

EL DERECHO DEL MENOR A LA TUTELA

Por Ignacio GALINDO GARFIAS

Me inquietó el rubro de este coloquio “Los Derechos de la Niñez”, porque el sólo planteamiento de la cuestión en estos términos es un reto para los juristas, particulares, para aquéllos interesados en el derecho de familia.

Todo derecho subjetivo requiere de un protector o de varios protectores y de uno o varios obligados. Bien está que se plantee la cuestión poniendo énfasis en el aspecto activo de la relación derecho-deber (los derechos). Pero todo derecho es exigible ante alguien que tiene a su vez el deber de cumplir. Me parece que es necesario precisar quién es el sujeto pasivo de tal relación jurídica; quién es el obligado, quién tiene el deber de proteger, de ayudar y propiciar el desarrollo sano, de la niñez y cuál es el contenido de esa obligación.

La respuesta ya empezó a aflorar aquí. Es en última instancia el grupo social en su conjunto, el obligado a cumplir ese deber. Cada uno de nosotros en lo particular somos quienes en razón de la solidaridad humana, estamos obligados a actuar para cumplir, ejecutar esa obligación; por lo tanto, no dejemos toda la carga al DIF porque el DIF no puede cumplir con ello; no la dejemos al gobierno, el gobierno es impotente para cumplir las obligaciones inherentes a los derechos de los menores en general, tampoco dejemos la carga a la UNICEF porque la UNICEF no puede asumir ese cúmulo indeterminado de obligaciones.

La segunda cuestión previa que quisiera señalar antes de entrar en el desarrollo de mi brevísima exposición, es ésta: por lo que atañe al derecho civil, el civilista está, frente a ese problema, encasillado en el estrechísimo círculo de la institución denominada la tutela de menores. Desde el punto de vista de las obligaciones, es decir en su sentido orgánico (tutor, juez de lo familiar, consejo local de tutela, Ministerio Público, etcétera), la tutela es un conjunto de funciones específicas que constituyen los derechos y

obligaciones del tutor. Empero ellas, por sí mismas, no responden hoy en día al sentido de protección integral del cuidado y atención del menor. Hoy en día las obligaciones que impone la tutela son insuficientes para acudir a satisfacer íntegramente los derechos de la niñez.

Debo confesar que tal como está organizada en el derecho la tutela empieza a parecer insuficiente, como hasta ahora ha sido organizada esa función tuitiva. Ello nos obliga a los profesores y a los investigadores de derecho civil, a fijar nuestra atención para enriquecer esa rama del derecho en ese capítulo, para adecuar la parte correspondiente del título IX, libro primero, del Código civil, en lo relativo a la protección de los menores.

Son estas reuniones y el estudio de la institución de la tutela lo que nos indica la necesidad de relacionar la indagación con otras ramas del derecho, tales como el derecho penal, el derecho laboral, el derecho administrativo, el derecho interno y el derecho internacional.

La tutela rebasa con mucho el ámbito del derecho civil, ayer me parece se oyó en este foro la opinión doctísima de un grupo de cultores del derecho internacional privado: ellos mucho tienen que decir sobre esta materia y en una manera muy importante. Escuché por allí lo relativo a un proyecto o una convención internacional sobre adopción de menores por extranjeros. La sola mención de esta convención internacional nos está indicando la necesidad ingente de que los privatistas y los publicistas e internacionalistas dediquemos nuestra atención coordinadamente al problema de la tutela de menores, que como ya dije excede los límites del derecho civil.

Los civilistas requerimos la colaboración de los juristas en diversas ramas para resolver este problema que pienso, será uno de los problemas de urgente solución en el siglo XXI, lo que en derecho procesal se llama "artículo de previo y especial pronunciamiento"; debemos estar preparados para poder dar la respuesta a la sociedad, a esa cuestión de premiosa solución ofreciendo soluciones concretas y viables, cuestiones que afectan a casi todos los países del orbe.

Quiero referirme brevemente al área de la tutela que en la actualidad excede al derecho objetivo parcialmente considerado y que debe abarcar una área de mayor extensión, en una adecuada coordinación de esfuerzos de juristas, sociólogos, expertos en salud pública, psicólogos, etcétera.

Mientras no se logre eso, estaremos presentando hermosas disquisiciones y sesudas ponencias, pero que no comprenden una visión de conjunto sobre el área actual de la tutela, tal como exigen los requerimientos del siglo XXI para tutelar y proteger en los más diversos aspectos a todos los menores y no sólo a los menores sin padres o abuelos que les ofrezcan protección; claro está que estos menores reclaman la prioridad para que el derecho acuda en su defensa y en su protección no obstante también los menores en general también tienen derecho a la protección legal. Aun el menor formado en una familia sanamente organizada requiere también, aunque con menor exigencia, que se les proporcione una atención adecuada, cuando lo requieran y se les ofrezcan mayores oportunidades, mejores orientaciones, para lograr un sano desarrollo, cuando las circunstancias así lo aconsejen.

En esta virtud había concebido el propósito de circunscribir mi exposición sobre el tema de la organización de la tutela tal como se encuentra establecido en el Código civil y como se aplica en el ejercicio de nuestra profesión ante los tribunales, o como la concebimos en el cubículo del investigador,¹ pero me parece (lo confieso paladinamente) muy pobre tal exposición de nuestro derecho positivo, pues hubiera quedado adecuada como explicación de esa institución jurídica en la cátedra tal como se concibió hace 50 años.² Está bien que se estudien las obligaciones del tutor y la formación de los consejos de tutela y las funciones del curador y del juez, pero más importante me parece apuntar qué puede esperarse de reuniones como éstas cuando contamos con la asistencia de ellas de representantes del DIF, para señalar que no podemos perder de vista que nuestra finalidad última es la búsqueda de una más adecuada coordinación de esfuerzos entre los civilistas y los funcionarios del DIF, oficiales encargados de la protección a la niñez. Y si bien estamos muy lejos de la tutela al estilo del derecho romano, no lo estamos tanto de esa institución en el siglo pasado (que es la tutela de nuestros códigos vigentes), pero me parece que no venimos aquí a hacer indagaciones históricas. No es una cátedra de derecho romano, todo abogado ha estudiado el derecho romano, el derecho medieval y el Código de Napoleón.

¹ Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, *Primer curso de derecho civil, novena edición*, México, Editorial Porrúa, 1989, p. 692 y ss.; Escobar de la Riva, Eloy, *La tutela*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1943.

² *La tutela*, Barcelona, Editorial Bosch, 1954, "De lo Institucional a lo Comunitario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, noviembre de 1951.

Lo que interesa ahora, como punto fundamental, es asentar y hacer ver que la tutela es una expresión en el derecho civil de algo muy importante que podría quedar plasmado en el título de un libro del maestro Antonio Caso, que ustedes seguramente conocen: *La vida como desinterés, como economía y como caridad*, así podría expresarse la quinta esencia de la institución jurídica de la tutela. Con ella el legislador se propuso lograr el desinterés en favor de los menores: mirar la vida así, con desinterés, con caridad, pero también como economía, puesto que el tutor, además de cuidar y velar primordialmente por la persona del pupilo, está obligado a administrar sus bienes. Tal es la situación de la tutela, de esas ideas está preñada; tal es el reto que tenemos los abogados y sociólogos y a él estamos obligados a responder de alguna manera en este coloquio que ha organizado el Instituto de Investigaciones Jurídicas, con la valiosa colaboración de los señores del DIF. El cumplimiento de ese deber de ayuda a nuestro semejante, es una función de interés público y este es otro dato que no debe olvidarse en el estudio jurídico de esta institución: el predominio del interés público, no digo como algún autor afirma que la tutela es una institución de derecho público; no es de derecho público. Ese autor respetabilísimo (Alcalá-Zamora y Torres),³ no distingue entre derecho público e interés público. La tutela es una de las instituciones de derecho privado que expresa claramente el interés público en la protección y la formación adecuada de la niñez y del menor en general. Este es el nuevo elemento que tampoco debe perder de vista el jurista, el civilista en particular, el abogado y el juez de lo familiar y también el investigador; no debemos olvidar esta perspectiva. El DIF como institución actúa, debe actuar siempre, tomando en cuenta esa precisión que el interés público en este aspecto, coincide con el interés particular del menor.

Así veo la función del DIF, y creo que así se está llevando al cabo.

Si bien la tutela excede los límites del derecho común, esto no significa que pertenezca al campo del derecho público. Aquí vemos que se quiebra la secular tajante distinción entre derecho público y derecho privado y que sus fronteras desaparecen en materia de tutela. Entonces la tutela así considerada, debe formar

³ Alcalá-Zamora y Torres, Niceto, "El área de la tutela", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 33, tomo IX, enero-marzo de 1947.

parte de lo que Rodríguez Arias Bustamante⁴ llama “derecho comunitario” frente a la tradicional dicotomía entre derecho público y derecho privado.

En mi concepto nunca ha existido esa dicotomía; no es sino un modo de considerar al derecho; son dos perspectivas de un todo único. Pienso que el derecho comunitario, es decir todo el derecho es derecho de la sociedad, no es un derecho del Estado ni es un derecho de los particulares, es un derecho de nuestra comunidad de vida, y cuando hablo de nuestra comunidad quiero decir que todos formamos parte de la colectividad universal. Pues bien, esa característica está clara en las normas protectoras de la niñez (o mejor de los menores) y con esa perspectiva, más de acuerdo con nuestra realidad, proceder a analizar y proponer soluciones sin olvidar que aquí hay, sin embargo, algo contradictorio. El derecho está lleno de contradicciones, de hermosas contradicciones, que van a encontrar solución en la mente de cada uno de los juristas, cuando están preparados para ello. Aquí hay algo que puede desconcertar al intérprete cuando se trata de la tutela; hay una situación de la tutela y una situación de dependencia característica típica del derecho público, pero en este caso es el pupilo quien ejerce el derecho de dominación ante el tutor, quien está al servicio del pupilo. Así, en cuanto empieza el pupilo a poder entender y discernir, cuando entra a la pubertad, puede intervenir en algunas decisiones importantes de su tutor; el tutor requiere entonces de la voluntad del pupilo. Esa aleccionadora paradoja del derecho, tiene una enseñanza profunda que nos ilumina el camino. En el derecho público encontramos una situación de dominación y dependencia. Inmediatamente nosotros pensamos en la dominación ejercida por quien tiene poder. Pensamos luego en la patria potestad del derecho romano, pero ocurre que una dominación semejante a la del poder público corresponde el pupilo, que en algunos casos es ejercido por el DIF. Mientras el pupilo no puede hacer valer sus derechos, ese derecho del que habla el rubro de éste, aunque ejercido por el DIF, es un derecho menor. Algunos derechos corresponden al DIF exclusivamente: en materia de tutela le corresponde intervenir en la formación de las listas de tutores, debe designar a los miembros del Consejo Tutelar, vigilar la conducta del tutor a través del curador, etcétera. Al

⁴ Rodríguez Arias Bustamante, Lino, *La tutela*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1954, pp. 19 y ss.

DIF, no obstante ser un órgano de gobierno, el poder que le corresponde es ejercido como un poder tutelar, en interés del menor; pero al mismo tiempo es expresión de la soberanía del Estado. Es un fenómeno semejante al que Capograssi alude diciendo:

Junto a la propiedad sin propietario y el propietario sin propiedad, existe —y aquí la paradoja se vuelve aún mayor— el sujeto que no es ya sujeto, incluso el sujeto, y sobre todo el sujeto en este universo en movimiento, se vuelve móvil tiende a convertirse en uno de los modos de ser del general movimiento, de lo concreto. El sujeto tiende a volverse función social, complejo de intereses, tiende a perder la disponibilidad jurídica de estos intereses, no sólo se entiende de los patrimoniales, sino sobre todo de los que primero eran personales, y hasta de aquéllos que primero eran, para repetir la vieja fórmula pintoresca y precisa, inherentes a sus huesos. Aquí se halla toda la cuestión y la crisis de la libertad individual, pero lo que hay que tener bien presente en este punto, es que no se trata de algo más profundo y, casi se diría, de algo más que la libertad.⁵

Ya he anticipado que en la institución de la tutela aparece como una alborada lo que va probablemente a ser el derecho en el siglo XXI. De allí el interés que tengo de invitar a los lectores a meditar sobre esta institución para familias que ha sido un poco olvidada en su análisis por el derecho sociojurídico.

Con ello quiero decir que en ella se puede observar cómo la tutela no es propiamente una institución sustitutiva de la patria potestad. Es una institución que actúa, vive y funciona por sus propios fundamentos justificativos; aunque el Código civil disponga que la tutela tiene lugar cuando no hay persona que ejerza la patria potestad; de allí se pretende inferir que es sustitutiva de la patria potestad. No, la patria potestad, por su propia naturaleza no admite sustitutos, nadie puede ejercer la patria potestad o debe ejercer el poder paterno si no se tiene título bastante para ello, y el título necesario es el vínculo generacional. Sólo aquel varón que ha engendrado al hijo y aquella mujer que lo ha concebido y lo ha dado a luz y a falta de aquél o de ésta sus inmediatos ascendientes pueden ejercer ese poder natural sobre sus descendientes. En tanto la tutela está minuciosamente regulada en el Código civil, la patria potestad, por ser consecuencia de un hecho biogenético, no requiere estar detalladamente reglamentada. La patria potestad deriva de un hecho jurídico, al paso que la tutela es

⁵ Capograssi, Giuseppe, "La antigüedad del derecho contemporáneo", *La crisis del derecho*, Buenos Aires, 1961, Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 63 y ss.

enteramente una construcción normativa. El hecho que da lugar a la tutela, no es tanto la incapacidad del menor como generalmente es aceptado, es sencillamente la imperiosa necesidad que tiene el menor de edad de recibir un apoyo no tanto por ser incapaz, sino porque es menor y por ello está desprotegido.⁶

Habría mucho que decir sobre el artículo 450 del Código civil y el ámbito en la incapacidad, pero no es oportuno ahora; me concreto a señalar que en ese precepto debería establecerse la distinción precisa entre quienes tienen incapacidad natural y quienes sufren incapacidad legal.

El menor de edad necesita de la protección de los padres, o bien de la protección del tutor y, en todo caso, de la protección de la sociedad en general. Ello en diversos aspectos y medidas. La tutela debe ser otorgada al menor (no sólo a la niñez) como un deber de protección que ofrece la sociedad a todos los menores en razón de su situación frente a la sociedad y no porque sea incapaz. O si se prefiere porque tiene una “incapacidad legal” (estado de desprotección), en tanto que los interdictos sufren una verdadera incapacidad intelectual.

Solamente quiero, para terminar, hacer una reflexión final, la tutela reconocida como un derecho de los menores es una manifestación del deber de la sociedad a proporcionarles una existencia digna, sana, decorosa, socialmente útil.

Es un derecho del menor de disfrutar de salud física y mental. Es a la vez un deber de la sociedad satisfacer esos requerimientos, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo quinto del artículo 4º constitucional, el poder público está obligado a suministrar los apoyos y la protección que requieran los menores para lograr ese objetivo.

Esa finalidad puede lograrse en el seno de la familia o a través de la institución de la tutela, como órgano de la comunidad social; por lo tanto, el ejercicio de la tutela no es un acto de autoridad sino una tutela de la sociedad.

⁶ Recordemos que la *restitution integrum* era ordenada por el pretor en Roma. “No tamquam lac sus sed tanguam minor.”