicial pero, esta tutela *ipso-iure* dejaría de ejercerse en el momento en que se presentara algún ascendiente que ostentara la patria potestad.

Como tutor, el director tratará de incorporar al menor a una familia por medio de la adopción, en casos muy especiales cuando no se pueda tramitar la pérdida de la patria potestad

12 Tesis II, 1ª 79, TCC, tomo IX, SJF, mayo, 8ª época, p. 477.

13 Tesis 194, TCC, tomo III, segunda parte-2 SJF, 8ª época, p. 967.

necesaria para iniciar una adopción, podrá colocar al menor en un hogar sustituto. Esta familia alterna se hace cargo del menor procurándole todo lo necesario para su desarrollo, pero la tutela continuará siendo ejercida por el director de la casa cuna.

Descartada la adopción o la colocación en un hogar sustituto, el menor quedará en la institución que lo acoge y las funciones tutelares serán desempeñadas por el director de la misma. Por último, los menores que han llegado a la edad máxima de seis años que no han sido ni reintegrados a sus familias ni dados en adopción pasan a las casas hogar del DIF.

En las casas cuna también se reciben niños por periodos de tres a seis meses. Cuando la familia se encuentra en una situación límite por falta de ingresos o por enfermedad, operación o accidente que les impida hacerse cargo de sus hijos en forma temporal, pueden acudir ante la casa cuna y solicitar la guarda de sus hijos en tanto se resuelve su apremiante situación. En estos casos los padres continúan ejerciendo la patria potestad sobre sus menores hijos y la institución sólo ejerce la guarda o custodia hasta por un término máximo de seis meses con el fin de que no propicien la desatención de sus hijos en forma permanente.

En las casas hogar, una para varones y otra para mujeres, se reciben niños y niñas de seis hasta catorce años y actualmente cuentan con una población aproximada de 400 niños en cada una, de distinta procedencia, de casa cuna, enviados por la PGJDF o por solicitud de los padres o de parientes cercanos.

La condición jurídica de estos menores es semejante a la de los internados en casa cuna, el director o directora ejercen la guarda en tanto la situación jurídica es investigada por el Ministerio Público. El egreso de esta casa hogar ocurre por causas variables: solicitud de la procuraduría o de los familiares o tutores del menor, por mayoría de edad o por problemas de adaptación y/o conducta observados durante la permanencia del o de la menor en la Casa y, en algunos casos, los menos desafortunadamente, por adopción.

V. CONCLUSIONES

El marco jurídico general con el que actualmente se desempeña la tutela de los menores abandonados en el Distrito Federal es adecuado pues las leyes y reglamentos determinan con precisión a quienes corresponde y cómo debe ejercerse en forma directa la tutela que asume el Estado. El DIF del Distrito Federal cuenta con toda una organización para atender los problemas del menor en estado de abandono. En primer término le dan el resguardo físico necesario y a la vez establecen su situación legal, ejerciendo la guarda y custodia o la tutela, según corresponda. La Dirección de Asistencia Jurídica supervisa y coordina las actividades de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia, interviene en forma general en el ejercicio de la tutela de menores que corresponda al Estado y realiza estudios e investigaciones sobre los problemas de naturaleza jurídica de la familia y de los menores, y auxilia al Ministerio Público en la protección de los incapaces en los procedimientos civiles y familiares que los afecten de acuerdo con la ley.

Los ordenamientos jurídicos establecen sistemas de supervisión y vigilancia, pero, sin embargo, algunas cuestiones prácticas despertaron mi curiosidad.

En primer término, la desproporción entre el número de menores protegidos a través de los servicios asistenciales del DIF y la cantidad de menores que deambulan por las calles del Distrito Federal. En el albergue del PGJDF se maneja una población flotante que promedia ochocientos menores al año, la casa de cuna alrededor de 150 niños y 400 en las casas hogar, además desde luego, de los menores atendidos en casas de beneficencia privada.

La primera justificación me la proporcionaron en el albergue de la procuraduría al explicar que ahí sólo llegan menores que son recogidos en razón de una denuncia previa por la posible comisión de un delito, maltrato o abandono. En las casas de cuna de Tlalpan, el director me comentó que en ese establecimiento se atiende a todo aquel que acude y aún así

nunca se ha dado el caso de cupo total, en su concepto, la familia mexicana puede ser catalogada más de maltratadora que de abandonadora. La mayoría de niños en la calle pertenecen a un núcleo familiar, pero éste en vez de satisfacer sus necesidades y protegerlos los desatiende, maltrata y en no pocas ocasiones exige de ellos aportaciones económicas.

Esta realidad implica la necesidad de que el Estado lleve a cabo actividades múltiples primordialmente de apoyo a la familia, para evitar su desintegración y el probable abandono de menores. Desde luego, si ello ocurre deberá asumir en forma directa el cuidado y la protección tanto en la vida cotidiana como en la esfera jurídica del menor a través del ejercicio de la tutela de Estado. La tendencia actual es propiciar una mayor intervención mayor por parte de las autoridades en el desempeño de la tutela de menores desamparados. Esta intervención debe atender a las circunstancias concretas de cada caso, pero aún con sus distintas acciones, se observa una unidad de actuación derivada del fin concreto que se persigue, la protección de los menores que han sido abandonados o cuyos padres no puedan hacerse cargo de ellos.

Una última reflexión sería la de reconocer que el gobierno no puede abarcar la inmensidad de casos de menores con serios problemas de educación, integración y aún de supervivencia. La sociedad debe coadyuvar a través de instituciones privadas, de organismos no gubernamentales y aún de familias particulares que adopten o acojan temporalmente a menores desprotegidos.

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

Sólo una labor conjunta de familia, sociedad y Estado y la coordinación de esfuerzos de sociólogos, trabajadoras sociales, psicólogos, pedagogos y juristas, entre otros, lograremos formular programas adecuados para resolver los problemas de

los menores que han sido abandonados y que origina a su vez, la problemática del menor maltratado, infractor, drogadicto o explotado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BERUMEN, Paolin, "Las funciones de la procuraduría de la defensa del menor y la familia", *Derechos de la niñez*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1990, pp. 273-277.
- FOSSAR BENLLOCH, "El derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas", *Documentación Jurídica*, Madrid, t. XI, enero-marzo, 1984.
- GARRIDO FALLA, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Madrid, 1987, vol. 2.
- MAJADA, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Barcelona, 1985.
- MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, 7ª ed., Madrid, 1957, t. II.
- MAZEAUD, H. et al., *Leçons de Droit civile*, 6ª ed. revisada por Juglart, París, 1976, t. I.
- MENDIZÁBAL OSES, *Derecho de los menores, teoría general*, Madrid, Ed. Pirámide, 1977.
- MERCHAN ÁLVAREZ, *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del S. XV*, Sevilla, 1976.