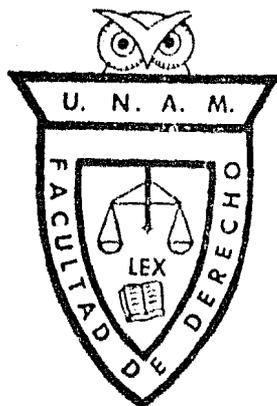


UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



¿ ES LA TUTELA UNA
FUNCION PUBLICA
O PRIVADA?

irma dávila vázquez

1976



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.

Ciudad Universitaria, D.F., 16 de marzo de 1976.

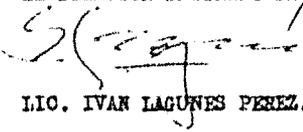
C. COORDINADOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACION ESCOLAR DE LA
U.N.A.M.
P R E S E N T E :

La Pasante IRMA DAVILA VAZQUEZ, elaboró
en este Seminario la Tesis denominada "¿ES LA TOTEIA UNA
FUNCION PUBLICA O PRIVADA?".

La tesis de referencia llena en opinión -
del Suscrito, los requisitos necesarios correspondientes,
por lo que con apoyo en la fracción V del artículo 8o. -
del nuevo Reglamento de Seminarios de la Facultad, le -
otorgo mi aprobación y autorizo su presentación al Jura-
do Recepcional respectivo, en los términos del artículo-
7o. del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta -
propia Facultad.

A t e n t a m e n t e .

POR MI RAZA HAYLARA EL ESPIRITU.
EL DIRECTOR INTERINO DEL SEMINARIO.


IIC. IVAN LAGUNES PEREZ.

*Esta tesis fué elaborada en el Seminario de
Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Uni-
versidad Nacional Autónoma de México, bajo la dirección
del Maestro Francisco Miranda Calderón, estando como
Director Interino, el Maestro Iván Lagunes Pérez.*

A mi madre:

Sra. Gregoria Vázquez García.

Símbolo de abnegación, cariño y amor; quien con sacrificios hizo posible este gran momento.

A quien debo todo lo que soy.

A mi madre:

Sra. Gregoria Vázquez García.

Símbolo de abnegación, cariño y amor; quien con sacrificios hizo posible este gran momento.

A quien debo todo lo que soy.

A mis Hermanos:

Salvador

y

Fernando

*Con un gran cariño, por su apoyo y constancia,
con quienes creo haber cumplido.*

A mi querido Maestro:

Señor Licenciado

Francisco Miranda Calderón
(Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia del Distrito Federal).

por su inapreciable ayuda y dirección,
con un perenne agradecimiento y
respetuoso cariño.

*Al señor Maurilio Adame Guerrero.
Con un reconocimiento a su gran calidad
humana: mi gratitud eterna por su apoyo
y confianza.*

*Mi agradecimiento y admiración
al Señor Licenciado*

Alfonso Ruiz Morrison

*Por su inapreciable ayuda, consejos y
y estímulos recibidos*

A los Señores Licenciados :

*Francisco Paniagua Chávez y
Salvador Martínez Rojas*

*Magistrados del Tribunal Superior de Justicia
del Distrito Federal.*

con respeto y sincero afecto.

A Rafael:

*Por su noble perseverancia,
acendrado e infinito cariño.*

*A todas aquellas personas que a lo largo
de mi vida, han depositado en mi su
confianza y afecto, brindándome el apoyo
grato para seguir adelante.*

INDICE

CAPITULO I

LA TUTELA, GENERALIDADES.

INTRODUCCION

1.—Concepto, definición, objeto y efectos	1
2.—Datos históricos de la tutela	9
3.—Legislaciones de tutela en algunos países	13
4.—La tutela y la patria potestad	23
Semejanzas y diferencias	28

CAPITULO II

DIFERENTES CLASES DE TUTELA

1.—La Testamentaria.—Casos en que procede	34
2.—La Legítima:	36
A).—Sobre mayores incapacitados; y	38
B).—Sobre menores:	39
a).—El caso normal	39
b).—El caso de los expósitos	39
3.—La Dativa.—Designación del tutor	40
A).—Por el menor	43
B).—Por el juez:	43
a).—Libremente	43
b).—Oyendo al Consejo de Tutelas	43
4.—La Curatela.	46

CAPITULO III

NATURALEZA DE LA FUNCION TUTELAR

1.—Característica de la tutela como función privada	49
a).—Condiciones y requisitos de su ejercicio	53
b).—Límites de ejercicio en la función privada.	53
2.—Características de la tutela como función pública	54
a).—Fenómeno sociológico y demográfico como determinante en la intervención del Estado	58
b).—Las distintas formas de protección del menor por parte del Estado	61
Instituciones públicas de protección	62
Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia	62
La Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez	67
Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal	68
Implantación en México de nuevas medidas legales para la pro- tección del Menor y de la Familia	70
Conclusiones	75
Bibliografía	78

INTRODUCCION

La substancia del Estado lo constituye el elemento humano que en la vida moderna y desde el punto de vista jurídico, social y político, determina plenamente su existencia; pero para llegar a constituirse, es necesario tener en cuenta su formación histórica. Así el antecedente más remoto del Estado, es el simple grupo de individuos que se unen para combinar sus esfuerzos a efecto de luchar contra la naturaleza y obtener los medios necesarios para su subsistencia.

La sociedad actual organizada que compone el Estado y que ha sido la transformación del desarrollo de los grupos a través de la civilización, ha quedado determinada por la influencia sociológica, política y jurídica a que antes se he-cho referencia, y para llegar a comprender el elemento humano substancial de que se habla, es necesario analizar en su estructura la unidad que la forma y que en tal caso es la familia, de ahí que en la actualidad se haya despertado el gran interés por fortalecer dicha célula social a efecto de reforzar cada vez más la consistencia del Estado mismo.

En nuestro tiempo y sobre todo en nuestro medio, el desajuste familiar se ha dejado sentir, y todo ello ha sido el resultado en gran parte de la incomunicación general de la época por el reflejo de la crisis en la escala de valores, lo que a determinado la necesidad de que la propia sociedad, de la que formamos parte, el Estado, se hayan propuesto buscar formas adecuadas para las relaciones interfamiliares, partiendo de reglas, medidas y medios para que los sujetos la niñez y la juventud, constituyan en el futuro esa coexistencia real de Estado moderno modelo.

Como la estructura de los grupos humanos a estado siempre regulada por el Derecho Privado y corresponde así a estructuras sociales, que es la forma para fortalecer al Estado, como el nuestro, es por ello que se considera que es urgente la elaboración de un Derecho Social que responda a las necesidades de la época, por tanto, como la familia es la célula social, como se ha expresado, dicho fortalecimiento debe abarcar también a todas aquellas situaciones y relaciones de quienes por su situación y vínculos completan tal estructura, como la tutela que tiene como fin la protección de ciertos individuos, que como quiera que sea forma parte de la familia.

Por tal razón, me ha despertado la inquietud de estudiar en este trabajo si la tutela es una función pública o una función privada, de ahí la denominación de mi Tesis: "¿ES LA TUTELA UNA FUNCION PUBLICA O PRIVADA?".

La institución de la tutela como protección del menor, se encuentra vinculada a otros aspectos, a los cuales ya se ha desplegado una atención desde el punto de vista social y jurídico, como es la paternidad responsable, el control de la natalidad, el control de la explosión demográfica; a la estructuración de la educación popular que comprende la primaria, media y superior; de las nuevas medidas de prevención contra la delincuencia del menor; la transformación del Tribunal para Menores en Consejo Tutelar para Menores Infractores; transformación del Instituto Nacional de Protección a la Infancia en Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia (Institución de Bienestar Social para la Niñez, las Familias y las Comunidades); el funcionamiento de establecimientos o instituciones de orientación y educación para menores. Por ello el aspecto que abordo en este trabajo lo considero de interés, ya que me da oportunidad para analizar la situación del Estado Mexicano en la protección de la niñez y la familia.

Mi trabajo se desarrolla en Cuatro Capítulos, correspondiendo al Primero: la tutela, generalidades, que comprende el concepto de la misma, datos históricos y su reglamentación. Capítulo Segundo que comprende el estudio de las diferentes clases de tutela. El Capítulo Tercero se refiere a la naturaleza de la función tutelar, el cual corresponde al estudio principal de mi trabajo, para derivar ahí mis conclusiones.

CAPITULO I

LA TUTELA

GENERALIDADES.— Concepto.— Definición.— Efectos.

Al hablar de tutela, implica hacer referencia a su significado o qué es lo que debe entenderse por tutela y por otra parte impone la necesidad de buscar la justificación al sentido actual como una forma de protección pública a ciertos individuos o menores de edad en determinadas condiciones de necesidad.

El Derecho Civil y las legislaciones en general, regulan la protección de los menores e incapaces, y generalmente comprende la guarda y custodia de tales menores, es así que, la tutela se da en función de la acción y efecto de proteger a ciertos sujetos que la ley determina.

En el estudio de la tutela, por consiguiente corresponde precisar, qué es la tutela, cuál es su objeto, cuándo se otorga, en qué forma se desempeña y que derechos y obligaciones se derivan de la reglamentación legal. Por principio de orden, debe hacerse referencia al concepto de tutela. Los civilistas, entre ellos Ignacio Galindo Garfias (1), dice que la palabra tutela, procede del verbo latino "tueor" que quiere decir defender, proteger, y agrega que es un cargo que la ley impone a las personas jurídicas, capaces, para protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil, dice —de interés público— y de ejercicio obligatorio

(1).—Derecho Civil.—Primer Curso. Parte General.—Personas - Familia.—Editorial Porrúa, S. A. México 1973.

Según Theodor Kipp y Martin Wolff (2), la tutela en sentido amplio puede referirse a todos los asuntos del pupilo o a un círculo más reducido de ellos. La tutela sólo tiene lugar cuando el pupilo no está sujeto a la patria potestad, aunque se dan excepciones. La tutela tiende a ofrecer un sucedáneo del cuidado paterno que falta al que lo necesita. La tutela se ha de exponer dentro del Derecho de Familia.

Aparte de considerar la ley, tal mandato para la guarda y protección de los menores o a quienes necesiten dicho beneficio, el fundamento de la tutela responde a la idea protectora y defensiva de la persona y de los intereses morales y materiales del incapaz, en cuyo beneficio se dictan las normas respectivas, pues a él le son debidas como consecuencia del derecho que le asiste a tal amparo social, derivadas de su situación.

La capacidad, es la aptitud que tiene la persona para ser titular de derechos y obligaciones, y para hacerlos valer por sí mismo, comprendiendo así la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio y contrariamente los incapaces, son los sujetos que son titulares de derechos pero no pueden hacerlos valer por sí mismo, de tal manera que tiene capacidad de goce pero no de ejercicio.

El Maestro Rojina Villegas (3), señala que en los menores de edad, "tenemos la capacidad de goce notablemente aumentada que es casi equivalente a la capacidad de goce del mayor de edad en pleno uso y goce de sus facultades mentales. Sin embargo, agrega, existen restricciones a la capacidad de goce de los menores de edad. Para los menores de edad no existe la capacidad de ejercicio, pero tienen la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones a pesar de su minoría de edad, sólo que algunos derechos subjetivos no pueden imputárseles, y por lo tanto, carece de incapacidad de goce en cuanto a esos derechos subjetivos".

(2).--Kipp, Theodor y Wolff, Martin. --Derecho de Familia.--Tomo IV.--Volumen Segundo.--Traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas.--Página. 266.--Casa Editorial Bosch. Barcelona.--1952.

(3).--Rojina Villegas. Rafael.--Derecho Civil Mexicano.--Tomo I Introducción y Personas.--Cárdenas Editor.--Págs. 436.--México 1969.

El Diccionario (4) dice: "Tutela; el cargo de tutor. o según la Ley, Título Dieciséis, Partida seis, la guarda que es dada u otorgada al huérfano libre menor de catorce años, o a la huérfana menor de doce años, que no se puede ni se sabe amparar; o según se define comunmente la autoridad que se contiene a una persona primariamente para la educación, crianza y defensa del huérfano menor de catorce años y de la huérfana menor de doce años y accesoriamente para la administración y gobierno de sus bienes

A continuación del significado se explica que el hombre en sus primeros años es tan débil e inexperto que ni puede defenderse ni sabe dirigir su conducta y que al cabo de largo tiempo, por el desarrollo de sus fuerzas físicas e intelectuales, necesita estar sometido a una autoridad inmediata que le proteja y le gobierne, y esto es lo que constituye la tutela, que es una especie de magistratura doméstica.

En otro sentido, la palabra tutela (5), del latín "idem" nos da la idea de cuidado, protección, amparo, y en ella en su concreción importa una proyección en tal dirección.

En la expresión anterior en el léxico específico se considera como el mandato que emerge de a ley, determinando una potestad jurídica sobre la persona y/o bienes de quienes, se presume, hace necesario —en su beneficio— tal posición.

Según Planiol y Ripert, (6), al hablar de la protección de los incapaces se refiere al modo de darse y dicen: "El derecho civil organiza principalmente la protección de los incapaces, designando una persona encargada de asegurarla. Algunas veces esta designación resulta de una disposición legal (el padre, la madre o el tutor legal en el caso del menor), otras veces se realiza por

(4).—Escríche, Joaquín.—Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.—Madrid.—1851.

(5).—Omeba. Enciclopedia Jurídica.—Tomo XXVI.—Bibliográfica Omeba.—Editores Libreros.—Buenos Aires Argentina.—Pág.—476.—1968.

(6).—Marcel Planiol y George Ripert.—Tratado Práctico de Derecho Civil Francés.—Traducción de Mario Díaz Cruz.—Las Personas.—Tomo I.—Pág. 446.—Editor: Juan Buxó.—La Habana, 1927.

el Consejo de Familia (el tutor dativo del menor o el tutor interdicto), y otras, por fin resulta de una decisión judicial (El Consejo Judicial en el caso del pródigo), pero en ningún momento se sale del círculo del derecho privado, aunque en ciertos casos se considere que la persona encargada de proteger al incapaz cumple una especie de carga pública obligatoria —por ejemplo el tutor— no es menos cierto que las relaciones jurídicas entre ella y el incapaz, son puras relaciones de derecho privado”.

DEFINICION DE TUTELA.—De las ideas anteriores, destaca la existencia de una protección al menor o incapacitado que se otorga por medio de la tutela, de la que habiéndose señalado su concepto en términos generales, a continuación se hace referencia a algunas definiciones:

Servio Sulpicio, definió la tutela, diciendo: “Es un poder dado y permitido por el derecho civil sobre una cabeza libre para proteger a quien a causa de su edad no pueda defenderse por sí mismo”.

Para Theodor Kipp y Martin Wolff (7), la tutela: “En sentido amplio es el cuidado llevado bajo la inspección del Estado por una persona de confianza (el tutor), sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar sus asuntos por sí mismo, o que por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación”.

Enneccerus (7 Bis), la denomina: “como el cuidado llevado bajo la inspección de Estado por una persona de confianza (el tutor) sobre la persona y el patrimonio de quien no está en situación de cuidar sus asuntos por sí mismo que por lo menos se le trata jurídicamente como si no estuviera en esa situación”.

Laurent, (7 Bis)), define la tutela: “Como la carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social”.

(7).—Obra cit. Pág. 266.

(7 Bis).—Alcalá Zamora y Torres Niceto.—El Area de la tutela.—Pág. 14.—Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.—Tomo IX.—Enero-marzo de 1947.—No. 33.—Madrid.

Para Marcel Planiol y George Ripert, tutela es "una función confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrar sus bienes". (8).

Para Julien Bonnacase, tutela: "os un organismo de representación de los incapaces, que se aplica tanto en materia de minoridad, como en caso de interdicción." (9).

Víctor H. Martínez, define la tutela como: "la función que la ley confiere para representar y gobernar la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a la patria potestad". (10).

Mateo Goldstein y Manuel Ossorio y Florit, definen la institución de la tutela como "la misión conferida por la ley a una persona capaz para los efectos de cuidar de un menor o un interdicto, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles." (11).

Héctor Lafaille, expresa: "La tutela y la curatela son formas autorizadas por la ley para representar la persona de los incapaces de administrar sus bienes. La primera reemplaza a la patria potestad y es empleada cuando ella falta por cesación, pérdida o suspensión". Con posterioridad aclara; "Es al mismo tiempo un derecho sobre la persona y un derecho sobre los bienes, ambos menos amplios que la patria potestad". (12).

(8).—Opus cit. pág. 416.

(9).—Bonnacase, Julien.—Elementos de Derecho Civil. Tomo I.—Pág. 438.—Editorial José M. Cajica.—1945.

(10).—Martínez H., Víctor.—La tutela en el Derecho Civil Argentino.—Pág. 12.—Buenos Aires. 1957.

(11).—Goldstein, Mateo y Manuel Ossorio y Florit.—Código Civil y Leyes Complementarias.—(Anotados y Comentados).—Tomo II, Pág. 910.—Buenos Aires.—1963.

(12).—Lafaille, Héctor.—Curso de Derecho Civil (Familiar).—Páginas 484 y 489.—Buenos Aires.—1930.

Arturo Valencia Zea, alude a la definición que sobre tutelas y curatelas da el artículo 428 del Código Civil de Colombia, en los siguientes términos: "Cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellas que no pueden dirigirse por sí mismas o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo la potestad del padre o marido, que puedan darles la protección debida". (13).

Tutela para José Olegario Machado, es: "El derecho que la ley confiere para gobernar la persona y los bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil, y este poder se ejerce como el de los padres, con muy pequeñas diferencias". (14).

Ignacio Galindo Garfías, señala: "La tutela es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados" (15).

Rafael de Pina, define la tutela, diciendo: "Es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derechos por sí misma, para regir, en fin, su actividad jurídica. Es por lo tanto, una institución que hay que colocar dentro del ámbito del Derecho de Familia". (16).

En las anteriores definiciones se hace referencia a elementos comunes de la tutela, como son protección a menores o incapacitados, cargo conferido por la ley.

(13).—Valencia Zea, Arturo.—Derecho de Familia.—Tomo V.—Tercera Edición.—Editorial Termis.—1970.

(14).—Machado, José Olegario.—Derecho Civil Latinoamericano.—Exposición y Comentario del Código Civil Argentino.—Tomo I Pág. 552.—Talleres Gráf.—Buenos Aires.—1938.
Porúa, S. A.—México.—1975

(15).—Opus. cit. Pág.

(16).—Pina, Rafael de.—Derecho Civil Mexicano.—Volumen I.—Séptima Edición.—Pág. 385.—Editorial Porúa, S. A.—México.—1975.

En mi concepto, la tutela es un cargo que la ley otorga a una persona capaz para el cuidado, administración y representación legal de los menores de edad no sujetos a la patria potestad o a los incapacitados en estado de interdicción.

OBJETO Y EFECTOS DE LA TUTELA.—El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad legal y natural o solamente la primera, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz, en los casos especiales que la ley señala.

En otras palabras, la institución de la tutela tiene por objeto dar asistencia y representación a todos los menores, que de acuerdo con los Códigos Civiles los consideran como tales, y que carecen de padres que cumplan para con ellos las obligaciones de cuidado personal y las emanadas de la patria potestad. También tiene por objeto la protección a los mayores de edad que hayan caído en incapacidad, como los enfermos mentales, los sordomudos y los sujetos a interdicción.

EFECTOS.—Del contenido del objeto de la tutela, se desprenden que los efectos de la misma que son jurídicos y sociales, los primeros se refieren a un cargo y un poder de quien ejerce la tutela para el cumplimiento de su fin, como lo es la protección y representación de los incapaces, así como la administración de sus bienes. La tutela es una carga para quien debe cumplirla y una institución que se crea con determinados sistema y estructura para su realización adecuada; esto es lo que regula la ley, o las distintas legislaciones; los efectos sociales lo constituyen la integración y protección de la familia dentro de la sociedad.

En mi concepto, la tutela es un cargo que la ley otorga a una persona capaz para el cuidado, administración y representación legal de los menores de edad no sujetos a la patria potestad o a los incapacitados en estado de interdicción.

OBJETO Y EFECTOS DE LA TUTELA.—El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad legal y natural o solamente la primera, para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz, en los casos especiales que la ley señala.

En otras palabras, la institución de la tutela tiene por objeto dar asistencia y representación a todos los menores, que de acuerdo con los Códigos Civiles los consideran como tales, y que carecen de padres que cumplan para con ellos las obligaciones de cuidado personal y las emanadas de la patria potestad. También tiene por objeto la protección a los mayores de edad que hayan caído en incapacidad, como los enfermos mentales, los sordomudos y los sujetos a interdicción.

EFECTOS.—Del contenido del objeto de la tutela, se desprenden que los efectos de la misma que son jurídicos y sociales, los primeros se refieren a un cargo y un poder de quien ejerce la tutela para el cumplimiento de su fin, como lo es la protección y representación de los incapaces, así como la administración de sus bienes. La tutela es una carga para quien debe cumplirla y una institución que se crea con determinados sistema y estructura para su realización adecuada; esto es lo que regula la ley, o las distintas legislaciones; los efectos sociales lo constituyen la integración y protección de la familia dentro de la sociedad.

2.- DATOS HISTORICOS DE LA TUTELA

... Como toda institución de derecho, es necesario señalar los antecedentes históricos de la tutela y para ello, me refiero al Derecho Romano Antiguo, del que el tratadista Eugene Potit (17) nos aporta datos importantes.

En el Derecho Romano existen las personas sui iuris, las cuales no están sometidas a ninguna de las potestades consideradas como la patria potestad, tales personas sui iuris no dependen más que de ellas mismas, que se dividen en capaces que pueden cumplir solas los actos jurídicos, e incapaces para los cuales el derecho tiene organizada una protección, dándoles un tutor o un curador.

Por cuanto a los incapaces, hay cuatro causas para así considerarlos: a).— La falta de edad, al que se le daba un tutor por ser impúberos y desde cierta época se dio también un curador a los menores de veinticinco años; b).—El sexo, en este caso las mujeres en el derecho antiguo estaban en tutela perpetua; c).—La alteración de las facultades intelectuales, todos los que padecían esta enfermedad provistos de un curador; d).—La prodigalidad. El pródigo estaba impedido y puesto en curatela.

(17).—Petit, Eugene.—Tratado elemental de Derecho Romano.—Pág. 124.—Editorial Saturnino Calleja. Madrid.—1924.

Concretamente, estaban en tutela los impúberos sui iuris de uno y otro sexo, según la edad, y las mujeres púberas sui iuris, por razón del sexo. El impúbero tiene necesidad de un protector habiendo nacido sui iuris, fuera del matrimonio legítimo o bien si nacido bajo la patria potestad paterna ha salido de ella antes de la pubertad. A este protector se le llama tutor.

Se hace notar que el poder concedido al tutor no es una verdadera potestad, pues difiere por varias causas de la potestad paterna, el impúbero sometido no quedaba menos sui iuris, el tutor no tiene derecho de corrección de autoridad sobre la persona del pupilo, terminando la tutela en la pubertad.

Eugene Petit (18), hace notar que en todos los pueblos civilizados se ha reconocido la necesidad de establecer un sistema de protección hacia los impúberos, por eso el principio de la tutela es el derecho de gentes. Que en Roma no es menos una institución de derecho civil siempre que sean fijadas las reglas por dicho derecho. Se señala que en tal organización se encuentran unidos al interés de la familia con el del incapaz. Si el impúbero tenía necesidad de un protector para administrar su patrimonio e impedir a un tercero abusar de su debilidad, la conservación de sus bienes era de gran importancia para los miembros de la familia civil llamados a heredarla a su muerte; por eso la Ley de las XII Tablas, dando satisfacción a este doble interés, confiaba la tutela a los agnados o al patrono del impúber.

La tutela estaba considerada como una carga pública, "manus publicum", siendo necesario para cumplirla ser libre, ciudadano del sexo masculino; el hijo de familia podía ser tutor porque la autoridad paterna sólo tenía efecto en el orden privado. El cargo de tutor era de orden público. El ciudadano capaz, podía hacerse valer de excusas, o sea obtener de un magistrado ser dispensado de la tutela por ciertas causas especiales y determinadas, como por el número hijos, por un cargo público o por la edad de setenta años.

Del análisis de los datos anteriores, se puede señalar que el ejercicio de la tutela en Derecho Romano Antiguo corresponde al derecho privado, aún

(18).--Opus. cit. Pág. 126.

cuando el carácter de tutor se considera como una carga pública obligatoria

Cabe agregar a lo anterior, que en cuanto a las funciones legales del tutor, los romanos hacían distinción en el sentido de que el tutor se ocupa de la fortuna del pupilo y no de su guarda y educación. Para la guarda y educación, el pretor era llamado a designar en presencia de los parientes más próximos de los impúberos, la persona destinada a educarlo. Este nombramiento podía recaer en la madre, abuelo o cualquier otra persona cuyos méritos y afecciones fuesen garantía para asegurar la buena educación del impúbero. El tutor debe velar únicamente por los intereses pecuniarios del pupilo.

Como característica especial del régimen de tutela es de señalarse que en Roma en el Derecho Antiguo, las mujeres púberas sui iuris estaban en tutela perpetua y esta institución —dice Petit— parece remontarse a la más alta antigüedad. Los textos están acordes en señalar como razón de ello la ligereza del carácter de la mujer y su inexperiencia en los negocios. Pero sometiénola a la tutela perpetua parece ser haber pensado menos en su protección que salvar su fortuna en interés de los agnados.

Después de haber quedado en vigor durante los primeros siglos de Roma, la tutela perpetua se fue debilitando poco a poco hasta que desapareció bajo el Imperio.

Respecto al derecho español antiguo, según datos de Eduardo Busso (19), se establecen cuatro fases teniendo en cuenta la legislación que se aplica: a).—El Fuero Juzgó que disponía dar tutores a los menores de quince años huérfanos de padre. Establecía asimismo que la tutela se daba por orden: madre, hermanos mayores, tíos, primos, etc. No se hacía distinción entre tutela y curatela; b).—La Ley Primera del Título IV Libro V del Fuero Viejo, se refiere a la tutela dativa, que no era tratada en el Fuero Juzgó y prohíbe a los menores de dieciséis años, la realización de ciertos actos, como: ventas, donaciones, gravar sus bienes etc.; c).—El Fuero Real, Título VII, Libro III, le dá carácter de remunerativa a la función del tutor y lo responsabiliza por la negligencia que

(19).—Busso, Eduardo.—Código Civil anotado. Tomo II.—Pág. 919 Buenos Aires.—1945.

hubiere causado perjuicios al pupilo; d).—La Ley de Partidas, estableció la distinción entre menores púberos e impúberos, rigiendo para los primeros la tutela y en el otro caso la curatela. Se refiere también a la tutela testamentaria; fue, podemos decir, la base del derecho español posterior y con notable incidencia también en los países latinoamericanos.

3.- LEGISLACIONES EN ALGUNOS PAISES

El autor señalado, Eduardo Busso (20), aporta interesantes datos respecto de la regulación de la tutela en otros derechos antiguos, los que a continuación se señalan:

En el derecho francés antiguo, se distinguen modalidades derivadas de su aplicación en los países o regiones de Europa de derecho escrito, y en los de costumbre o de derecho consuetudinario. En los primeros se estimaba como una situación incompatible con la patria potestad y se le ordenaba en favor del pupilo. Se mantiene la distinción entre tutela y curatela y se expresa que se autoriza en algunos casos al menor elegir curador, y en su reemplazo podían hacerlo los parientes reunidos en asamblea. Se mantuvo la distinción entre tutela y curatela, según se trata de púberes e impúberes.

En las regiones donde se rige el derecho escrito, se habla de dos instituciones: la guarda o bail, que se dirigía principalmente a proteger los bienes del pupilo y amparaba esencialmente a la familia antes que a él mismo y la tutela propiamente dicha y en algunas regiones la curatela, y cuyo propósito era defender los intereses del menor. La tutela se establecía al morir cualquiera de los padres y el sobreviviente mantenía su potestad solamente en cuanto a la persona, dándose así una autoridad que coexistía con ella para el control de los bienes. Se daba especial trascendencia a la reunión de los parientes más allegados que constitúan el Consejo de Familia.

(20).--Opus cit. Páginas 908 y 909, Tomo II.

Las cuestiones apuntadas sobre la tutela y la curatela en el derecho antiguo francés, en cuanto a la vinculación del régimen de aplicación de una y otra, han servido de antecedentes para las legislaciones posteriores, con las modalidades que se introdujeron de acuerdo con los criterios impuestos a los distintos países, como podrá advertirse en el siguiente punto.

Originalmente en el derecho alemán (20 Bis), existía como en el derecho romano, la tutela de las mujeres, que se relajó muy pronto y que no pasó a los nuevos códigos. También es un principio en el derecho alemán, que los menores sujetos a tutela están también bajo el cuidado de los padres. La tutela se extiende originalmente hasta el tiempo en que el niño ha dejado de serlo. Pero el término así designado, se determina diversamente desde los doce hasta los dieciocho años. En el derecho sajón, al que había adquirido su capacidad, esto es, el que había cumplido doce años, podía quedar voluntariamente sujeto a la tutela hasta cumplir los veintiún años; pero después llegó a entenderse que el pupilo debía tener tutor hasta la mayoría de edad, y que hasta la mayoría de edad, su capacidad había de estar tan limitada como el caso del impúber. Tal es el punto de vista de la Ley de 1548, lo mismo que el de la Ley de 1577, que ordenan que el menor ha de estar sujeto a tutela, sea púber e impúber.

En el derecho alemán, la tutela establece un régimen de protección para el menor de edad no amparado por la patria potestad y del mayor interdicto. Sujeción ésta que se refiere tanto a la persona como a los bienes del incapaz. (Artículo 1773 del Código Civil Alemán). Los menores de edad tendrán un tutor cuando no estén sujetos a la patria potestad o cuando los padres no tengan derecho a representarles en los asuntos relativos a la persona y al patrimonio. Con base en la vigencia del Código alemán, a que nos referimos y como lo analizaron Theodor Kipp y Martin Wolff (21), en su Derecho de Familia, se encuentra establecido el Tribunal de Tutelas, que es órgano de cooperación de Estado en la tutela. Sus funciones principales, son las de asignación y exo-

(20 Bis)—Datos tomados de la obra Derecho de Familia, de Theodor Kipp y Martin Wolff, ya citadas. Página 267.

(21)—Opus cit. Páginas. 274 y 275.

neración, inspección sobre el ejercicio del cargo y la decisión acerca de la aprobación de una serie de negocios jurídicos importantes.

El Derecho del Reich confía la cooperación estatal en los asuntos de tutela a los tribunales, así lo presupone el Código Civil, por cuanto a que habla constantemente del Tribunal de Tutelas. El artículo 35 transfiere las facultades del Tribunal de Tutelas a los Tribunales de Primera Instancia.

El Tribunal de Tutelas tiene en algunos aspectos función contenciosa, pero principalmente su actividad es administrativa y en algunos casos de constitución de derecho. Pero se le puede calificar de autoridad administrativa.

El juez de tutelas tiene por misión salvaguardar el interés del pupilo. Tal es el principio directriz de todas sus disposiciones. El Tribunal de Tutelas es órgano de inspección sobre el tutor; excepcionalmente, según el artículo (del Código Civil alemán), puede actuar por el pupilo en lugar del tutor, y por tanto incluso, representar a aquél, pero en general no tiene esta función.

La función del Tribunal de Tutelas no se reduce exclusivamente a la esfera del derecho de tutela, sino que coopera también en muchos asuntos relativos a la patria potestad.

Los autores señalados (21 Bis) indican que la tutela en España es una institución de base familiar pero que el Código Civil no puede desentenderse en lo absoluto de la intervención que la autoridad judicial tenía en el régimen tutelar, según el derecho anterior, y que hubo de considerar sin duda, que la actuación y la inspección de la familia en el círculo de las tutelas puede ser en muchos casos insuficiente cuando no es ilusoria, y es entonces el Estado el que ha de intervenir para suplir la gestión de aquélla o cooperar con la misma por medio de los Tribunales de Justicia. Así se manifiesta la intervención del Estado, en una forma indirecta para procurar la eficacia en cuanto a la protección del menor dentro de la familia.

(21 Bis).—Opus cit. Pág. 279.

En la legislación española, el artículo 199 del Código Civil, contiene una disposición que dice: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes, de los que no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos. Otórgase la misma tanto a los menores de edad no emancipados, como a los dementes, a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito y a los pródigos".

En el derecho suizo, dice Víctor Martínez en su obra citada (22), que se le da tutor a todo menor que no está bajo la patria potestad y el mayor de edad incapacitado para administrar sus bienes por causa de enfermedad mental, debilidad de espíritu, prodigalidad, embriaguez o simplemente por conducta calificada.

El Código Civil brasileño de 1917, en el artículo 406, determina: "Los menores son sometidos al régimen de tutela: I.—Falleciendo sus padres, o siendo juzgados ausentes; II.—Perdiendo los padres la patria potestad".

Los civilistas argentinos señalan que el régimen legal que reglamenta la tutela, se encuadra en su sistema estatal, sin que sea intervencionista, es decir, que se da principal relevancia a las reglas que fija el Estado en resguardo del orden que tiende a proteger y con base en ello consideran la tutela como institución.

Se caracteriza el régimen de la tutela porque es una función de carácter público, tal carácter satisface la modalidad de la institución porque representa una protección social a quien por su situación lo requiere, de ahí su vigencia. Con ello se establece una concordancia de la ley respecto a la obligación para el tutor, al desempeñar la función que representa para él mismo una carga pública o social.

Otras legislaciones latinoamericanas se han basado en los antecedentes del Derecho Romano, en las leyes españolas, brasileñas y argentinas.

En el Código Civil chileno, el autor Fernando Laneri (23), nos proporciona los datos relativos a la reglamentación legal de la tutela, y señala que conforme al artículo 341 del Código Civil, están sujetos a la tutela los impúberes en lo que vale decir —indica— las mujeres menores de doce años y los varones menores de catorce. Que la tutela se extiende tanto a los bienes como a la persona de los individuos sometidos a ella, que así lo establece el artículo 340 del Código Civil chileno. Si faltan ambas formas de hacer la designación, corresponderá al juez hacer un guardador dativo.

Conforme al mismo derecho civil chileno, la curaduría del menor, es el nombre especial que se le dá a la guarda por razón de edad al adulto emancipado, por lo tanto se trata de un pupilo menor adulto. Igualmente puede ser testamentaria, legítima y dativa. El tutor del impúber oportunamente toma la curaduría del menor adulto de pleno derecho y así llegado el menor a la pubertad, el tutor entrará a desempeñar la curatela por el solo ministerio de la ley.

En cuanto a la crianza y educación del púpilo, corresponde al curador del menor ejercer las mismas facultades que en el título correspondiente se refieren al tutor respecto del impúber. Se trata simplemente de unas mismas facultades para igual finalidad, con la sola variante de la edad de un menor y otro. En cuanto a la representación del pupilo, el curador del menor representa a éste de igual modo que el tutor al impúber, según el artículo 440 del Código Civil chileno. El curador del menor ejerce de pleno derecho la guarda de los hijos menores del pupilo.

También el curador del menor administra la sociedad conyugal, así como el marido necesita del curador para la administración de la sociedad conyugal. El curador del menor es quien precisamente administra la sociedad conyugal, tal como lo dispone el artículo 448 de citado Código Civil Chileno.

Lo importante de esta reglamentación del derecho chileno, es la existen-

(23).—F. Laneri, Fernando.— Derecho Civil.— Tomo VI.—Derecho de Familia.—Volumen III.—Lito Universo, S. A.—Valparaíso, Santiago de Chile.—1969.

cia bien marcada de la tutela para los menores impúberes y la curatela para los menores púberes; tal reglamentación legal conserva la función privada de esta institución siempre relacionada con la familia.

En cuanto a los menores de edad, de acuerdo con el derecho de familia chileno, el tratadista Fueyo Laneri (24), alude a su estudio a la "Teoría General de las Guardas" (tutelas), y así la materia se refiere a las necesidades concier- nientes a la asistencia y cuidado, de petición y de representación de aquéllas personas que por su situación de inferioridad jurídica, no pueden bastarse así mismas.

El autor Fueyo Laneri, señala que Rodríguez Arias (25), considera la guarda (tutela), como institución orgánica, y abunda en razones. A continuación se ocupan de los sistemas tutelares apuntando antecedentes de la legislación comparada, y así habla de la Tutela de Familia, que el Código de Napoleón puso en boga, que el sistema corresponde al criterio que resuelve la materia de las guardas (tutelas) a través de los mecanismos propios de la familia, al menos imitando a ésta. Se contraponen a la idea de que el Estado sea capaz de observar esta potestad.

Indica que con ánimo de contemplar seguridades, y a la manera de molde constitucional, se llegó al establecimiento de una asamblea legislativa, constituida por un Consejo de Familia, un órgano de vigilancia. Siguiendo la obra del Fueyo Laneri (26), alude a la tutela de autoridad y señala que este sistema rige en aquellos países en que se entiende que la protección del pupilo es un asunto que compete a la función del Estado. Por lo mismo dicha función no puede entregarse a organismos privados en todo o en parte. Este sistema lo tuvo el derecho alemán y se reglamentó por otros derechos, y sus códigos se inspiraron en el alemán. Respecto a este sistema —dice— puede citarse legisla- ciones americanas, como es el caso de la mexicana.

En relación, al sistema mexicano, que califica el autor como sistema de

(24).—Opus. cit. Pág. 16.

(25).—Rodríguez Arias Bustamante, L. P.—"La Tutela"

(26).—Opus cit. pág. 18.

autoridad, constituye una opinión importante porque veremos si en efecto, el régimen de tutela conforme al derecho mexicano, puede comprenderse dentro de tal sistema de tutela de autoridad, o corresponde o al derecho privado de familia.

Además Fueyo Leneri (27), señala al sistema mixto e indica que hay enorme variedad de legislaciones que contienen elementos de uno y de otro de los anteriores sistemas, o sea de la tutela de familia y tutela de autoridad, con lo cual da nacimiento a un tercer sistema.

En este sistema la guarda (tutela), tiene un contenido o sentido familiar, como que tiende a realizar la función de la familia en medio de necesidades propias de éste, sin embargo, se ejerce bajo la vigilancia y el control de la autoridad, sea que se trata del Ministerio Público, del Ministerio de Menores o del Juez.

El juez debe discernir el cargo de manera indispensable para entrar el guardador (tutor), al ejercicio respectivo, además interviene en innumerables ocasiones, generalmente cuando se trata de actos de mayor trascendencia, comprometándose o arriesgándose en alto grado el patrimonio del incapaz. Advierte el autor que justamente es el magistrado judicial el encargado de intervenir en aquellas oportunidades en el sistema de tutela de familia; señala que el sistema mixto lo siguen muchos países de Hispanoamérica, entre ellos el suyo (Chile).

Rodríguez Arias Bustamante, en su obra "La Tutela" (28), hace notar que el organismo tutela requiere por construcción, una completa y concreta organización. La libertad de actuación que se confiere a la familia conforme a su estatuto propio, obedece a la confianza en su constitución, señalando que: "Por ser depositaria de sentimiento y de afecto, que no existen es las demás instituciones que se configuran a su semejanza, es por eso, que en las tutelas, se suple esta ausencia de sentimientos íntimos, mediante una completa reorga-

(27).--Opus. cit. Pág. 22.

(28).--Opus. cit. Páginas 613 y 614.

nización que requiere más aquilatadas garantías". Y más adelante dice: "Por la misma naturaleza de las cosas, es que por otra parte, ante la falta de asistencia y protección familiar, el Estado dispone a ciertos entes intervenir en apoyo del órgano tutelar, a la vez para su fiscalización y control. La intervención del Estado a través de ciertos órganos propios, es total y varía solamente en cuanto a grado de intensidad con que se actúa".

Las características de la guarda son: que se trata de una institución jurídica, porque esta institución está constituida por un conjunto de normas establecidas, armónicamente enlazadas que persiguen la finalidad de la asistencia, regular a los incapacitados jurídicamente; que es una institución social porque afecta a sujetos que integran al grupo humano, buscando la manera de llenar vacíos que en algunos aspectos se observa. También se dice que es moral, en razón de que las soluciones que se da a ciertos problemas de conciencia, en muchos casos de carácter grave. Igualmente es una institución con algo de económico, porque gracias a ella se ordenan expresiones de tráfico, cuidándose de todo un patrimonio, que es célula de la economía del Estado

Es decir, que esta institución además de ser jurídica, presenta las anteriores modalidades Y así siendo legal, persigue el cuidado de la persona y del patrimonio; y esta finalidad del cuidado imprime a la institución los matices del amparo, protección y defensa, que la hacen similar a la patria potestad. El cuidado de la persona o el patrimonio ha de referirse a un incapaz que carece de patria potestad, consecuentemente la guarda (tutela), no se refiere a toda clase de incapaces, y así el artículo 338 del Código Civil (chileno), establece: "Que no se hallan bajo patria potestad de padre, madre o marido que pueda darle protección debida".

Me parece interesante el estudio que hace el tratadista referido, porque enfoca el problema a la característica que se contiene en el mismo concepto de tutela y que es precisamente la guarda de la persona de ciertas condiciones, de tal manera que la reglamentación legal se funda en la regulación de las guardas como aspecto de las llamadas relaciones cuasifamiliares, terminología que se considera adecuada por la referencia especial que dentro de ella tiene

la tutela. Por otra parte, considero que es de interés su estudio, porque analiza la situación del Estado frente a esta institución que generalmente se encuentra íntimamente relacionada con las relaciones familiares y de no intervención estatal directa, aspectos que desde luego son de tomarse en cuenta en este estudio. Para dar una idea de como se encuentra dispuesta y regulada la tutela, hemos señalado algunos países, ya que al analizar la totalidad de las legislaciones al respecto, implicaría un estudio especial.

En México, la institución de la tutela, tal y como se reglamentaba en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, ha tenido cambios muy notorios, así el primero de los Códigos consideró a la tutela como un cargo de interés personal, del que nadie podía eximirse sino por causa justa, teniendo por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad y teniendo incapacidad natural y legal o solo la segunda, para gobernarse por sí mismos. El Código Civil de 1884, estableció la misma redacción que el Código de 1870, pero agrega: "La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley". Se nota en esta disposición que introduce un elemento nuevo, que es precisamente la representación.

El Código Civil vigente de 1928, introduce innovaciones de gran importancia y pone mayor énfasis en el interés respecto al cuidado de los sujetos que carecen de capacidad, es decir, que la finalidad de la institución tiende a una función protectora de los desvalidos, dejando en segundo lugar la administración de su patrimonio. Con ello aparece el establecimiento de organismos que tienen la finalidad de cuidar la persona y los bienes del incapacitado, como son el Consejo Local de Tutelas y los Jueces Pupilares, hoy Jueces de lo Familiar.

4.- LA TUTELA Y LA PATRIA POTESTAD

Planiol, en su Tratado de Derecho (29), señala los antecedentes históricos de la patria potestad que amerita hacer referencia por ser necesario en este trabajo, a continuación se refiere: "La patria potestad era en Roma una autoridad perpetua conferida al padre como jefe de la familia. Los hijos eran alieni-juris, es decir, que sólo el padre tenía derecho sobre ellos. Fuera de los peculios que fue necesario reconocer al hijo de familia, las adquisiciones que éste hiciera pertenecían al padre. Sólo a su muerte el hijo de familia pasaba a ser sui juris; la emancipación que lo desvinculaba de la familia era más una pena que una liberación".

En el Mediodía se conservó la antigua patria potestad del derecho romano, aún cuando las constituciones de los emperadores y más tarde la jurisprudencia de los Parlamentos la atemperaron notablemente y las mismas costumbres atenuaron su rigor, sin embargo la patria potestad nunca pertenecían a la madre, se prolongaba indefinidamente.

La característica más saliente del régimen de la patria potestad, fué la multiplicación de las emancipaciones tácitas, especialmente por matrimonio, que liberaban a los hijos de la sujeción paterna. No obstante a las reformas

(29).--Tratado de Derecho Civil, según Planiol, por Georges Ripert y Jean Boulanger.--Tomo III.--De las Personas, Segunda Parte La Ley.--Página 291.--Buenos Aires, Argentina.--1963.

introducidas y a la esencia de la institución se mantuvo casi invariable, siendo así que el poder doméstico, siguió siendo reconocido más bien en interés del padre que en el de los hijos.

En Francia, en algunas regiones de derecho consuetudinario tenían tradiciones muy diferentes, así la idea dominante en la organización de la patria potestad era la protección debida al hijo. La madre compartía con el padre esta potestad, la cual era así temporaria, o sea que terminaba con la mayoría de edad del hijo. Además de la diferencia anterior, existía la idea de que "no hay derecho de patria potestad", pero desde luego, esto no quería decir que no tuviera el padre ningún poder sobre la persona y los bienes de sus hijos, sino más bien que la patria potestad admitida en el norte de Francia no era la patria potestad del derecho romano.

La patria potestad en el antiguo Código Francés, que se redactó por el año de 1800, el Capítulo IX, se intitula de la "Patria Potestad", haciéndose notar que en dicho Capítulo se combinan las dos ideas contrarias que existían respecto a dicha institución que se reducía a una cuestión terminológica: Malleville quería conservar la palabra "potestad", mientras que Berlier prefería la de "autoridad".

Después del Código Civil antes mencionado, en la legislación moderna, se dictaron un gran número de leyes cuyo objeto fue la protección del niño. Algunas de estas leyes tienen carácter penal; leyes que castigan a los padres que maltratan a sus hijos y los desatienden (Ley de 19 de abril de 1888 y 13 de abril de 1954); otras tienen un carácter administrativo; prohíben o reglamentan el trabajo de los niños (Ley de 19 de mayo de 1874, modificada por la Ley de 2 de noviembre de 1892 y Código del Trabajo). Las que atañen al derecho civil consideran la pérdida de la patria potestad; la instrucción obligatoria, el ejercicio del derecho de corrección (Ley del 24 de julio de 1889 y 15 de noviembre de 1921, Decreto de 30 de octubre de 1935, Ley de 18 de febrero de 1938, Ordenamiento de 10 de septiembre de 1945). Por otra parte, existen una serie de medidas de protección para los niños abandonados. (30).

La aplicación de las medidas suponen la intervención del Estado en las relaciones familiares. Diversas disposiciones controlan la salud, la instrucción, el trabajo de los niños. Que aunque esta intervención sea justificada, la multiplicación de las medidas legales y el control de su aplicación pueden crear conflictos entre la familia y los representantes del Estado. Hacen notar los autores Ripert y Boulanger (31), que en algunos países se ha llegado a suprimir prácticamente el derecho de patria potestad y aquitar a los padres la dirección de sus hijos. Que se trata de tendencias de espíritu totalitario apartado de una pasión antirreligiosa.

Sin dejar de considerar a la evolución que ha tenido la patria potestad en los diversos países y en el avance de sus legislaciones, la referencia histórica anterior sólo es para complementar lo que es la patria potestad, señalando sus características a efecto de relacionarla con el aspecto de la tutela, que nos ocupa en este estudio.

Para Colin y Capitant (32), la patria potestad es: "El conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras éstos son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados". Para dichos autores, la patria potestad corresponde exclusivamente al padre y a la madre y no a los ascendientes, aún cuando éstos puedan tener algunas prerrogativas, pero en vida del padre o la madre.

Conforme al derecho francés, una vez que los padres mueren, son precisamente los ascendientes los que deciden la situación legal del que está bajo la patria potestad, como por ejemplo, al contraer matrimonio, que trae como consecuencia jurídica el pasar a formar parte del Consejo de Familia, a la vez que se le difiere la tutela por ley.

La patria potestad no comprende sólo el derecho de guarda, el derecho de corrección o el usufructo legal, sino comprende además, otros derechos que el Código Civil francés provee, como el de los padres de consentir o no por

(31).—Opus cit. Página 295.

el matrimonio de sus hijos, incluyendo así el derecho de emancipación, el derecho de consentir su adopción por otra persona, el derecho de administrar su patrimonio.

A su vez los padres al ejercer la patria potestad se traducen en obligaciones, como por ejemplo la de guarda, la de corrección, la de protección, educación; siendo la obligación más evidente la de alimentos y educación, aún cuando algunos civilistas señalan que tales obligaciones surgen como efecto de la patria potestad.

Planiol (33), define la patria potestad: "Como el conjunto de poderes y derechos que la ley acuerda a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos menores para que puedan cumplir con sus deberes paternos". Y manifiesta: "Estos derechos y poderes no se confieren a los padres sino como una consecuencia de los deberes que tienen que cumplir; no hay patria potestad sino en razón de las muchas obligaciones a cargo del padre o madre, obligaciones que pueden resumirse todas en una: la educación del hijo".

Para los autores Henri León y Jean Mazeaud (34), la patria potestad no pertenece sino al padre y a la madre, nunca a los abuelos, a quienes el nieto debe, no obstante, honor y respeto. Que la patria potestad comprende derechos sobre la persona: el derecho de custodia, de dirección y el llamado derecho de corrección paterna, y por otra parte, un derecho sobre los bienes: el derecho de goce legal.

Según Toullier y Duvergier (35), la patria potestad, no debe ser sino de protección y dirección, insistiendo en denominarla "potestas protectora".

36.

Zacharias (36), define la patria potestad: "Como el conjunto de deberes

(33).—Opus cit. Página 291.

(34).—Mazeaud, Henri León y Jean.—Lecciones de Derecho Civil.—Primera Parte.—Volumen IV.—La Familia.—Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo.—Páginas 82 y 83.—Ediciones Jurídicas Europa América.—Buenos Aires.—1959.

(35).—Toullier et Duvergier.—El Derecho Civil Francés.—Sexta Edición.—Volumen I.—Primera Parte.

(36).—Zacharias von Lingenthal, Karl Salomo.—El Derecho Civil Francés.—Primera Parte. Página 164.—Paris, Francia—1864.

y derechos del padre y la madre de criar a sus hijos, es decir, de ponerlos en estado de sacar partido de, los medios y talentos que tiene en ellos el principio de los que aportan en germen al nacer y de usarlos también entendido, tan legalmente y tan meritoriamente como es posible”.

Demolombe (37), atribuye a la patria potestad el carácter de “benéfica protección”, explícitamente agrega: “Respondo que la potestad paterna ha sido creada en el interés de todos: los hijos, del padre, de la madre, del Estado mismo. En el interés de los hijos, principalmente sin duda, cuando hace falta a su debilidad un protector un guía a su inexperiencia. Es el interés de padre y de la madre, puesto que no es para ellos solamente un deber sino también un derecho de criar a sus hijos, darles el género de educación que les conviene, despertar en ellos la vocación por la carrera hacia la cual quieran dirigirlos”.

En el derecho alemán, la patria potestad comprende el deber y el derecho de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo y tiene por tanto un carácter tutelar. La patria potestad de la madre es inferior a la del padre.

Kipp y Wolff (38), señalan con relación a la patria potestad: “El Código Civil austriaco, establece una potestad del padre sobre los hijos menores con un disfrute muy limitado de los frutos. El derecho inglés otorga al padre y después de su muerte a la madre únicamente una tutela legal sin disfrute. El derecho suizo es paralelo a los principios del código civil alemán, aunque se inspira también en el código civil turco”.

De los conceptos y definiciones de los autores señalados, se puede afirmar que la patria potestad es un conjunto de derechos que la ley otorga a los padres y demás ascendientes sobre los hijos no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de crianza y educación a que están obligados. La patria potestad concede autoridad a los padres para el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos.

(37).—Demolombe, Ch.—Cours de Code Napoléon.—Páginas 209 y 211. París. Francia.—1875.

(38).—Opus cit. pág. 47.

En nuestro derecho, a diferencia del derecho francés y español, confiere al padre y a la madre, en igualdad de condiciones, la autoridad necesaria para la dirección y protección, educación y crianza de sus hijos.

La patria potestad descansa en la paternidad y en la maternidad. Por lo tanto tiene lugar no sólo sobre los hijos nacidos de matrimonio, sino también sobre los descendientes habidos fuera de matrimonio, como vemos, está constituida por un conjunto de deberes que recaen sobre los progenitores, para cuyo cumplimiento la ley otorga correlativos derechos.

Es un cargo de derecho privado, que debe desempeñarse en protección a los hijos y del interés público. Su ejercicio no puede ser renunciado por voluntad y la obligación de desempeñar tal cargo, no desaparece por prescripción.

... SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS—Del estudio que se ha hecho de la tutela y la referencia a la patria potestad, es de señalarse que las dos instituciones tienen como fin la protección, custodia y cuidado de incapaces, cuya autoridad y cargo se concede por la ley, atendiendo a la relación familiar.

En ambas instituciones quienes desempeñan el cargo, la misma ley los determina que tal cargo y desempeño es obligatorio y que sólo puede ser relevado en determinadas situaciones que establece.

La patria potestad y la tutela se distinguen: en que la primera la ejercen los padres respecto a sus hijos, tanto habidos en el matrimonio, como fuera del mismo. En la segunda, por lo general se da a los menores de edad no sujetos a la patria potestad, atribuyéndose también a los incapacitados siendo mayores de edad que se encuentran en estado de interdicción.

En la patria potestad, la relación entre quienes la ejercen y entre los que se encuentran sujetos a la misma, como se trata de descendientes, siempre existe la relación de parentesco. En la tutela, puede existir la relación familiar.

La patria potestad y la tutela, se caracterizan porque ambas son temporales.

La diferencia que existe en la temporalidad entre la patria potestad y la tutela, es que en la primera, termina con la mayoría de edad del hijo, con la emancipación derivada del matrimonio del menor, o el emancipado. En la tutela, si bien es cierto que generalmente termina con la mayoría de edad, también puede continuar en los mayores de edad sujetos a interdicción, y además la tutela puede continuar aún después del matrimonio del menor para ciertos actos jurídicos y representación legal.

Para señalar la importancia que tiene la patria potestad respecto a su ejercicio así como su naturaleza, estimo necesario transcribir dos Ejecutorias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su parte conducente, y que a la letra dicen: PATRIA POTESTAD, PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LOS PADRES TENGAN LA GUARDA DEL MENOR—La patria potestad se ha establecido principalmente en beneficio del hijo y para prestarle un poderoso auxilio a su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere que para que los padres puedan cumplir cabalmente con esos deberes que les impone la patria potestad, como son velar por la seguridad o integridad corporal del hijo, el cuidado de dirigir su educación, de vigilar su conducta, sus relaciones y su correspondencia, y el formar su carácter, es de todo punto necesario que dichos padres tengan la guarda del hijo, es decir, la posesión del hijo mediante la convivencia cotidiana, bajo el mismo techo e ininterrumpidamente”.

Amparo directo 3601/70.—Armando Quintero Rodríguez.—17 de junio de 1971. Unanimidad de 4 votos.—Ponente Ernesto Solís.—Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Cuarta Parte, Volumen 30.—Pág. 69.

PATRIA POTESTAD, PRUEBAS PARA LA PERDIDA DE LA.—La patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley, aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones. La pérdida de tal derecho entraña graves consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor condenado; por ello, para decretarla en los casos excepcionales previstos en la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin ningún lugar a dudas hagan manifiesta la justificación de la privación”.

Amparo directo 4253/69.—María de Lourdes Castillo Huerta.—12 de agosto de 1970.—5 votos.—Ponente: Mariano Azuela.—Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Cuarta Parte, Volumen 20. Pág. 35. (39).....

(39).—Compilación Alfabética, Semanario Judicial de la Federación. Séptima Epoca.—Cuarta Parte.—Tercera Sala.—Tesis y Jurisprudencia.—Volúmenes del 1 al 36.—Ocampo Editor.—Páginas 251 y 252.—México 1975.

CAPITULO II

DIFERENTES CLASES DE LA TUTELA

Como se ha observado anteriormente, al estudiar la evolución histórica, se distinguen tres clases de tutela: testamentaria, legítima y dativa, mismas que al instituirse en el Derecho Romano, han servido de antecedentes y fundamento a las legislaciones posteriores.

1.—TUTELA TESTAMENTARIA.

De los datos que apunta Eugene Petit (40), de la tutela testamentaria se destaca que en el Derecho Romano, esta clase de tutela se consideró como la más importante superando a las otras, que sólo en su defecto se practican. Así se dice, que el derecho de nombrar un tutor testamentario, era en su origen, atributo de la potestad paterna, para los impúberes que a su muerte, se hacían sui iuris. En la época clásica se tenía también en cuenta la cualidad de ascendiente o los sentimientos de afecto al testador. Para ello se dieron las siguientes soluciones: a).—Habiendo nombrado un padre un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debe ser calificado por el magistrado sin información alguna; b).—Siendo la madre, la confirmación sólo tiene lugar después de una información sobre la honradez y habilidad del tutor; c).—Si es el patrono del impúbero, y aún un extraño, el magistrado debe confirmar también

(40).—Opus cit. Pág. 127.

el nombramiento, pero después de la información, y únicamente si el impúbero, no teniendo más fortuna, ha sido instituido heredero por el testador.

El jefe de familia sólo puede nombrar tutores testamentarios a los que por derecho puede elegir como heredero. Por eso están excluidos los peregrinos y los dedicticios y aún se puede añadir los latinos junianos, en virtud de una incapacidad dictada por la Ley Junia. En cuanto al nombramiento de un esclavo, sólo tiene efecto haciéndose manumitido ciudadano.

El tutor debe ser designado por su nombre y en una forma imperativa. Según opinión proculeyana, el nombramiento puede hacerse antes de la institución de heredero, prevaleciendo esta opinión sobre el formalismo de los sabinianos. Está permitido al jefe de familia designar en su testamento a uno o varios tutores, pues el pupilo encontraba protección y garantía más completa.

Del dato histórico apuntado, refiriéndome a otros datos, el Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia (41), indica: "El tutor testamentario, es nombrado por testamento; Ley 2, Título 16, partida 6. Puede dar el padre puramente, a tiempo cierto o bajo condición, uno o más tutores parientes o extraños, no sólo a los hijos legítimos y nacidos, aunque los desherede y estén o no en su poder, como igualmente a los póstumos, sino también a los naturales a quienes nombre herederos, o lega algunos bienes. Con la diferencia de que el tutor dado a los hijos legítimos no necesitan de la confirmación del juez para ejercer la tutela, al paso que el dado a la naturaleza, no puede entrar sin este requisito en el desempeño de su cargo. Y nos señala: "La madre puede en la propia forma dar tutor a sus hijos legítimos y naturales huérfanos de padre, instituyéndolos herederos; en cuyo caso debe ser confirmado el tutor por el juez del lugar en que estén los bienes; más no instituyéndolos herederos, aunque les dejen algún legado, no puede nombrarles tutor, bien que si se le nombrase podría entrar éste en la tutela, con tal que el juez quisiere confirmarlo. Lo mismo que acerca de la madre se ha de observar en cuanto a los abuelos paternos y maternos. También puede cualquier testador

(41).—Escriche, Joaquín.—Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.—Página 1518.—Madrid.—1851.

que carece de ascendientes o descendientes, dar tutor a los pupilos extraños que instituye herederos si no lo tienen; pero el nombrado ha de ser confirmado por el juez para poder usar de la tutela”.

En la reglamentación relativa de esta institución, sólo a manera de ejemplo me refiero a legislaciones de los países que señalo.

Del Tratado de Derecho Civil, según Planiol por Ripert y Boulanger (42), el Código Civil francés, en su artículo 397, establece: “El último en morir de los padres, es el único que tiene derecho de designar tutor para reemplazarlo después de su muerte”.

Dentro del mismo derecho francés, encontramos regulada la tutela testamentaria de los hijos adoptivos, indicándose que en principio el adoptante no puede nombrar un tutor testamentario, pues con su deceso termina la tutela adoptiva. El Decreto Ley de 19 de julio de 1939, creó una excepción a esta regla para el caso de que la sentencia de adopción hubiera roto los lazos entre el hijo y su familia natural. El adoptante o supérstite de los esposos adoptantes podrá nombrar un tutor testamentario. Naturalmente, lo mismo ocurre en el caso de la legitimación adoptiva.

En el derecho alemán (43), aparece la tutela testamentaria en la Ordenación de la Tutela, en el caso de llamamiento y exclusión. En el Código alemán, todo tutor ha de ser nombrado judicialmente y dentro de ello el llamamiento puede basarse, dice, en disposición de última voluntad; en esas condiciones el tutor es aquél a quien el padre del pupilo ha designado como tutor por la indicada disposición de última voluntad. El padre sólo puede designar tutor si tiene la patria potestad sobre el hijo en el momento de la muerte.

Los autores Blás Pérez González y José Castán Tobeñas (44), que hacen la comparación de la legislación alemana con la española, en relación a esta

(42).—Opus cit. Pág. 384.

(43).—Kipp, Theodor y Wolff, Martin.—Opus cit. Pág. 289.

(44).—Derecho de Familia de Theodor Kipp y Martin Wolff.—Traducción de la 20ava. edición alemana. Estudios, comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, por Blás Pérez González y José Castán Tobeñas.—Volumen II.—Relaciones Paterfamiliares y Parentales.—Tutela.—Boche. Casa Editorial Barcelona.—1952.

última, indican, que de acuerdo con el Código Civil, la designación de tutor testamentario no está sujeta a forma literal alguna y la apreciación de su existencia constituirá, por ende, un problema de interpretación de la correspondiente declaración de voluntad; agregan que también coincide el derecho español con el alemán, en cuanto al requisito de que sea hecha en testamento la designación del tutor. (Artículos 204 y 207 de Código Civil).

En el derecho colombiano, los artículos 444 y 448 del Código Civil, respecto a la tutela testamentaria, establecen: "Artículo 444.—El padre legítimo puede nombrar tutor por testamento no sólo a los hijos nacidos, sino a los que se hallan todavía en el vientre materno, en el caso de que nazca vivo". Artículo 448.—A la falta de padre legítimo, es decir, cuando la patria potestad la ejerce la madre ésta podrá usar de los derechos que se le conceden al padre legítimo, con tal de que no esté divorciada por adulterio, o que por su mala conducta haya sido privada del cuidado personal del hijo".

Quedó derogado el artículo que negaba a la madre el derecho de nombrar guarda (tutor) testamentario si había contraído nuevas nupcias, en virtud de que la hoy viuda que celebre nuevas nupcias, no pierde la patria potestad.

Sobre los hijos naturales ejercen los derechos de nombrar tutor testamentario, el padre o la madre naturales, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 449 del Código Civil. En síntesis, sólo en los tres casos anteriores, las únicas personas que pueden y se les concede nombrar por testamento un tutor general al pupilo.*

Por testamento también puede nombrarse varios tutores o curadores. En efecto los artículos 451 y 453 del Código Civil Colombiano, señalan que pueden haber varios tutores o curadores para que ejerzan simultáneamente la guarda, y el testador tendrá la facultad de dividir entre ellos la administración, más sino lo dividiere, el juez podrá confiarla oyendo los parientes del pupilo, a uno de los nombrados o a varios de ellos y dividirla a los que crea más conveniente a los intereses del pupilo.

* Nota:—Las citas del Código Civil Colombiano, se tomaron de las referencias de datos y comentarios que hace Brugi Biegio, en su obra "Instituciones de Derecho Civil."

Igualmente por testamento podrán nombrarse varios tutores que se substituyan o sucedan el uno al otro, y establecida la substitución o sucesión para un caso particular, se aplicará a los demás en que falte el tutor, a menos que claramente se vea que el testador ha querido limitar la substitución o sucesión, al caso o casos indicados. Tal es el precepto del artículo 454 del Código Civil Colombiano. (45).

En Argentina, en el Código Civil, la tutela testamentaria se limita en tal posibilidad o derecho a los padres. El artículo 383 establece: "El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento tutor a los hijos que están bajo la patria potestad. Pueden también nombrarlo por escritura pública para que tenga efecto después de su fallecimiento".

Se puede decir que ésta es la que tiene mayor gravitación en el orden normativo argentino, por la trascendencia que se dá a la voluntad paterna. Derivado de ella es su preponderancia, privando incluso sobre la legítima y admitiendo la posibilidad de que los otorgantes establezcan condiciones o cláusulas especiales, siempre —como dice la ley— que las mismas no estuviesen prohibidas (Artículo 384). (45) Bis.

El concepto que es claro y completo, en mi opinión, es el del Maestro Rojina Villegas (46), que dice: "La tutela testamentaria, es la que se dispone en acto de última voluntad, aquella que se deriva de un testamento y en la que el testador en su testamento designa o instituye a un tutor, respecto a un hijo menor".

Ignacio Galindo Garfias (47), al referirse a nuestro Código Civil, con respecto a los artículos 451, 470 y 471, señala que la "tutela testamentaria es la que se confiere en testamento y tiene lugar cuando el ascendiente que so-

(45).—Bruggi, Biagio.—Instituciones de Derecho Civil.—Traducción de Jaime Simón.—Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana UTEHA, México, 1968. Pág. 345.

(45) Bis. Opus cit. Pág. 477.

(46).—Opus cit. Pág. 22.

(47).—Galindo Garfias, Ignacio.—Derecho Civil.—Primer Curso.—Parte General, Personas Familia.—Pág. 659.—Editorial Porrúa, S. A.—México 1973.

breviva, de los dos en cada grado deben ejercer la patria potestad, aunque fuere menor, nombra tutor en su testamento, a aquellos sobre quienes la ejerza, incluyendo al hijo póstumo. Este nombramiento excluye en el ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulterior grado”.

No existe cuestión respecto a la procedencia de la tutela testamentaria sobre los hijos legítimos y legitimados. Respecto a los hijos naturales reconocidos, ya que los progenitores que los hayan reconocido, tienen derecho a nombrar tutor al hijo reconocido, al progenitor que sobreviva por mayoría de razón, puesto que el adoptante se le otorga el derecho de designar tutor al hijo adoptivo, que nos lo señala el artículo 481 de nuestro Código Civil.

Llama la atención el citado autor, al decir que en nuestra ley existe el derecho reconocido a un extraño para designar tutor en su testamento a un incapaz que no se encuentre bajo su patria potestad ni bajo la de otro y esto ocurre cuando le deje bienes para el simple efecto de la administración de esos bienes (Artículos 473 y 475 del Código Civil).

Como complemento del estudio de la tutela testamentaria, al azar aludo al Código Civil del Estado de Hidalgo, porque forma parte de nuestro derecho nacional, y se encuentra regulada en los siguientes artículos: “Artículo 455— El ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto por el artículo 488, tiene derecho aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento aquellos sobre quienes la ejerzan, con la inclusión del hijo póstumo. Artículo 551.—Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien sustituirán los demás, por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción”.

2.—TUTELA LEGITIMA.

Conforme a los datos históricos aportados por Eugene Petit (48), en el Derecho

(48).—Opus cit. Pág. 128.

Romano encontramos que en defecto del tutor testamentario, se abre la tutela legítima de los agnados. La Ley de las XII Tablas indica como tutor al agnado más próximo, y habiendo varios en el mismo grado, son todos tutores.

Dentro de esta institución también existe la tutela legítima de los gentiles, según el Derecho Antiguo, aunque desaparece y queda regulada la tutela diferida por el magistrado, y en tal caso da derecho a nombrar los tutores, en Roma según la Ley Atilia, al pretor urbano y a la mayoría de los tribunos de la plebe. La Ley Julia Filia de Roma, concede el mismo poder al presidente de las provincias, sistema que fue modificado con algunas frecuencias bajo el Imperio, y en tiempos de Claudio, pasa a los Cónsules el derecho de nombrar tutores. El nombramiento corresponde a los magistrados de acuerdo con las facultades que se les conceden y sólo podía nombrar un tutor después de información sobre su moralidad y fortuna.

El Diccionario al dar el significado de tutor (49), hace referencia a Ley 9 título 16 partida 6, y señala: "En la tutela legítima, tiene lugar el nombramiento de tutor legítimo, y en tal caso es llamado por la ley a la tutela del pupilo del pariente de éste. Habiendo tutor testamentario, aunque sea extraño, no tiene lugar el legítimo; pero cuando aquel falta, por no haber sido nombrado o por haber fallecido o por cualquier otra razón, entonces entra a ser tutor el pariente más inmediato del huérfano, a saber: la madre; si ésta no quiere, la abuela, y en defecto de ambas, el pariente lateral más próximo, y si hubiere muchos del mismo grado, todos serían tutores. Si los parientes se excusan, deben hacerlo saber al juez para que nombre tutor que sea bueno y rico, bajo la pena de perder el derecho que tuviera de heredar al huérfano en caso de morir sin testamento".

En la tutela legítima, es la ley la que designa al tutor en dos casos: a).— Al morir el primero de los progenitores, el supérstite es tutor de pleno derecho, b).— Al morir el progenitor supérstite, la tutela pasa de pleno derecho al ascendiente más próximo. (50).

(49).—Escrive. Opus cit. Pág. 1519.

(50).—Mazeaud, Opus cit. Págs. 219 y 220.

A continuación me refiero a la forma legal en que se encuentra reglamentada la tutela legítima en Argentina y Colombia, a manera de ejemplo.

En el derecho argentino, encontramos reglamentada la tutela legítima en el artículo 389 del Código Civil, y en términos generales, tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario, y aún cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio, así la ley llama al ejercicio de la tutela a determinadas personas para que representen al incapaz.

Dentro del derecho colombiano, la tutela legítima se regula por los artículos 312, 313, 314 y 315 del Código Civil, y nos señala quienes son las personas llamadas a ejercer la guarda (tutela) y son: el padre, la madre y los demás ascendientes de uno y otro sexo.

Galindo Garfias (51), señala que en nuestro derecho, tiene lugar la tutela legítima, cuando no hay tutor testamentario ni quien ejerza la patria potestad, y en el caso de que deba nombrarse tutor por divorcio, entonces la ley llama al ejercicio de la tutela, a determinadas personas para que representen al incapaz.

A).—Tutela Legítima sobre mayores incapacitados.

Por cuanto a los mayores incapacitados, las leyes contemplan distintos casos y asimismo establece un orden en el llamamiento, y en esa forma el marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido; los hijos mayores de de edad son tutores legítimos de su padre o madre viudos, prefiriéndose en su designación al que viva con el incapaz, y siendo varios, el que le parezca al juez más apto. El padre y por muerte o incapacidad de éste, la madre, son los tutores legítimos de sus hijos solteros o viudos, cuando ellos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela; a falta de las personas anteriores, son llamadas sucesivamente a desempeñar la tutela legítima, el abuelo paterno, el materno, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales, además, la ley establece bajo la tutela legítima de la persona que corresponde a los hijos menores que el incapacitado tuviere bajo su patria potestad.

(51).—Opus cit. Pág. 673.

Con respecto a la tutela de los mayores de edad, en tanto que subsista la causa que dio motivo a la interdicción, se mantienen los derechos y el poder jurídico del tutor. Se trata de casos permanentes, como la enajenación mental incurable, el idiotismo y la imbecilidad; pero también pueden existir motivos de interdicción temporal, como la embriaguez consuetudinaria, el uso excesivo de drogas y enervantes o las perturbaciones mentales curables.

B).—Tutela Legítima sobre menores.

Esta clase de tutela corresponde, como su nombre lo indica, a los menores de edad.

a).—Caso Normal.—En esta clase de tutela la ley llama a desempeñarla a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas; por falta de incapacidad de los hermanos, a los demás, colaterales dentro del cuarto grado inclusive y si hubiera varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo, pero si el menor ha cumplido dieciséis años, él hará la elección.

b).—El Caso de los Expósitos.—Tratándose de expósitos abandonados, la ley los coloca bajo la tutela de la persona que los haya acogido, o de los directores de las inclusas, hospicios o demás casas de beneficencia que los reciben.

En nuestro Código Civil encontramos establecida la tutela legítima para los menores en los siguientes artículos:

Artículo 482.—Ha lugar a tutela legítima:

- I.—Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario;
- II.—Cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

Artículo 483.—La tutela legítima corresponde:

- I.—A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;
- II.—Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive.

Artículo 484.—Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez eligirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido los dieciséis años, él hará la designación.

Artículo 485.—La falta temporal del tutor legítimo se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.

Artículo 486.—El marido es tutor legítimo forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido.

Artículo 487.—Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o madre viudos.

Artículo 488.—Cuando haya dos o más hijos, será preferible el que viva en compañía del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.

En términos generales, de los artículos transcritos, observamos que la tutela legítima en nuestro derecho, tiene lugar cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni tutor testamentario y cuando deba nombrarse tutor en caso de divorcio, y que la ley llama a determinadas personas para que representen al incapaz.

Respecto al llamamiento al desempeño de la tutela, como ya se indicó, debemos de considerarla de dos clases: Sobre mayores incapacitados y sobre menores y ésta última puede ser: el caso normal y el caso de los expósitos.

3.—TUTELA DATIVA.

Con los datos que nos proporciona Eugene Petit (52), respecto a esta clase de tutela, encontramos que hacia el Siglo VI de Roma, al caer en desuso la gentilidad se fijó una nueva idea, y era que la sociedad debía de intervenir en la protección del incapaz si la familia no era suficiente; por eso a falta de agnado o tutor testamentario, el magistrado se encarga de nombrar un tutor, de

(52).—Opus cit. Pág. 129.

lo que se deduce que la tutela dativa se encontraba determinada por la designación y nombramiento que hacía el magistrado, y así conforme a la Ley Atilia, da derecho a nombrar los tutores en Roma al pretor urbano y a la mayoría de tribunos de la plebe. Este mismo derecho fue concedido por la Ley Julia, y bajo el emperador Claudio dá a los Cónsules el derecho de nombrar tutores. Marco Aurelio, creó para este cargo un pretor especial —praetor tutelarís—, que más tarde compartió la competencia con el prefecto de la ciudad. Estos magistrados superiores sólo podían nombrar un tutor tras una investigación sobre su moralidad y costumbres. En provincias, los presidentes permanecieron competentes para los pupilos más ricos, con la garantía de la información. Para los otros, los magistrados municipales que al principio tuvieron la misión de presentar los tutores a la selección del presidente (nominare tutores) fueron, bajo el Imperio, encargados de nombrarlos ellos mismos. Lo hacían sin investigación y bajo su responsabilidad.

En la evolución de las clases de tutela, se encuentra que cuando nadie ejerza la tutela por la ley o testamento, el tutor es nombrado por el Consejo de Familia, y en tal caso, la tutela toma el nombre de dativa.

El Diccionario (53), al referirse al tutor dativo, dice: "Tutor nombrado por el juez cuando no hay testamentario ni legítimo; deben los parientes más cercanos del pupilo, pedir el juez que lo provea de tutor, cuando no lo tienen y ellos no pueden o no quieren serlo; por su falta o negligencia, pueden hacer esta petición los amigos del huérfano y aún cualesquiera vecinos del pueblo; y si nadie la hiciese, puede el juez en vista de desamparo, proceder de oficio, encargar por sí la tutela al sujeto que le parezca más idóneo".

La tutela dativa en el derecho francés, es la tutela conferida por el Consejo de Familia, y con relación a otras legislaciones, generalmente quien confiere dicha clase de tutela es la autoridad judicial.

En las Lecciones de Derecho Civil, de los autores Mazeaud, (54), encontra-

(53).—Escriché, Opus cit. Pág. 1519.

(54).—Opus cit. Pág. 220.

mos que en las modalidades establecidas conforme al derecho francés, da lugar, a la designación de un tutor dativo cuando el tutor legítimo testamentario está para cesar sus funciones. El Consejo de Familia suele designar a un miembro de la familia, pero puede elegir una persona extraña a la misma, de lo que se advierte que se crean organismos que denominan Consejo de Familia para los casos de designación de tutor dativo.

También en este mismo régimen legal existe la denominación de tutela judicial, cuando el Tribunal no encontrando un familiar para designarlo tutor, en tal caso, a manera de patria potestad con el nombre de tutela, es ejercida por la Asistencia a la Infancia.

En el derecho argentino, el Código Civil, en su artículo 392, al referirse a la tutela dativa, indica que tiene también un interés subsidiario, y señala: "Es la dispuesta por el magistrado al menor que no lo tenga nombrado por sus padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legítima, o no sean capaces o idóneos o hayan hecho dimisión de la tutela o hubiesen sido removidos de ella". (55).

En nuestro derecho, Galindo Garfias (56), señala respecto a la tutela dativa, que ésta tiene lugar, cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien le corresponda la legítima o cuando el tutor testamentario está impedido de ejercerla temporalmente. Se caracteriza esta tutela, porque es subsidiaria de los otros dos tipos de tutela. Además el tutor dativo, es designado por el menor si éste es mayor de dieciséis años y si se confirma su nombramiento por el juez de lo familiar.

DESIGNACION DEL TUTOR.—Desde el punto de vista general, con respecto al nombramiento del tutor en la tutela dativa, se presenta mediante dos modalidades, una en que la designación del tutor la hace el menor, y otra en que dicha designación es por el juez, quien a su vez tiene facultades para hacer libremente tal nombramiento o lo hace oyendo el parecer o la propuesta del Consejo de Tutelas, o por otro organismo ad hoc, como el Consejo de Familia.

(55).—Enciclopedia Jurídica Omeba. Opus cit. Pág. 484.

(56).—Opus cit. Pág. 663.

A).—Designación del tutor por el Menor.

De acuerdo con las legislaciones de los distintos países, la facultad del menor de designar a su tutor, se encuentra sujeta a la edad. El tutor puede ser designado por el juez mientras el niño deje de serlo, y a partir de los doce hasta los dieciocho años, como en el derecho alemán, el menor está en posibilidad de designarlo en virtud de reconocerle capacidad para ello. En nuestro derecho en cambio, el menor designa a su tutor si es mayor de dieciséis años, pero menor de dieciocho.

B).—Designación del tutor por el juez.

También las legislaciones con relación a la mencionada institución, otorgan facultades al juez para designar tutor, estableciendo en algunos casos ciertas reglas que deberán tomarse en cuenta para tal designación, como el de que el nombramiento recaiga en parientes más cercanos, o el que designe sea el que haya tenido bajo su cuidado y custodia al menor, sin que le unan vínculos familiares. O también, como ya se vio, la persona que el mismo menor designe, sujeta a la aprobación del juez; encontramos también que el juez puede designar libremente al tutor.

a).—Designación libre por el juez.

En los casos en que el juez designa tutor libremente, significa que la ley le concede amplias facultades para hacerla, y en tal sentido el juez hace el nombramiento en cada caso concreto, atendiendo a las condiciones del menor, a la persona en quien va a recaer el nombramiento que reúna los requisitos de moralidad, costumbre y quizá que cuente con los medios económicos para desempeñar dicho cargo en beneficio del menor.

b).—Designación oyendo al Consejo de Tutelas.

Cuando conforme a las leyes se crean organismos que tienen como fin el organizar la tutela y que son instituciones que tienen funciones de vigilancia, de selección de personas idóneas para desempeñar el cargo de tutor, y así mismo que tales organismos tengan facultades para la aprobación de un nombramiento o proposición al juez para designación de tutor, en tales casos se

crean así los llamados Consejos de Tutelas o Tutelares, Consejos de Familia, o cualquier otro organismo al efecto. El funcionamiento de tales organismos es para mayor garantía y beneficio del menor, y el juez para hacer la designación, debe oír a dichos organismos; y así es como se considera que el nombramiento de tutor ha sido legalmente hecho.

La tutela dativa, tiene un carácter subsidiario desde el momento en que es impuesta por el magistrado al menor que no lo tenga nombrado por sus padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legítima o no sean capaces o idóneos, o hayan hecho la dimisión del cargo. En este caso, el juez ejerce una actividad plena de decisión —no de confirmación con las facultades emergentes de esa posición— sino de cumplimiento de un mandato que lo tiene ministerio legis y en el cual desempeña una función de excepcional responsabilidad, por ser sus posibilidades muy bastas.

En nuestro derecho, el artículo 495 del Código Civil, establece que la tutela dativa tiene lugar: I.—Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima; y II.—Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente para ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483.

Las características de esta clase de tutela son:

1.—Es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima.

2.—El tutor dativo es designado por el menor, si éste a cumplido dieciséis años, confirmando esta designación el juez de lo familiar, si es que no tiene justa causa para reprocharla, (artículos 496 y 497 del Código Civil).

3.—Puede recaer en cualquier persona, en el caso del punto anterior, y cuando el menor tiene menos de dieciséis años, el juez designará tutor, tomando en cuenta las listas formadas cada año por el Consejo Local de Tutelas.

Los artículos 499 y 500 de nuestra Ley Sustantiva, disponen que la tutela siempre será dativa para asuntos judiciales del menor de edad emancipado. La tutela dativa se discierne aunque no tengan bienes los pupillos, y en ese

caso, tiene por objeto el cuidado y la representación de la persona del menor en actos y contratos, para que el pupilo reciba la educación que corresponda a su posibilidad económica y a sus aptitudes.

Los jueces de lo familiar, son las autoridades encargadas de intervenir en los asuntos relativas a las cuestiones que afectan a la familia, y por lo tanto a la tutela, el artículo 633 de nuestro Código Civil, nos señala que el juez ejerce una supervigilancia sobre el conjunto de los actos del tutor, para impedir, por medio de disposiciones apropiadas, la transgresión de sus deberes, y además, tiene la facultad de diferir la tutela especial de los menores de edad para comparecer en juicio.

Como en los casos de designación de tutores cuando se trata de la dativa, y como lo he señalado, la ley establece que el juez al hacer tal designación, debe hacerlo oyendo al Consejo de Tutelas, considero hacer mención lo que es el Consejo de Tutelas y cuál es su función, particularmente como se encuentra establecido en nuestro derecho.

El Consejo de Tutelas, está formado por un presidente y dos vocales, nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o por los Delegados o Presidentes Municipales, según el caso; durarán un año en sus funciones y no cesarán de su cargo, aunque transcurrido el término para el que fueron nombrados, hasta que no tomen posesión las personas designadas para el siguiente período. Se tomará en cuenta para la designación a personas honorables y de buenas costumbres, y principalmente que tengan interés por los menores de edad desvalidos. El Consejo Local de Tutelas, es un órgano de vigilancia e información, y los artículos 537 fracción II y 631 de nuestra Ley Sustantiva, establecen su función: Remitir listas a los jueces de lo familiar de las personas que se consideran idóneas para los cargos de tutores y curadores, cuando el nombramiento corresponda al juez; vigilar que los tutores cumplan con sus deberes, sobre todo en lo que se refiere a la educación de los menores; investigar y poner en conocimiento del juez de lo familiar, de los incapacitados que carezcan de tutores y cuando los bienes de los incapacitados estén en peligro.

4.—LA CURATELA.

Siguiendo el desarrollo histórico de las Instituciones de Derecho Romano, Eugene Petit (57), nos señala que la Ley de las XII Tablas organizaba la curatela únicamente para remediar a los incapacitados accidentales; las de los furiosi y los pródigos. Después por disposiciones del pretor se protegen a los mente capti, los sordos, los mudos así como a los incapacitados por otro orden: menores de veinticinco años, y en ciertos casos a los pupilos.

El curador de los furiosi no daba su consentimiento para los actos jurídicos, tenía como misión, únicamente cuidar de la persona sujeta a curatela así como de su patrimonio, de ahí que tiene que limitarse a administrar, de lo que nace únicamente su obligación de rendir cuentas al final de la curatela y todas las veces que recobrando el furiosi su razón, exigiera la administración de sus bienes.

La Ley de las XII Tablas consideraba como pródigos a los que disipaban sus bienes procedentes de la sucesión del ab intestato, del padre o del abuelo paterno. Era un depósito que debía quedar en la familia civil, por cuya razón y con objeto de impedir su dilapidación, los decemvros sancionando una costumbre anterior, decidieron que el pródigo fuese declarado en estado de interdicción, colocándole bajo la custodia legítima de sus agnados y sin duda alguna, en su defecto, bajo, la de los gentilicios. Más tarde se extendió esta medida, por creer necesario proteger al pródigo contra los arrebatos de sus pasiones, sea cual fuere el origen de su fortuna. La curatela se abre por decreto del magistrado que pronuncie la interdicción.

En el antiguo Derecho Romano, cuando por razón de la edad terminada la tutela, la joven a causa de su sexo, caía en tutela perpetua, pero el joven púbero sui iuris quedaba completamente capacitado. Se comprendió más tarde que las facultades intelectuales tardaban más en desarrollarse que las fuerzas físicas y que el que alcanzaba la pubertad, tenía aún poca experiencia y por eso se buscó el modo de organizar una protección para los menores de veinticinco años. Esto fue el objeto de la Ley Praetoria, después de la integrum restitutio y por último de las instituciones de curadores permanentes.

(57).—Opus cit. Pág. 142.

4.—LA CURATELA.

Siguiendo el desarrollo histórico de las Instituciones de Derecho Romano, Eugene Petit (57), nos señala que la Ley de las XII Tablas organizaba la curatela únicamente para remediar a los incapacitados accidentales; las de los furiosi y los pródigos. Después por disposiciones del pretor se protegen a los mente capti, los sordos, los mudos así como a los incapacitados por otro orden: menores de veinticinco años, y en ciertos casos a los pupilos.

El curador de los furiosi no daba su consentimiento para los actos jurídicos, tenía como misión, únicamente cuidar de la persona sujeta a curatela así como de su patrimonio, de ahí que tiene que limitarse a administrar, de lo que nace únicamente su obligación de rendir cuentas al final de la curatela y todas las veces que recobrando el furiosi su razón, exigiera la administración de sus bienes.

La Ley de las XII Tablas consideraba como pródigos a los que disipaban sus bienes procedentes de la sucesión del ab intestato, del padre o del abuelo paterno. Era un depósito que debía quedar en la familia civil, por cuya razón y con objeto de impedir su dilapidación, los decemvros sancionando una costumbre anterior, decidieron que el pródigo fuese declarado en estado de interdicción, colocándole bajo la custodia legítima de sus agnados y sin duda alguna, en su defecto, bajo, la de los gentilicios. Más tarde se extendió esta medida, por creer necesario proteger al pródigo contra los arrebatos de sus pasiones, sea cual fuere el origen de su fortuna. La curatela se abre por decreto del magistrado que pronuncie la interdicción.

En el antiguo Derecho Romano, cuando por razón de la edad terminada la tutela, la joven a causa de su sexo, caía en tutela perpetua, pero el joven púbero sui iuris quedaba completamente capacitado. Se comprendió más tarde que las facultades intelectuales tardaban más en desarrollarse que las fuerzas físicas y que el que alcanzaba la pubertad, tenía aún poca experiencia y por eso se buscó el modo de organizar una protección para los menores de veinticinco años. Esto fue el objeto de la Ley Praetoria, después de la integrum restitutio y por último de las instituciones de curadores permanentes.

(57).—Opus cit. Pág. 142.

En general, primero se produjo la costumbre de hacer nombrar al menor un curador para algún asunto determinado, *ad certam causam*. Los terceros de esta manera trataban con más confianza, puesto que el menor iluminado por los consejos del curador, corría menos riesgos de ser perjudicado. Marco Aurelio, hizo un cambio más radical, diciendo que los menores podían pedir curadores permanentes, cuyas funciones durasen toda la minoría de edad. En principio los menores sólo pidiéndolo podían tener curador permanente, esta regla se explica por la marcha histórica de la institución. Sin embargo los terceros teniendo negocios con el menor, pueden forzarlo a hacer nombrar un curador especial para los casos que se consideren necesarios.

Brugi (58), a referirse a los casos de curatela, señala que es también una potestad pública, cuya finalidad es la asistencia de personas incapacitadas por causas de edad o de salud, así como la custodia de patrimonios que se encuentran en circunstancias especiales, y agrega: "El derecho civil italiano, como antes el Justiniano y común, nos ofrece tantos casos de curatela de índole dispar, que parece imposible reducirlos a una doctrina única. El Código no la tiene: las causas de incapacidad, de exclusión, de remoción del curador unidas a la del tutor, miran especialmente a la asistencia de personas; sería arriesgado a extender a todos los casos de curatela el mismo concepto de función pública y obligatoria.

El carácter fundamental de la curatela de personas, es la asistencia a éstas en ciertos actos, en los cuales podrían resultar perjudicadas por inexperiencia propia de la minoridad de edad o por defecto físico o de la negligencia que los prive de capacidad plena. En la curatela se presumen personas no desprovistas del todo de capacidad, como en la tutela que constituye representación total de menor y de interdicto. La curatela de bienes se caracteriza por su objeto que es la custodia y administración de los mismos hasta su liquidación si se hace necesaria. Pero es difícil distinguir de manera tajante, uno de otro carácter en ciertas curatelas especiales, en las cuales el curador procede como si fuera un tutor. Dos casos de curatela verdadera y propia los constituyen el del emancipado y el del inhabilitado.

De lo anterior se deduce que el papel de curador tiene menos responsabilidad comparada con el tutor, aunque no por ello deje de tener menor importancia, pues como se ha observado, la Ley de las XII Tablas, ordenaba la curatela sólo para los incapacitados accidentales. Más tarde, cambiando la institución de protección, se extendió a los sordos y mudos, así como a las personas con enfermedades graves; se daba también la curatela a los menores de veinticinco años. Después cambió radicalmente la institución, diciendo que los menores podían pedir curadores permanentes durante toda su minoridad de edad.

En nuestro derecho, el Código Civil Distrital vigente, reglamenta la curatela disponiendo que todos los individuos sujetos a tutela ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor, tendrán un curador. Así la curaduría se encuentra reglamentada a partir del artículo 618 al 630, y dentro de dicha regulación en la misma forma que en la tutela, los menores que han cumplido dieciséis años, pueden por sí mismos hacer la designación de curador, lo mismo los menores de edad emancipados por razón de matrimonio y para los demás casos, en general es el juez el que hace el nombramiento.

Específicamente, las funciones del curador son el de defender los derechos del incapacitado en juicio y fuera de él, en los casos en que esté en oposición con los del tutor; tiene igualmente la obligación de vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo aquello que considere perjudicial para el incapacitado. También tiene obligación de dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare el cargo, y por último está obligado a cumplir todas aquellas funciones que la ley le señala.

Las funciones del curador cesan cuando el incapacitado salga de la tutela

De acuerdo con los datos obtenidos en la práctica de los Juzgados, se ha podido comprobar que la designación de curadores generalmente ha tenido lugar en los casos de interdicción en infinidad de juicios que se tramitaron en los anteriores juzgados pupilares, sobre todo por existir bienes de incapacitado que administrar.

CAPITULO III

"NATURALEZA DE LA FUNCION TUTELAR"

1.—CARACTERISTICAS DE LA TUTELA COMO FUNCION PRIVADA.

En la historia de la humanidad, desde que los individuos se constituyeron en grupos o en clanes, estos obedecen por cierta integración de lazos de parentesco que sirvieron para auxilio y protección mutua, ayudándose a procurarse los distintos satisfactores para poder subsistir, y en virtud de esa relación, fue dando lugar a la formación de la familia, de ahí que se configura el concepto de familia, como la reunión de muchas personas que viven en una casa bajo la dependencia de un jefe; y el conjunto de las personas que descendiendo de un tronco común, se hallan unidas por los lazos de parentesco.

Los padres son los protectores de los hijos durante su minoridad, pero bien pueden fallecer prematuramente, de ahí la necesidad de algunas instituciones jurídicas que nacieron con el avance del derecho para proteger a la misma familia y con ella instituciones como la patria potestad, tutela, curatela, filiación etc., mismas que se reglamentaron con ciertas características propias para sus fines.

Teniendo un origen privado la institución de la tutela, ésta tuvo lugar en el seno familiar; en derecho romano, con todo y haber partido de la idea primitiva de que la tutela era una institución para favorecer a los presuntos herederos del pupilo, mejor que a éste mismo, se llegó a alzar hasta formar de ella un concepto noble, como de función pública dedicada por entero a

beneficiar al pupilo, admitiendo ya la intromisión conveniente del magistrado en la tutela.

Por la forma general en que la tutela se ha considerado se dá dentro de las relaciones familiares, el tutor desempeña su cargo procurando que su labor sea como la de un buen padre de familia y por lo mismo da carácter a la mencionada institución, como función privada, característica que en la mayoría de las legislaciones se ha reglamentado dentro del derecho privado, pero que también por el progreso de la misma civilización en la actual sociedad, se torna dicha tutela como función pública.

El régimen legal de la tutela, como se ha dicho, se encuentra determinado en función de la familia, se ha considerado así que el derecho de familia pertenece por entero al derecho privado.

El Maestro Rojina Villegas (59), dice: "Tampoco importa que el derecho de familia regule las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son los que derivan de la patria potestad, de la potestad marital (para los derechos que lo aceptan), pues lo fundamental descansa en que se trata de relaciones entre particulares. El Estado podrá tener cierta ingerencia, como después determinaremos en la organización jurídica de la familia, pero por ningún concepto puede pensarse que las normas relativas a las mismas se refieren a la estructuración del Estado, a la determinación de sus órganos y funciones, o bien a las relaciones de aquellos con los particulares".

La idea anterior puede aplicarse en los códigos de derecho privado, considerando que las relaciones que se dan entre tutor y pupilo son de aquellas relaciones que se dan entre tutor y pupilo son de aquellas relaciones entre particulares, así es como los códigos civiles reglamentan las condiciones y requisitos del ejercicio de la tutela, así como sus límites.

a).—Condiciones y requisitos de su ejercicio.

Al hablar de las características de la tutela como función privada, es de

(59).—Opus cit. Pág. 11.

considerarse la naturaleza del derecho que existe en la vinculación de la tutela con respecto a la familia. Para ello, estimo de gran importancia las ideas que también señala el citado Maestro Rojina Villegas (60), cuando alude a los derechos subjetivos familiares, sosteniendo que los derechos subjetivos de la familia constituyen las distintas facultades jurídicas que se originan por el matrimonio, parentesco, patria potestad o tutela, por virtud de las cuales un sujeto está autorizado por la norma de derecho para interferir lícitamente en la persona, en la conducta, en la actividad jurídica o en el patrimonio de otro sujeto.

El mismo autor agrega: "En la patria potestad y en la tutela, encontramos derechos subjetivos de interferencia constante en la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de los incapaces, pero de naturaleza distinta a la de los derechos subjetivos conyugales. Aún es enérgica la intervención de los que ejercen la patria potestad o tutela en la persona y conducta de los incapaces, su finalidad es muy distinta de aquella que hemos precisado en las relaciones conyugales, toda vez que se lleva a cabo con el propósito de educar, proteger y representar jurídicamente al incapaz. Para cumplir con esos propósitos la ley reconoce como un poder jurídico en los que ejerce la patria potestad o tutela que permite interferir constantemente en toda la esfera jurídica de los menores y de los sujetos a interdicción. Esta interferencia en la esfera jurídica se manifiesta en todos los aspectos que interesan al derecho, o sea en la persona, conducta, patrimonio y actividad jurídica de los incapaces. Las prestaciones y deberes que se exigen a éstos, son principalmente de tolerancia, a efecto de que sufran la intervención lícita que se opera en todas las manifestaciones de su esfera jurídica. Justamente, por tratarse de incapaces, el derecho no puede imponer deberes de prestación, bastando con regular su conducta jurídica a través de los deberes de tolerancia o de abstención. En los derechos de educar, corregir y castigar, especialmente en los menores y algunos sujetos a interdicción, se revela también el aspecto personalísimo de esos derechos subjetivos de potestad, semejantes sólo desde dicho punto de vista a los derechos subjetivos conyugales pero con finalidades distintas".

De las anteriores ideas del Maestro Rojina Villegas, destaca la situación del tutor en cuanto que la ley le otorga una potestad libre para actuar en la protección y cuidado de los menores e incapaces. Considero que en virtud de esa potestad, las leyes determinan a quienes se les otorga y a quienes se somete, así encontramos artículos y disposiciones de distintas legislaciones que señalan las características y las condiciones para el ejercicio de la tutela (*). En el derecho alemán encontramos que entra en funciones la tutela a falta de padres, tal como lo dispone el artículo 1773 del Código civil alemán; en el código brasileño, se estableció en el artículo 406 que la tutela entra en funciones cuando fallecen los padres o siendo juzgados ausentes, y cuando pierden la patria potestad; en el derecho argentino, el artículo 396 del código civil, establece que sólo podrán ser tutores las personas físicas con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

Conforme al derecho francés, los redactores del Código Civil, estimaron que la protección del incapaz era un deber familiar. Por eso la organización de las incapacidades descansa sobre una estrecha cooperación de la familia lato sensu. El código civil reglamenta en forma concreta la apertura y discernimiento de la tutela, así como a los Consejos de Familia, éstos como una asamblea de parientes por consanguinidad de afines o de amigos.

Según Blás Pérez González y José Castán Tobeñas (61), en la obra Derecho de Familia, en el Derecho español, el artículo 199 del código civil, dice: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes o solamente de los bienes de los que estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismo". Parece desdoblarse dos aspectos de la tutela, una que comprende el cuidado de la persona y bienes, y otra que se limita a los bienes. Los mismos autores, refiriéndose a la organización de la tutela en el derecho histórico español, anotan que, el sistema que puede llamarse gótico o nacional, reflejado en las redacciones escritas del Derecho Visigodo, Fueros Municipales, Fuero Viejo y Fuero Real, recoge la concepción de los Fueros Germánicos, que primitivamente recono-

(*).—Nota: datos proporcionados por la Enciclopedia Jurídica Omeba: ya citada.

(61).—Opus cit., Página 271.

cieron una tutela colectiva, que correspondía a toda la familia, y después por una transformación de este tipo, admitieron que ejerciera la tutela uno de los parientes más próximos, pero sin dejar de conservar la familia un cierto poder de intervención en determinados casos. Agregan los autores señalados que, el código civil ha modificado substancialmente el régimen de derecho anterior, ya que ha pretendido refundir en una las dos formas tradicionales de guarda, tutela y curatela, aunque la unificación que se lleva a cabo sea más aparente que real, porque subsiste todavía una confusa variedad de instituciones pupilares de difícil sistematización.

Estando reglamentada la tutela, como en nuestro derecho, los requisitos de su ejercicio quedan sujetos al Derecho Privado, en la forma y términos que el legislador ha establecido en la integración y protección de la familia.

b).—Límites de ejercicio en la función privada.

El ejercicio de la tutela en la forma que las leyes lo reglamentan, y como se ha visto en el desarrollo de este trabajo, el fin y el propósito de dicha institución es de protección y guarda de los incapaces, por lo que la limitación de ejercicio sólo puede surgir cuando interviene el Estado, en el momento en que estima que debe vigilar el mencionado ejercicio de la tutela para que se obtenga el resultado positivo en la institución. Así limita el ejercicio de la tutela en el momento en que interviene el Consejo Local de Tutelas, en el cual delega la vigilancia de los tutores para el cumplimiento de sus obligaciones, así mismo, tal organismo es el que hace la propuesta para la designación que deberá hacer el órgano judicial. Por otra parte, también puede señalarse como limitación del ejercicio de la tutela, la intervención de la autoridad judicial desde el nombramiento, remoción, rendición de cuentas, etc., y por último, puede haber limitación en el ejercicio de la tutela, desde el momento en que no puede desempeñarse arbitrariamente, si no que atendiendo a las clases de tutela, ella debe ejercitarse dentro de la reglamentación propia de las leyes, como la testamentaria, legítima y dativa.

La limitación de la tutela en su ejercicio, desde el punto de vista anterior como es de notarse, es para considerar la importancia que tiene el tutor para

el Estado, en cuanto a que interviene dentro de la misma función privada.

2.—CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA COMO FUNCION PUBLICA.

Para analizar las características de la tutela como función pública, considero importante insistir en la referencia que hace Bragio Brugi (62), respecto a que: "En el derecho romano con todo y la idea primitiva de que la tutela era una institución para favorecer a los presuntos herederos del pupilo, mejor que a éste mismo, se había alzado para formar de ella un concepto noble como función pública, dedicada por entero a beneficiar al pupilo, considerándose para ello la necesaria intromisión del magistrado en la tutela. El derecho germánico se presenta en Italia al principio —dice el autor— como normativo de una tutela que es misión exclusiva de los parientes del pupilo y principalmente de los más próximos, pero no tarda en armonizarse con el derecho romano al cual sede algunos conceptos y del cual se apropia otros. Así la tutela moderna nace de los diversos factores, configurada de los estatutos municipales. El tutor es uno, pero lo asiste y vigila un consejo de parientes del pupilo; por encima de todos ellos vela el magistrado. De esta forma se regresaba a la idea romana de función pública del tutor".

En el análisis que hace el tratadista, respecto de las características que presenta el código civil italiano, indica que: "La tutela es una función pública de ordinario obligatoria y gratuita siempre, según informa Pizzanelli, sobre el Programa del Código número 40, por ello es necesario, como lo enseñó el derecho romano, que se fijen exactamente las causas de incapacidad, exclusión, remoción y de dispensa de los cargos tutelares. Así se aparta de la tutela a quienes son indignos y por otra parte, se permite que alguien puede excusarse por motivos razonables de la carga obligatoria de la tutela".

El órgano fundamental de la tutela es un Consejo de Familia, permanente e invariable durante todo el tiempo de aquella; el cual asiste al pretor del distrito en que se halla la sede principal de los intereses del menor. Con ello quieren evitarse los trastornos para formar el Consejo, ahora con sus parientes,

(62).—Opus cit. Pág. 482.

luego con otros, ya con extraños conocidos como amigos, según las deliberaciones que deban promoverse. Además se cuenta con la ventaja de dar unidad y continuidad a la administración tutelar. El mencionado Consejo lo preside el pretor, quien lo convoca de oficio o a petición de instancia, en el curso de la tutela, de sus componentes o interesados.

Cabe llamar la atención que este Consejo de Familia, viene a ser en principio un tribunal doméstico, al cual corresponde el nombramiento del tutor dativo y del protutor, así como la resolución como causa de exclusión, remoción y dispensa del tutor y sobre el deber de éste de afianzar. En el Consejo se encuentra la dirección suprema de la tutela y la vigilancia continua de la misma. El hecho de que lo presida el pretor hace que sus deliberaciones, que están reguladas para el caso de conflictos de intereses y revisada en otros casos por los tribunales, revistan siempre un carácter solemne. Como dato complementario, señalamos que no puede haber tutela si no se nombra protutor. El protutor sólo interviene para representar al menor en los casos de conflicto entre éste y el tutor; el protutor forma parte del Consejo de Familia y cesa en su función cuando se nombra nuevo tutor, pero puede ser reelegido por el Consejo de Familia.

Los autores Mazeaud (63), al hacer referencia a sistemas extranjeros, que estiman es necesario para apreciar la oportunidad de nuevas soluciones, al referirse al derecho alemán, indican que el código general prusiano de 1794, confiaba a los tribunales el ejercicio de la tutela, al permitirle dar órdenes al tutor, que no aparecía sino como un agente ejecutivo; conforme al código civil de 1900, deja más libertad al tutor, confía no obstante, al Tribunal de Tutelas una misión permanente de control. El Consejo de Familia, no representa sino un papel muy secundario, como el de ser consultivo.

El código suizo, adopta una forma parecida y confía la inspección de las tutelas a un organismo estatal, denominado Autoridad Tutelar, cuya composición varía con la legislación de los cantones.

(63).—Opus. cit. Pág. 279.

El derecho italiano, tiene igualmente un juez de las tutelas con funciones análogas.

En los sistemas anglosajones, los tribunales ejercen sin embargo una importante función inspectora.

En la Unión Soviética, la gestión del tutor esta controlada por una emanación directa del Estado, el Organismo de Tutelas de Soviet Local.

Hacen notar los mencionados autores, que no siempre dan buenos resultados la intervención estatal, y así manifiestan que en Francia, ha habido que renunciar a la inspección de la tutela de los hijos naturales, por los tribunales civiles que había instituido la Ley de 1917, sin duda, concluyen, el juez de las tutelas alemán tiene sobre el tribunal civil francés, la gran ventaja de ser especializado; no obstante se le reprocha el haber impuesto a la cuestión de la tutela una dirección administrativa y burocrática.

Las condiciones en que aparece dispuesta la tutela en los países señalados por los autores Mazeaud, se puede afirmar que en derecho moderno, como existe un interés preponderante del Estado respecto de la familia, a su vez, la tutela va cobrando un interés público, por lo que los sistemas legales que se van poniendo en vigor, además de garantizar con mayor amplitud los intereses del pupilo, se procura garantizar los intereses de la familia y de la sociedad. En esa posición en que se va colocando el nuevo régimen de la función tutelar, se advierte a su vez el influjo de los intereses sociales y políticos, dando paso en definitiva a la concepción de que la función tutelar es pública.

En la función tutelar como pública, se adopta desde luego el sistema de autoridad, que es diferente al anterior, llamado sistema tutelar de familia,, por consiguiente en el sistema de autoridad, desde luego el fundamento es el mismo, de protección al incapacitado, pero su característica, es que tal función corresponde directamente al Estado, sin que ello implique que permanezca el interés privado en el seno de la familia.

En el régimen de sistema de autoridad, el Estado crea y determina el fun-

cionamiento de organismos especializados, que a la vez de ser órganos, de asistencia social, sirven de vigilancia, orientación, auxiliares y ejecutores de los programas oficiales que se crean para realizar dicha función tutelar.

En México, existen numerosos organismos creados por diferentes sectores, entre los que se mencionan aquellos de entrega generosa de muchas religiosas, los que tienen su origen y sostén en la iniciativa privada. Al lado de ellos también tenemos los que corresponden al sector público, como el anterior Instituto Nacional de Protección a la Infancia hoy Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia (IMPI), la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez (IMAN), Centros de Asistencia de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, Albergues del Departamento del Distrito Federal, Centros de Bienestar del Instituto Mexicano del Seguro Social, etc.

Con la creación de instituciones públicas, el Estado responde a la protección del menor dentro de sus funciones estatales, como es el velar por el bienestar de la comunidad. Como consecuencia del punto de vista del derecho administrativo, el Estado satisface una necesidad cumpliendo con tal obligación.

En México, donde los problemas de orfandad y abandono de menores alcanza cifras alarmantes, que crecen anualmente en elevado número, es indudable que se requiere de grandes instituciones que den albergue y atención a los infantes que carecen de los beneficios de la vida familiar.

Desde luego, por muy grande que sea la dedicación y profesionalismo de las instituciones de protección a la infancia, no puede dejarse de tener en cuenta que nunca puede existir la identificación y afecto que proporciona la familia en cumplimiento a una función específica, la cual siempre se encontrará reservada a la figura paterna y a la materna, por tanto, el Estado más que otra cosa, debe procurar por distintos medios, principalmente la educación y orientación de la unión familiar.

Los casos en que los niños son rechazados por sus padres naturales y que después fueron entregados en adopción a un matrimonio que se ha considera-

do adecuado, también ahí ha podido constatarse el cambio que se opera en los menores, porque el cariño que pueda prodigárseles es diferente, ya que se experimenta que el mismo es artificial y no puede tener la misma magnitud que el cariño paterno natural.

Podría sostenerse que aparte de que el Estado tenga intervención en la protección del menor, debe desplegar como se dijo antes, una labor de verdadera educación para los padres y una orientación con relación al cuidado de sus hijos, mediante un esfuerzo gradual como existe en otros países. El Estado debe crear una institución de protección de tipo social para ciertos matrimonios, en que ninguno de los cónyuges pueda suvenir a las necesidades de sus hijos menores; los recursos aún monetarios que proporcionara puedan ser transitorios, mientras que el obligado a sostenimiento y educación de los menores, tiene trabajo o forma de subsistencia.

a).—Fenómeno Sociológico y Demográfico como determinante en la intervención del Estado.

A través del estudio que se ha hecho desde el Derecho Romano, la tutela no ha perdido su carácter de institución de derecho privado, sobre todo por reglamentarse en los códigos de derecho privado, pero sí ha adquirido una importancia con las demás instituciones de la familia desde el punto de vista doctrinal y tal institución ya se ha considerado formando parte del derecho familiar como una rama del derecho civil, partiendo de la base de que la familia es la célula de la sociedad y los miembros que forman la sociedad a su vez constituyen la substancia del Estado. El Estado al atender el bienestar social, busca la mejor forma de su estabilidad, por ello, atendiendo a sus necesidades, y a efecto de adecuar la conducta de los individuos que viven en dicha sociedad y que a su vez forman la familia, dicta leyes, y entre ellas las que se refieren a la institución de la tutela, para que ésta cumpla su objetivo, no sólo dentro del seno familiar, sino dentro del aspecto exterior que determine la base fundamental como lo es el fenómeno sociológico como uno de los elementos que se tienen para regular las demás relaciones que en las distintas leyes dan carácter a relaciones jurídicas. Así pues el mismo Estado, procurando más atención a las institu-

ciones familiares, interviene en la tutela en la que actúa directamente en los aspectos que considera necesarios, para que su protección a los menores o incapacitados, y fundamentalmente menores se satisfaga cuando tal protección no es suficiente dentro de la familia, ya que en ésta, dicha protección y cuidado de los menores sólo se funda en los lazos familiares y no en un interés social, de ahí que pueda hablarse ahora de tutela de autoridad, porque rigen en aquellos países en que la protección del pupilo es un asunto que compete a la función del Estado.

La función pública del Estado en la protección de menores o incapacitados, la ha considerado necesaria para preservar su propia existencia, ya que es una realidad que el fenómeno sociológico y demográfico, actualmente influye en toda sociedad, de ahí que, respondiendo a ese fenómeno sociológico y demográfico, el propio Estado tiene en cuenta las causas que lo originan.

La tutela como función pública, constituye una actividad de gran importancia en la guarda y protección que realiza el Estado para menores o incapacitados, actividad que es realizada mediante organismos o instituciones oficiales o bien bajo su vigilancia y autorización directa que delega a organismos privados en todo o en parte.

En una Ponencia intitulada "Derecho Social y Seguridad Social", como fórmula de paz y bienestar en nuestro país, que los Licenciados Antonio Dávalos y Hugo Pompa E., presentaron al XIV Congreso Nacional de Sociología (celebrado en la Universidad de Sinaloa, en 1963), afirmaron que: "Cuando las relaciones entre los miembros de una comunidad, han sido conducidas por el terreno de la democracia, es cuando más se ha acentuado la necesidad de acudir a la solución de los problemas del pueblo, y es que no se puede comprender un régimen político en beneficio del pueblo, cuando el mismo sufre la inquietud de una situación socioeconómica de penuria y de inseguridad material, la convivencia humana nos lleva a concluir que no es dable la felicidad del grupo si antes no está asegurada la felicidad de sus componentes".

Los conceptos anteriores nos sirven para precisar la idea de la necesidad del Estado para procurar el bienestar de la comunidad, que como una unidad sociológica para la constitución de sus fines, necesita a su vez de una seguridad social, para individuos que por ciertas circunstancias no pueden bastarse así mismo y por tal motivo el Estado los auxilia por estar ligados a la propia sociedad.

El Maestro Luis Recásens Siches (64), en su Tratado General de Sociología, al hablar de la Sociología y los llamados problemas sociales en nuestro tiempo, dice: "La función práctica de los conocimientos sociológicos no se limitan solamente a ilustrar la tarea legislativa sobre los que se pudiera llamar grandes temas de estructuración de la sociedad. Por ejemplo: la organización constitucional, el régimen administrativo, el problema agrario, las directrices económicas, la eficaz defensa social, los sistemas educativos, etc. La función práctica de los conocimientos sociológicos, se extiende además a un sinnúmero de cuestiones particulares y de detalle pertenecientes a todos los aspectos de la vida social; y cubre todos los llamados "problemas sociales", o sea los problemas planteados por el hecho del desajuste o fracasos individuales o colectivos respecto a las pautas o de los propósitos de varios grupos. Así por ejemplo se pide orientación al sociólogo para mejorar las relaciones familiares por medio de normas jurídicas, pero también y sobre todo, por medios educativos y por servicio de consejos, los cuales ilustren sobre la elección del consorte, sobre las relaciones entre esposos, sobre las relaciones entre padres e hijos, sobre el medio de tratar a los "niños difíciles", etc. . ."

De los párrafos anteriores del autor citado, revela la importancia del fenómeno sociológico que mediante el estudio y análisis científicos, puedan servir para que el Estado despliegue determinada actividad a efecto de corregir cierto desequilibrio social como por ejemplo cuando va en aumento la población infantil que se encuentra en desamparo como resultado de un desajuste familiar que puede ser el reflejo de una crisis en la escala de valores o cuando tal desamparo es resultado de, una explosión demográfica que se ha acrecentado, en tales condiciones se hace necesaria la intervención de la autoridad estatal, para proteger esa determinada clase de individuos.

(64).—Recásens Siches, Luis.— Tratado General de Sociología.— Pág. 25. Cuarta Edición.— Editorial Porrúa, S. A.—México. 1961.

Con las ideas anteriores, se pone de manifiesto la importancia del fenómeno sociológico y demográfico como determinante en la intervención del Estado.

b).—Las Distintas formas de protección del menor por parte del Estado.

En todos los países se ha procurado atender a la población infantil en lo que respecta a sus carencias, que van desde la educación especializada, alimentación, guarda y custodia para quienes no forman parte del seno familiar, creación y establecimiento de Centros de protección y salud infantil, creación de Consejos Tutelares para protección del menor, organismos jurisdiccionales para la protección de los derechos del menor, Centros de Rehabilitación para menores delincuentes, establecimientos o centros de protección de intervención estatal directa (en algunos países) para huérfanos de guerra, pupilos de la nación y para los hijos de los deportados.

En Francia por ejemplo, según se refieren los autores Mazeaud (65), varias leyes codificadas han definido la calidad de pupilo de la nación y así se establece en el artículo del Decreto de 24 de abril de 1951, que Francia adopta a los huérfanos, cuando uno de los progenitores ha sido muerto por el enemigo o haya muerto como resultado de heridas graves de guerra, y a los niños que hayan sido personalmente víctimas de la guerra.

La adopción por la nación, se pide al tribunal civil por el padre, el representante legal autorizado por el Consejo de Familia o por el fiscal de la república. Los menores adoptados por la nación, tienen derecho hasta su mayoría de edad a la protección, al sostenimiento material y moral del Estado para su educación.

La nación asegura (si los recursos de la familia son insuficientes), la carga parcial o total de su mantenimiento para los menores. El aseguramiento también consiste en la entrega de subsidios y además una reglamentación forzada de la tutela. Las oficinas departamentales de los ex-combatientes víctimas de

(65).—Opus cit. Pág. 277.

la guerra, están encargadas de dar a los pupilos la protección y el sostenimiento del Estado. Velan por la organización y funcionamiento de las tutelas de los pupilos de la nación.

En México, a las exigencias de la explosión demográfica y la influencia de fenómeno sociológico, han motivado que el Estado despliegue una importante actividad para la protección de menores e incapaces, principalmente de la niñez, y así existen instituciones de carácter privado e instituciones de carácter oficial, que van desde el establecimiento de Casas de Cuna, Centros de Prevención y Readaptación Social Centros de Asistencia Social para Menores, Casa Hogar para Niñas, Hospitales Infantiles, Albergues para Huérfanos, Centros de Rehabilitación Infantil, etc. Y en virtud de la necesaria estructuración y ampliación de la protección al menor, se crearon: El Instituto Nacional de Protección a la Infancia, hoy Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia (IMPI), La Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez (IMAN), La Procuraduría de la Defensa del Menor, (dependiente del IMPI) y para la protección con respecto a la delincuencia juvenil se transformó el Tribunal para Menores en Consejo Tutelar para Menores Infractores. Por cuanto hace a órganos jurisdiccionales, en el Distrito Federal, se crearon los Juzgados de lo Familiar para las controversias del orden familiar, en quo se comprende todo lo relativo a controversias y protección de menores e incapacitados.

A continuación se hace referencia a las funciones de las principales instituciones, antes señaladas.

INSTITUTO MEXICANO PARA LA INFANCIA Y LA FAMILIA.—Por Decreto publicado en el Diario Oficial de primero de febrero de mil novecientos sesenta y uno, se creó el Instituto Nacional de Protección a la Infancia. En el considerando del mismo, se precisó que era propósito fundamental del Estado Mexicano, responder al imperativo de carácter moral y social de proteger a la niñez por todos los medios a su alcance, ya que el Gobierno Federal, con anterioridad había venido atendiendo a dicho problema, por medio de la distribución de desayunos preparados conforme a dietas adecuadas, entre los niños de edad escolar expresamente a los de familia de escasos recursos a fin de comple-

tar su alimentación; así conforme a los artículos que contiene el mencionado Decreto, el objetivo del mismo es el de suministrar a los alumnos de las escuelas primarias y preprimarias del Distrito Federal y de la República Mexicana, cuya situación económica lo amerite, servicios asistenciales complementarios, en especial mediante la distribución de desayunos, atendiendo tales servicios de las Entidades Federativas, en los términos de los convenios de cooperación, que al efecto se celebren con los gobiernos locales.

En el Diario Oficial de 30 de octubre de 1974, se dio a conocer el llamado "Decreto Echeverría de Protección a la Infancia", expresándose en el considerando del mismo, que la niñez constituye el elemento primario más sensible de nuestra organización social y el renuevo natural de su continuidad histórica; que la responsabilidad de cuidar por el bienestar de la infancia en un país de gran dinamismo demográfico, en el que muchas de las familias no disponen de lo necesario para vivir, es deber fundamental del Estado y también de todo mexicano, acercarse a la niñez, fortalecer el núcleo familiar, extender los sistemas de protección y cuidar, por todos los medios, el acceso de la niñez al desarrollo nacional; que en la política social del Estado Mexicano, destaca el objetivo fundamental de proteger a la niñez por todos los medios a su alcance y que en todas las condiciones presentes del país, se hace necesario el otorgar mayores y mejores servicios asistenciales, reestructurando para ello a su vez el Instituto Nacional de Protección a la Infancia, ampliando sus objetivos y atribuciones, a efecto de establecer una nueva orientación hacia los fines sociales de protección al menor. Entre los puntos más sobresalientes de este nuevo Decreto se señalan:

1.—Impartir educación extraescolar y preescolar descentralizadas para la formación mental, moral, social y estética de la infancia y la familia.

2.—La difusión educativa, cívica y técnica en las áreas sociales que le son propias, para beneficio de la infancia y la familia.

3.—Planear, apoyar y fomentar la nutrición de los lactantes, madres gestantes y en general de la infancia a través del suministro idóneo de desayunos infantiles, alimentos complementarios y raciones alimenticias.

4.—La prestación de servicios complementarios en materia de rehabilitación físicointegral de la niñez, incluyendo la orientación psicológica en sus diversas modalidades, etc.

En este Decreto el Estado dedica mayor atención al bienestar de la infancia en el país que por la explosión demográfica que se ha acrecentado, un gran número de familias no disponen de lo necesario para atender a la niñez en la asistencia, protección y educación, y es por ello que el programa que comprende dicha actividad se funda en el desarrollo de la comunidad, el cual se ha considerado como un medio para buscar el bienestar social de la niñez y de la familia, y es así como en este programa lo más importante es el ser humano.

Por reformas al anterior Decreto, de treinta de diciembre de 1975, publicadas en el Diario Oficial, entró en vigor el 2 de enero del presente año, el Decreto por el cual el Instituto Nacional de Protección a la Infancia se transformó en Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia (Institución de Bienestar Social para la Niñez, las Familias y las Comunidades), lo cual implica una actualización y ampliación del anterior instituto de bienestar social, acorde a las necesidades asistenciales del amplio sector del país y se adecúa más a los propios programas que antes se sostenían.

La función del Instituto Nacional de Protección a la Infancia en sus primeras etapas de labor, se consideraba como de lo mejor en asistencia infantil en Hispanoamérica, ya que aún en la actualidad no se han podido establecer instituciones y programas sociales de ese tipo en los países latinoamericanos, sin embargo, los programas de actividad que se han puesto en marcha complementa el aspecto educativo, así como el integrador de la familia.

Se ha tenido en cuenta la situación imperante en nuestro pueblo de mucho tiempo atrás, habituado a cierto paternalismo gubernamental que le facilitaba la solución a sus problemas y responsabilidades, mal interpretando dicho tipo de asistencia y así se consideraba que con los desayunos escolares, los niños tenían suficiente alimentación, considerando las condiciones de pobreza y hasta de miseria

en la que muchas familias se desarrollaban. La misma labor educativa se observó difícil, dado ese lamentable paternalismo popular, al considerar muchos padres de familia que sus deberes hacia sus hijos están cumplimentados al asegurar su inscripción en una escuela. Y durante los últimos años, el Instituto Nacional de Protección a la Infancia venía dando cada vez más importancia a las familias de los niños que de una o de otra manera resultaban beneficiados por el Instituto, sabiendo que sin contar con la colaboración de la pequeña comunidad natural, toda ayuda al menor podía ser nulificada o disminuida.

Para superar a la niñez mexicana se consideró necesario unificar, afianzar y responsabilizar a las familias, en el elevamiento material y espiritual de sus hijos, y no deponer en un "estado providencial" los graves deberes que la paternidad implica. Tal propósito y finalidad hizo que el Instituto Nacional de Protección a la Infancia, ampliara sus actividades y alcances, procediendo así a la transformación, quedando como Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia (IMPI), suprimiéndose así el término de "Protección", que tiene menos aceptación y no es una función adecuada para llegar al objetivo deseado. Entre las funciones de esta nueva institución se cuentan:

I.—Fungir como organismo técnico de consulta del poder público y de los particulares cuando así lo soliciten, en materia de familia y de la infancia;

II.—Promover la difusión educativa, cultural, cívica y técnica, para beneficio de la infancia y de la familia por los medios que el Instituto considere más eficaces y convenientes.

III.—Planear y organizar sistemas recreativos para la niñez, que se articulen con la cultura, las necesidades objetivas nacionales y la comunicación en sus diversas modalidades.

IV.—Realizar en coordinación con las autoridades competentes, la formulación y ejecución de los programas de desarrollo de la comunidad que el Instituto considere idóneos para transformar el ámbito social en que participan el niño y la familia, a efecto de contribuir plenamente a su mejor formación y a su incorporación integral al desarrollo nacional;

V.—Prestar complementaria, organizada y permanentemente, los servicios de asistencia jurídica a los menores, para la atención de los asuntos que el Instituto juzgue necesaria y compatible con sus fines; entre otros medios, a través de una Procuraduría de la Defensa del Menor, para cuya organización y funcionamiento se estará a lo previsto por las disposiciones administrativas internas del Instituto.

VI.—Promover la realización, regularización y la inscripción en su caso, de los actos o hechos inherentes al Registro Civil, de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables, especialmente cuando se trate de nacimientos y matrimonios.

Dentro del programa que desarrolló el anterior Instituto Nacional de Protección a la Infancia, se creó la Procuraduría de la Defensa del Menor.

Como resultado de la Primera Reunión Nacional sobre el Programa de Protección a la infancia, celebrada en el Auditorio del Instituto Nacional de Protección a la Infancia, nació la Procuraduría de la Defensa del Menor, a la que se le asignó tres objetivos fundamentales: 1o. Divulgación; 2o. Orientación y Asesoría y 3o. Representación.

Su asesoría se considera necesaria cuando se comparece a juicio sin apoderado, esto es, cuando una serie de actos determinados de carácter específicamente técnico se realiza o se coadyuva a la realización de un proceso civil concretamente. Entonces es posible que se concorra con carácter de asesor a juicio y se resuelva en esta forma la ausencia de conocimientos de carácter técnico legal de parte de los representates de los menores.

La representación nace de la necesaria limitación que para actuar jurídicamente hablando, tienen los menores. La existencia de la capacidad de goce y de la capacidad de ejercicio que tiene una persona, en el menor tiene limitada la segunda, o sea que puede gozar de derechos pero no ejercitarlos, esto es, que no puede comparecer a juicio, tendrán que hacerlo por necesidad sus representantes. Es a sus representantes, a los que la Procuraduría del Menor se

dirige fundamentalmente, para asesorarlos en su función, y a la vez, cuando sea necesario realizará la labor en la representación legal.

Por lo que respecta a Autoridades Locales, dentro de la actividad que despliega la administración pública con relación a menores e incapacitados, el Departamento del Distrito Federal, a través de la Dirección de Trabajo y Previsión Social ha establecido Centros de Protección para Menores Indigentes, y que son los llamados Albergues. Dichos albergues se encuentran bajo el control de un Jefe o Director; la educación a estos menores se integra por personal especializado: psicólogos, médicos, maestros y trabajadores sociales.

INSTITUCION MEXICANA DE ASISTENCIA A LA NIÑEZ.—Por Decreto publicado en el mes de agosto de 1968, se creó la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez (IMAN), cuyo objeto principal es el de atender al menor abandonado o enfermo, con base en normas y sistemas que permitan su cabal formación y oportuna incorporación a la sociedad.

Para cumplir los fines de la institución, se han previsto tres unidades de servicio: Una Casa Cuna, Una Casa Hogar para Niñas y un Hospital Infantil.

La Casa Cuna tiene capacidad para alojar a doscientos veinticuatro niños y cuenta con servicios médicos y nutricionales, acción social y jurídica. Atiende a niños desde su nacimiento hasta la edad de cuatro años.

La Casa Hogar para Niñas, ha sido concebida como una institución abierta, donde las menores establecen contacto con la comunidad, asistiendo a escuelas ubicadas fuera de la Casa, atiende a niñas de cinco a dieciocho años. Alberga a setecientos noventa y dos niñas, cuenta con instalaciones para actividades técnicas, cívicas, etc. Cuenta esta institución con un personal especializado como son: médicos, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, etc.

En ella se trata de brindar a las pequeñas una estancia feliz, para lograr de cada menor albergada, una adulta útil así misma y un miembro activo dentro de la sociedad, para que ésta a su vez se refleje en la futura familia que tendrá.

El Hospital Infantil se proyectó para dar atención diaria a unos ochocientos niños aproximadamente, entre consulta externa, hospitalización, además de la investigación.

LEY QUE CREA EL CONSEJO TUTELAR PARA MENORES INFRACTORES EN EL DISTRITO FEDERAL.—Actualizando las medidas legales anteriores, sancionadoras de los menores delincuentes, por Decreto de veintitrés de diciembre de mil novecientos setenta y tres, se creó el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal, el cual funcionó desde el año de mil novecientos cuarenta y uno, con el nombre de Tribunal para Menores, que daba tratamiento legal a jóvenes delincuentes.

El análisis del movimiento social actual y con ello procurando reivindicar el reconocimiento de lo que la juventud representa en el futuro, y por la crisis de valores que se ha dejado sentir, se ha señalado y con base precisamente en la voluntad de servicio, protección y cariño a los niños y jóvenes, se dio paso al Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal. Y la creación de este organismo se funda en la idea de que el delincuente común debe ser readaptado, y por lo tanto, tratándose de los menores de edad, la readaptación es de suma importancia para la sociedad.

Concretamente el Consejo Tutelar para Menores, tiene por objeto promover la readaptación social de los menores de dieciocho años en los casos en que infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y observen otra forma de conducta peligrosa o artificial, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas de protección y la vigilancia de los tratamientos que sea necesario aplicar.

El Consejo, está integrado por un Presidente, Consejeros y Promotores. Los Consejeros serán los integrantes de las Salas, que serán un licenciado en derecho, que la presidirá; un médico y un profesor especialista en infractores; el Consejo contará con el número de Salas que se determine en el presupuesto respectivo. La instrucción del procedimiento se encomienda a los Consejeros; la vigilancia del procedimiento y el enlace con los familiares del menor que

ha sido internado, corresponde a los Promotores. Artículos 1o., 2o. y 4o. de la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal.

Cometida una infracción por el menor o revelada una conducta antisocial, la autoridad que conozca lo pondrá a disposición del Consejo, para que éste a más tardar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al recibo del menor, resuelva si se queda en libertad incondicional, si se entrega a quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, o a quienes a falta de aquellos, o tengan bajo su guarda, quedando sujeto al Consejo Tutelar para la continuación del procedimiento, o bien si debe ser internado en el Centro de Observación.

En el caso de que continúe internado en el Centro de Observación o bien en libertad pero sujeto al procedimiento; dicha fase tendrá una duración que no exceda de cuarenta y cinco días, después de los cuales se resolverá sobre la situación jurídica del menor, y a su vez a la institución si es que requiere tratamiento. En los Centros de Observación se alojarán a los menores bajo sistema de clasificación, atendiendo a su edad, sexo, condiciones de personalidad, estado de salud y demás circunstancias pertinentes. Siempre se practicarán estudios médico, psicológico, pedagógico y social, sin perjuicio de los demás que solicite el órgano competente.

La ejecución de las medidas impuestas por el Consejo Tutelar corresponde a la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. Los funcionarios y empleados del Consejo y de los Centros de Observación forman parte de personal de la Secretaría de Gobernación.

En las nuevas concepciones del Derecho Familiar, no corresponde ya designar a los menores que infringen disposiciones penales como delincuentes, porque tal designación resulta inapropiada; el menor es un infractor no un delincuente. Su derecho a ser atendido en instituciones adecuadas, proviene también del derecho de protección a la infancia y juventud, que se integra igualmente dentro del rubro genérico del Derecho Social, entendiéndose éste como tutelar y proteccionista de la sociedad, por ello se considera justificado la promulgación de la Ley que Crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores

en el Distrito Federal, y que la misma, estructura todo lo concerniente al tratamiento y readaptación de los menores delincuentes, de acuerdo con los procedimientos adaptados a la nueva concepción proteccionista, como ya se dijo, de la niñez y la juventud con la verdadera voluntad del Estado para lograr el bienestar social.

Como la creación de instituciones públicas para la protección del menor y con la regulación legal relativa a la prevención de la delincuencia juvenil a que antes nos hemos referido, el Estado armoniza una actuación integral en atención a esa área de necesidad social importante para el presente y para el futuro.

IMPLANTACION EN MEXICO DE NUEVAS MEDIDAS LEGALES PARA LA PROTECCION DEL MENOR Y LA FAMILIA.—Como medidas legales implantadas en México, para la protección del menor y la familia, encontramos las siguientes:

En las medidas generales de protección a la niñez, dentro de sector laboral, teniendo en cuenta que un gran número de menores por las condiciones de penuria en que viven (un gran sector de familias que se encuentran en situaciones de miseria) y que laboran en negociaciones diversas. Se ha buscado la manera de que ya no sean objeto de explotación por parte de los patrones, por tanto, la Dirección General de Trabajo y Previsión Social del Distrito Federal ha ordenado que todos los giros comerciales sean inspeccionados y sancionados por no cumplir con la Ley Laboral en lo que respecta al trabajo de menores. La inspección consiste en las visitas frecuentes a tiendas, tortillerías, talleres mecánicos, tiendas de autoservicio, supermercados, y otros giros comerciales que utilizan servicios de menores, para cerciorarse de que la Ley Federal del Trabajo se respete.

En los casos correspondientes, el inspector exhortará al patrón para que regularice la situación del menor, obligándolo además a llevar un registro o expedientes con el acta de nacimiento del menor, la clase de labor que desempeña, horario, salario y demás condiciones de trabajo.

Además se le indicará la necesidad de que el menor cuente con el tiempo suficiente para que pueda continuar con sus estudios, y en el caso de que el patrón no acceda a cumplir con estas disposiciones, se le señalará un plazo perentorio para que substituya al menor por una persona adulta.

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro, se reformó la fracción XII del artículo 5o. de la Ley Federal de Trabajo. En la misma Ley se encuentra reglamentado el trabajo para Menores, en el Título Quinto Bis, que comprende desde el artículo 173 al 180.

En las reformas señaladas encontramos que los menores son objeto de protección, sancionando a los patrones que no cumplan con los preceptos antes indicados.

Dentro de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, el artículo 58 fue reformado, por Decreto publicado en el Diario Oficial, en el año de mil novecientos setenta y tres, creándose los Jueces de lo Familiar substituyendo a los antiguos Juzgados Pupilares.

Respecto al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se reformaron los artículos 207, 213, 675, 904 y 939 así como el nombre y el rubro del Capítulo III de Título Quinto según Decreto publicado en el Diario Oficial con fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro.

En el Código Civil para el Distrito Federal, se reformaron los artículos 165, seguridad y la preservación de los menores dentro de un régimen familiar, bajo la decisión del Juez de lo Familiar.

En el Código Civil para el Distrito Federal, se reformaron los artículos 165, 259, 284, 287, 423 y 569, por Decreto publicado en el Diario Oficial de treinta y uno de diciembre de mil novecientos setenta y cuatro. Con fecha treinta de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, según publicación en el Diario Oficial, se reformaron los artículos 58 y 389 en sus fracciones I y II.

En estas reformas se determina la protección de los menores dentro del régimen familiar, a efecto de su cuidado y protección, mediante la decisión del juez para que sea más benéfica para dichos menores.

Dentro de las Campañas de Integración Familiar, llevadas a cabo por el Gobierno, denominada "La Familia Mexicana", y que tiene por objeto regularizar el estado civil de las personas de escasos recursos y sobre todo velar porque los menores se encuentren dentro de un régimen familiar estable, y por los altos fines que persigue, se han dictado Acuerdos, como el siguiente, publicado en la gaceta Oficial del Departamento del Distrito Federal, de fecha quince de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, el cual por el interés que representa me permito transcribir: "Exención de Derechos para Todos los Actos del Registro Civil que tienden a Integrar a las Familias. Los matrimonios, registros de nacimientos y, reconocimiento de hijos, aún cuando se efectúen fuera de los recintos oficiales, así como la expedición de copias de las actas correspondientes, actos todos que se lleven a cabo dentro de esa Campaña, quedarán exentos de pago de los derechos que establece el artículo 690 de la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal".

Las reformas, adiciones y acuerdos últimos, en general contienen aspectos encaminados a la mejor vigilancia y protección de los menores dentro del ámbito familiar.

Los instrumentos jurídicos, como los Decretos que transformaron el Instituto Nacional de Protección a la Infancia en Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia (Institución de Bienestar Social para la Niñez, las Familias y las Comunidades), El Tribunal para Menores en Consejo Tutelar para Menores Infractores en el Distrito Federal, así como las reformas a la Ley Federal del Trabajo, el Código de Procedimientos Civiles, el Código Civil y demás disposiciones proteccionistas de los menores, formar parte del Derecho Familiar, que van siendo ya objeto en la Doctrina Mexicana como una rama del derecho general, tomando en cuenta que el Derecho de Familia, a su vez forma parte del Derecho Social que lo integran las otras ramas especiales (Derecho Laboral, Derecho Agrario, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Económico).

A través del desarrollo del presente trabajo se ha llegado a establecer, como lo señalé en la introducción, que la sociedad actual organizada ha sido la transformación del desarrollo de los grupos a través de la civilización, y que se ha determinado por la influencia sociológica, política y jurídica, y ha sido necesario para ello el atender siempre a la estructura de la familia, que es la célula de la sociedad, por lo que el Estado, dentro de su función pública sin desconocer las relaciones privadas, interviene en todos los aspectos de la tutela de menores e incapacitados, y busca formas adecuadas a la seguridad, a la justicia y bien común, y por ello ha procurado su atención a la niñez y a la juventud. Y como la niñez constituye el elemento primordial más sensible de nuestra organización social y el renuevo natural de su continuidad histórica, que es su ideal, es por ello que considera un deber fundamental extender los sistemas de protección y cuidar por todos los medios el acceso de los niños al desarrollo nacional.

BIBLIOGRAFIA

- BONNECASE, Julien, Elementos de Derecho Civil.— Tomo I.— Editorial M. Cajica México. 1945.**
- BUSSO, Eduardo.— Código Civil Anotado.— Tomo II.— Buenos Aires, Argentina. 1945.**
- BRUGI, Biagio.—Instituciones de Derecho Civil.— Traducción de Jaime Simón.— Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana UTHEA. 1968.**
- COLIN y Capitant.— Curso Elemental de Derecho Civil.**
- DEMOLOMBE, Ch.— Cour de Code de Napoleon, París Francia.— 1875.**
- ESCRICHE, Joaquín.— Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.— Madrid 1851.**
- FASSI, Santiago Carlos.— Estudios de Derecho de la Familia.— Editorial Platen-se, Argentina 1962.**
- FUEYO Laneri, Fernando.— Derecho Civil.— Tomo VI, Derecho de la Familia.— Volumen III.— Lito Universo. S. A., Valparaíso Santiago de Chile 1969.**
- GALINDO Garffías, Ignacio.—Derecho Civil.— Personas y Familia. Editorial Porrúa, S. A.— México 1973.**
- GOLDSTEIN, Mateo y Manuel Ossorio y Florit.— Código Civil y Leyes Complementarias (Anotado y Comentado).—Tomo II Buenos Aires. Argentina. 1962.**
- KIPP, Theodor y Martin Wolff.—Derecho de Familia.— Tomo IV.—Traducción de Blas Pérez González y José Castán Tobeñas.— Casa Editorial Bosch.— Barcelona 1952.**
- LAFAILLE, Héctor.—Curso de Derecho Civil.— Buenos Aires, Argentina 1930.**

C O N C L U S I O N E S

- I.—De las distintas definiciones de tutela que han dado los tratadistas de Derecho Civil, se advierte que incluyen como aspectos fundamentales de la institución, los siguientes: que la tutela tiene lugar con respecto a personas menores de edad que no están sujetas a la patria potestad o incapacitados en estado de interdicción; que la tutela es una función encomendada a una persona llamada tutor; que tal función consiste en el cuidado, protección, guarda y representación legal.
- II.—En mi concepto, la tutela es un cargo que la ley otorga a una persona capaz para el cuidado, administración y representación legal de los menores de edad no sujetos a la patria potestad o a los incapacitados en estado de interdicción
- III.—La tutela en el Derecho Romano Antiguo, era una institución de derecho público y después privada; pública porque se estableció como institución noble, dedicada por entero a beneficiar al pupilo considerándose para ello la necesaria intromisión del magistrado en la tutela; como institución privada, fue considerada atendiendo a los intereses de la organización familiar.
- IV.—En la mayoría de las legislaciones al reglamentarse la tutela, se distinguen tres clases de tal institución: la testamentaria, que es la que se otorga por testamento; la legítima que es la que confiere la ley a falta de la testamentaria, y la dativa que es conferida por el juez, delegándose en algunas legislaciones a organismos administrativos tal facultad.
- V.—La patria potestad, la tutela y la curatela, coinciden en que las tres instituciones tienen como fin la protección y cuidado de incapaces; se distinguen en que la primera la ejercen los padres con respecto a sus hijos, habiendo obligaciones y derechos recíprocos; la segunda, por lo general se da a los menores de edad no sujetos a la patria potestad y a los incapacitados en estado de interdicción, y la tercera se establece para la vigilancia y cumplimiento del cargo de tutor en beneficio de los me-

nores o incapacitados sujetos a dicha tutela.

VI.—La tutela desde el punto de vista legal se considera como un cargo de derecho privado, por encontrarse regulada generalmente en los Códigos Civiles, que reglamentan las relaciones jurídicas privadas, considerándose su estrecha relación con la organización familiar.

VII.—De acuerdo con el avance y progreso del derecho y la estructura del Estado Moderno, la tutela como cargo o función en principio, se transforma en función pública porque participa del interés del Estado, ya que sus miembros, que integran células familiares, constituyen su substancia .

VIII.—La realización de la función de la tutela en el ámbito de la tarea del Estado, se lleva a cabo a través de las instituciones públicas creadas al efecto u organismos oficiales, o de carácter privado con autorización estatal.

IX.—La niñez constituye el elemento primordial más sensible de nuestra organización social y el renuevo natural de su continuidad histórica por ello es un deber fundamental del Estado, extender los sistemas de protección y cuidar por todos los medios el acceso de los niños al desarrollo nacional.

X.—Los instrumentos jurídicos encaminados a la protección, guarda y asistencia del menor, así como la integración de la familia, son el apoyo legítimo del Estado en el desarrollo de esta función pública, por lo que el alcance y contenido de tales instrumentos jurídicos, forman parte del Derecho Familiar, con lo que, la problemática del menor queda encuadrada.

- MACHADO, José Olegario.**— Derecho Civil Latinoamericano, Exposición y Comentarios del Código Civil Argentino.— Tomo I.— Buenos Aires, Argentina 1938.
- MARTINEZ H., Víctor.**— La tutela en el Derecho Civil Argentino Buenos Aires, Argentina 1959.
- MAZEAUD, Henri Leon y Jean.**—Lecciones de Derecho Civil.— Tomo IV.— Traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo.— Ediciones Jurídicas Europa América.—Buenos Aires, Argentina 1959.
- PETIT, Eugene.**— Tratado Elemental de Derecho Romano.— Editorial Saturnino Calleja.— Madrid 1924.
- PINA Vara, Rafael de.**— Derecho Civil Mexicano.— Volumen I.— Séptima Edición.— Editorial Porrúa, S. A. México 1975.
- PLANIOL, Marcel y George Ripert.**— Tratado Práctico del Derecho Civil Francés.— Traducción de Mario Díaz Cruz.— Tomo I.— Editor Buxó.— La Habana, Cuba 1927.
- RECASEN Siches, Luis.**— Tratado General de Sociología.— Cuarta Edición.— Editorial Porrúa, S. A.— México 1961.
- RIPERT, George y Boulanger Jean.**— Tratado de Derecho Civil según Planiol.— Tomo III.— Segunda Parte.— Buenos Aires, Argentina 1963.
- RODRIGUEZ Arias B. L. P.**— La Tutela.— Editorial Bosch.— Madrid. 1947.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael.**—Derecho Civil Mexicano.— Tomo I.— Introducción y Personas.— Cárdenas Editor.— México 1969.
- TOULLIER et Duvergier.**— El Derecho Civil Francés.— Volumen I.— Sexta Edición.— Editorial Bosch.— Madrid 1969.

VALENCIA Zoa, Arturo.— Derecho de Familia.— Tomo V.— Tercera.— Edición.— Editorial Termis.— Bogotá, Colombia 1970.

VENTURA Silva, Sabino.— Derecho Civil Romano.— Imprenta Azteca. México 1962.

ZACHARIAS von Ligenthal Karlo Salomo.— El Derecho Civil Francés Primera Parte.— París Francia 1864.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.

MEMORIA de la Tercera Reunión Nacional de Programas de Protección a la Infancia.— Editado por el anterior Instituto Nacional de Protección a la Infancia, hoy Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia.—México 1975.

COMPILACION de Legislación sobre Menores.— Editado por el anterior Instituto Nacional de Protección a la Infancia, hoy Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia. México 1975.

OMEBA, Enciclopedia Jurídica.— Tomos XXIV y XXVI.—Bibliográfica Omeba.— Buenos Aires Argentina.— 1958.

REVISTA de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.— Tomo IX.— Madrid, España 1947.

EL GOBIERNO MEXICANO.—Revista editada por la Presidencia de la República. Diciembre de 1970 y agosto de 1974.

CONGRESO Nacional (I), sobre el Régimen del Menor.— Reforma Constitucional 1973.

COMPILACION Alfabética del Semanario Judicial de la Federación. Tesis y Jurisprudencia.— Séptima Epoca Cuarta Parte, Tercera Sala.— Ocampo Editor.— México 1975.

CODIGO CIVIL para el Distrito Federal, Editorial Porrúa.— 1975.

CODIGO CIVIL para el Estado de Hidalgo.— 1975.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES para el Distrito Federal. 1975.

DIARIOS OFICIALES de la Federación.— de 31 de diciembre de 1974 y de 30 de diciembre de 1975.

GACETA OFICIAL del Departamento del Distrito Federal.— de 15 de septiembre de 1974.

LEY GENERAL de Población.— Editorial Porrúa.— 1975.

LEY FEDERAL del Trabajo.— Editorial Porrúa.— 1975.