

CAPÍTULO PRIMERO

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA INTERVENCIÓN
DEL PODER PÚBLICO EN LA TUTELA DE MENORES

I. Introducción	17
II. La tutela como potestad familiar	18
1. Principios comunes	18
2. Roma	18
3. Pueblos germánicos	20
III. Intervención de la autoridad pública	22
1. Roma	22
A. Disignación del tutor	22
B. <i>Actio familiae erciscundae</i>	23
C. Acciones contra el tutor	23
D. Tutela dativa	24
E. Vigilancia sobre el tutor	25
F. Época clásica con la creciente intervención de la autoridad pública	25
G. Período posclásico y la declaración de la tutela imperial e influencia de los principios cristianos	26
H. Conclusión del desarrollo de la tutela en Roma .	28
2. Pueblos germánicos. La alta tutela del Rey	29
IV. Privatización del control sobre las tutelas	30
1. España. Época visigoda. Brevario de Alarico y el <i>Liber Iudiciorum</i>	30
2. Edad Media. Fueros y derecho comarcal	31
V. Retorno a la intervención pública	33
1. Partidas	34
2. Padre de los Huerfanos	35
VI. El consejo de familia y su influencia	35
VII. Desarrollo de la tutela en México	36

CAPÍTULO PRIMERO

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA INTERVENCIÓN DEL PODER PÚBLICO EN LA TUTELA DE MENORES

I. INTRODUCCIÓN

La protección de los menores ha despertado siempre el interés del grupo social al cual pertenece. Desde el grupo primario, la familia, hasta la entidad social superior, el Estado, ha desarrollado mecanismos destinados a proveer la protección y representación de los menores.

En los distintos momentos históricos se han planteado diversas soluciones ante el mismo hecho; sin embargo, éstas se reducen a dos, según el principio en que se basen: la intervención de la familia o el control por parte de la autoridad pública. No existen sistemas tutelares derivados de un solo principio, sino en épocas muy primitivas. La intervención de la familia y del Estado se conjugan, pretendiendo con ello un equilibrio entre los aspectos públicos y privados de la protección de menores.

En este capítulo se intenta presentar un esquema del desarrollo histórico de la tutela desde su surgimiento como una potestad familiar hasta que, paulatinamente, se transforma en una institución regulada y controlada por el poder público. Comenzaré desde el Derecho Romano en sus distintas épocas, el de los pueblos germánicos y el desenvolvimiento de la institución en el Derecho histórico español, con especial referencia a los textos vigentes en la Nueva

España y la influencia que tuvieron posteriormente en la legislación mexicana, así como el desarrollo de la tutela en los códigos civiles del siglo pasado y en la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

II. LA TUTELA COMO POTESTAD FAMILIAR

1. *Principios comunes*

Es fácilmente observable cómo en los primeros estadios de las distintas civilizaciones, los institutos jurídicos presentan características semejantes. Esta afirmación se confirma con el estudio del desenvolvimiento histórico de los diversos institutos, cuya finalidad ha sido la protección de los menores, mujeres e incapaces.²

La fuerza del grupo familiar en la época primitiva, derivada de la estrecha unión de sus componentes, permite que, ante una situación de peligro de cualquiera de sus miembros, la colectividad familiar responda ofreciendo la ayuda necesaria. Ejemplo de esta respuesta es la actitud asumida por el grupo a la muerte de alguno de sus miembros que recoge, guarda y protege a las personas que dependían del difunto. Tomo al pueblo romano y al germánico por ser ejemplos que muestran cómo los institutos de protección a los menores que quedaban huérfanos fueron concebidos como potestades familiares.

2. *Roma*

Los institutos de protección de los menores que han quedado huérfanos surgen como potestades familiares para luego transformarse en instituciones que llegan, en el clásico y posclásico, a unificarse³ y a ser consideradas como deberes.

2 Roberti M., *J. Svolgimento Storico del Diritto Privato in Italia*; t. III, Quarta parte, *La Famiglia*, Padua, 1935, p. 355.

3 Torrent, A., *Manual de Derecho romano privado*, Zaragoza, 1987, p. 561.

Según los datos más antiguos de la civilización romana, la tutela es concebida como un instituto de protección, pero también como un medio para suplir la deficiente capacidad de obrar de una persona, menor o incapaz. Ambas cuestiones son asuntos estrictamente familiares que no trascienden del grupo.

Para precisar el sentido de esa afirmación, resulta conveniente recordar la estructura de la familia romana. El grupo familiar se integra con diferentes individuos organizados para alcanzar fines generales de carácter económico, político y religioso. Estos fines trascienden el interés de sus miembros en lo individual para convertirse en interés grupal. La comunidad familiar se funda en un vínculo de subordinación de sus miembros respecto a una potestad superior, el *pater*.⁴

El *pater* es el único miembro de la familia con plena capacidad jurídica y, por ello, representa a los demás miembros, tanto dentro como fuera de juicio. Forman parte de los deberes del *pater*, la protección de aquellos miembros del grupo que por su edad, condición física o sexo más lo necesitan. Al *pater*, como único *sui iuris*, le corresponde la titularidad y, por tanto, la administración de todos los bienes familiares que forman entonces una comunidad doméstica.

A la muerte del *pater*, resulta imprescindible la transmisión de la potestad con los deberes y facultades inherentes a la misma. El sucesor es un representante del *pater* desaparecido que continúa ejerciendo los poderes y deberes que correspondían a aquél, entre ellos, la protección de los menores, incapacitados y, en algunos casos, la de las mujeres, aunque esta tutela desaparece posteriormente. Los sucesores que representarán al *pater* son los mismos integrantes de la familia que, *ipso facto*, adquieren la capacidad jurídica y se convierten en el *pater* de su propia familia. El sucesor que asume el deber de proteger a los herederos sin capacidad para obrar, se convierte en el tutor de ellos.

⁴ Torrent, A. *Manual...*, *op. cit.*, p. 77.

En un principio se identifican heredero y tutor;⁵ siendo tutores los mismos miembros de la familia, administran los bienes que forman parte de la comunidad doméstica; a ellos mismos interesa cuidar y acrecentar ese patrimonio común. El poder del tutor sobre el pupilo y su patrimonio, es un poder fiduciario, una *vis ac potestas*. La violación de los deberes de un buen tutor son contemplados como la violación de un deber *sacro*,⁶ como un atentado a la *fides*, no con penas legales, puesto que no hay una sanción establecida por el poder público; las penas son únicamente de carácter religioso.

En esta etapa de desarrollo en Roma, la autoridad pública se mantiene al margen del ejercicio de la tutela. Estas consideraciones sobre la tutela primitiva en Roma permiten afirmar el carácter de potestad familiar de la tutela originaria.⁷ Como expresa Solazzi: “La tutela emerge como un poder, una función privada, un asunto de familia”⁸.

3. Pueblos germánicos

El desenvolvimiento de la tutela familiar en los pueblos germánicos no difiere, en principio, de la romana. En la época primitiva, la *sippe* es una asociación agraria y militar que adquiere con el tiempo influencia en la vida económica de la comunidad. La *sippe* —el grupo familiar— comprende a todos los hombres y mujeres engendrados por un padre troncal común. Según los principios de la agnación, forman parte de ella, con relación al varón, todos los hijos nacidos del matrimonio, y con relación a la mujer, también su descendencia ilegítima. Las personas libres pueden ingresar a la *sippe* sin ser parientes, mediante un acto jurídico denominado *otorgamiento de linaje*.

⁵ Kasser, *Derecho romano privado*, versión directa de la 5a. ed. alemana, Madrid, 1968, p. 286.

⁶ *Idem*.

⁷ Torrent, A., *Manual...*, *op. cit.*, p. 569.

⁸ Solazzi, *Studi sulla tutela*, Módena, 1925.

El señor de la casa ejerce la *munt* como potestad jurídica personal sobre todos aquellos que se encuentran vinculados con la comunidad doméstica. La mujer y los hijos se encuentran bajo la *munt*, pero contra los excesos que pudiera cometer el titular, pueden acudir a la *sippe* en busca de su protección.⁹

El titular de la *munt* cuida y protege a los miembros de su grupo y representa hacia el exterior a todos los sometidos a él; se hace cargo de los procesos en los que estén involucrados y responde de los delitos por ellos cometidos. A la muerte de un parente de familia, el deber de proteger a la viuda y los huérfanos incumbe a la *sippe* como grupo, pero la imposibilidad de que el grupo asuma directamente todos los cuidados que requieren los menores, origina que se designe a un miembro del grupo para que lo haga. El elegido debe gestionar, bajo su personal vigilancia y responsabilidad, los negocios del menor y realizar los actos necesarios que garanticen su bienestar personal.

Los derechos del guardador o tutor son iguales, aunque no semejantes, a los del parente. En principio, no se distingue claramente entre los poderes de uno y otro, ambos caen bajo la denominación de *mundium*. Las rentas sobrantes, una vez atendida la manutención del pupilo, quedan al tutor; a él pertenecen durante su actuación los bienes muebles del menor, pero, a cambio, responde de las deudas por él contraídas. Se respeta el principio: "El patrimonio del menor no debe disminuir ni aumentar".¹⁰ Al término de la tutela,¹¹ el guardador debe restituir íntegro el patrimonio que recibió y rendir una cuenta general de su actuación.

Aunque la tutela se reserva a un miembro particular de la *sippe*, el grupo continúa interviniendo en los asuntos considerados de importancia, tales como otorgar consentimiento para que el menor contraiga matrimonio o autorización para que se enajenen los bienes

⁹ Planitz, H., *Principios de Derecho privado germánico*; trad. de la 3a. ed., Barcelona, Ed. Melon Infante, 1957, p. 279.

¹⁰ Brunner von Schwerin, *Historia del derecho germánico*, según 8a. ed. alemana, Barcelona, 1936, p. 236.

¹¹ Se utiliza el término, aunque no corresponde a la acepción romana.

inmuebles del pupilo. La intervención de los parientes desempeña un importante papel en el desarrollo de la tutela germánica; ellos designan al tutor que se hace cargo del pupilo en forma directa, lo vigilan y deponen si, por los actos que realiza, resulta indigno. También asisten al último acto de la tutela, la rendición de cuentas.¹²

Se puede concluir que la protección de los menores en el derecho de los pueblos germánicos, como en la mayoría de los pueblos antiguos, es un asunto estrictamente familiar. El poder público no penetra en el cerco familiar para limitar el derecho de los parientes sobre el pupilo.¹³ El instituto de protección se desarrolla a partir de la familia, se desconoce la tutela testamentaria puesto que no existe la posibilidad de designar a un heredero, y la vigilancia de los tutores corresponde solamente al grupo familiar que, llegado el caso, puede deponer al tutor que merezca esta sanción.

III. INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD PÚBLICA

1. *Roma*

A. *Designación del tutor*

En el Derecho Romano surgió primero la tutela testamentaria, después la legítima, y posteriormente la dativa; la intervención de la autoridad en cada una de ellas fue diferente.

a. *Tutela testamentaria*

En el momento que se permite al *pater* la designación del heredero, se le reconoce el derecho para nombrar tutor a sus descendientes que fueran menores de edad a su muerte.¹⁴ La persona designada en el testamento inicia sus funciones como tutor desde el

12 Brunner von Schwerin, *Historia.... op. cit.*, p. 236.

13 Nani, C., *Storia del Diritto privato*, Milán, 1972, p. 234.

14 Digesto 26.2.1 con referencia a la Ley de las XII Tablas.

momento mismo en que aquél entra en vigor. No requiere confirmación por parte de la autoridad, ni aceptación por parte de la persona designada.¹⁵

b. Tutela legítima

Si bien se antepone la voluntad del *pater* en la designación del tutor, a falta de éste, ya sea porque no existe tutor o porque el designado no quiso o no pudo ejercer el cargo, son tutores de los menores los agnados en el orden de proximidad, y en su defecto, los gentiles. La ley establece el orden de llamamiento, por ello, esta tutela se denomina legítima. La tutela legítima no requiere de nombramiento *ex profeso*, se difiere *ipso iure*. El agnado al que le corresponde el ejercicio puede cederla a otro menos próximo, *in iure cessio tutelae*, pero en cambio, no puede rehusar el cargo en perjuicio del pupilo.

B. Actio familiae erciscundae

De trascendente importancia para el ejercicio de la tutela resultó la *actio familiae erciscundae*, introducida por la ley decenviral. Esta acción permitió la división de la comunidad doméstica y del patrimonio familiar en tantas cuotas como herederos hubiesen a la muerte del *pater*. Cuando el patrimonio se dividió, el tutor ya no administró una comunidad doméstica; el patrimonio del pupilo se encontró separado del suyo. Desde este momento estuvo obligado a administrar honestamente el patrimonio ajeno en interés del pupilo y no en el suyo propio; la potestad familiar se transformó en un deber cuyo incumplimiento le acarreó responsabilidades.

C. Acciones contra el tutor

En contra de la inadecuada administración del tutor, la Ley de las XII Tablas establece dos acciones ejercitables contra el tutor al

¹⁵ Schulz, *Derecho romano clásico*, trad. de la ed. inglesa, Barcelona, 1960, p. 158.

final de la tutela. A través de la *actio rationibus distrahendi*, el pupilo puede solicitar al tutor legítimo la rendición de cuentas, y si el tutor ha utilizado los bienes pupilares en su provecho, deberá pagar los perjuicios *in duplum*. A través de la *crimen suspecti tutoris*, se acusa al tutor testamentario sospechoso de realizar fraude en la gestión de la tutela. Si los hechos son probados, el tutor es eliminado, y la acción implica infamia.

Se ha insistido doctrinalmente en que esta primera tutela protege más los intereses familiares y los del tutor, que los del pupilo. Solazzi¹⁶ considera excesiva esta afirmación, por lo menos, respecto al derecho decenviral. Las acciones *suspecti tutoris* y *rationibus distrahendi* contra las distintas clases de tutor, demuestran lo contrario. La obligación para el tutor de rendir cuentas, la intervención de oficio de la autoridad son una muestra de la preocupación pública por proteger los intereses de los pupilos, aun en contra de los intereses del tutor.

D. *Tutela dativa*

La intervención de la autoridad en la designación de tutor tiene su origen en la Ley Atilia, situada alrededor del año 186 a. C. Las leyes Iulia y Tita la regularon posteriormente. Estos textos determinaron la competencia de los pretores de la ciudad¹⁷ para nombrar tutores.

Cuando faltaba el tutor testamentario y no había posibilidad de nombrar uno legítimo, la autoridad podía designarlo. Con conocimiento de causa, el magistrado nombra al tutor mediante una orden especial, con la expresión *tutorem do*. Antes de extender el nombramiento, el magistrado debe escuchar la opinión de los tribunos de la plebe.

Sobre el tutor oficialmente llamado recaen más preocupaciones y responsabilidades que sobre otra clase de tutores. En opinión de Kas-

16 Solazzi, *op. cit.*, p. 10.

17 Desde Claudio (10 a.C.-54 d.C.) corresponde también al cónsul la facultad de nombrar tutor, y Marco Aurelio (121-180) coloca un pretor especial, *praetor tutelarius*.

ser, sin embargo, esta tutela no es *munus publica*, sino, por el contrario, privada y personal.¹⁸ En el mismo sentido, Torrent afirma que es esencia de la tutela dativa considerar el cargo como un honor, un cargo de confianza privado y personal.¹⁹ Una vez nombrado el tutor dativo, no puede renunciar ni ceder su cargo. Esto hace pensar a Solazzi que la Ley Atilia, al establecer la tutela dativa, ha creado una nueva especie de tutela con la que se desenvuelve el concepto de *munus publica* y de *onus*.²⁰

E. Vigilancia sobre el tutor

También la Ley Atilia otorga al magistrado una mayor intervención en la vigilancia sobre la actuación del tutor dativo. Fue deber del magistrado fiscalizar la actuación del tutor dativo cuando recibía quejas de su conducta. Probablemente él mismo vigiló la actuación del tutor testamentario y del legítimo.

Para controlar los actos de los tutores, el pretor urbano y el que preside la provincia, en ejercicio de su *imperium*, tienen el poder y las medidas para ejercitar sobre el tutor la presión oportuna.²¹

F. Época clásica con la creciente intervención de la autoridad pública

En el último siglo a. C., la visión estrictamente familiar de la tutela es sustituida por una intervención creciente de la autoridad pública en el control del régimen tutelar.

Se perfeccionó el sistema de responsabilidades del tutor con la *actio tutelae*, acción de buena fe con carácter infamante, otorgada al pupilo contra el tutor. Si la *accusatio suspecti tutoris* reprime

¹⁸ Kasser, 23, *Das römische Privatrecht (erster Abschnitt) das altro Mische das vor klassische und das klassische Recht*, München, 1971, C. H. Verlag, pp. 356-359.

¹⁹ Torrent, *Manual...*, *op. cit.*, p. 566.

²⁰ Solazzi, *op. cit.*, p. 25.

²¹ Solazzi, *op. cit.*, p. 22.

el fraude y la *actio rationibus distrahendi*, las cuentas malversadas, la *actio tutelae*, en cambio, sanciona la obligación positiva del tutor de administrar correctamente el patrimonio familiar.

La intervención de la autoridad aumenta y con ello, su responsabilidad. Es posible ejercitar acciones contra el magistrado si al término de la gestión, el tutor no fuera solvente para responder por una mala gestión. Las facultades del tutor como gestor de los bienes pupilares tienden a ser reducidas, y se le exige autorización para realizar enajenaciones de cierta importancia.²²

Cuando las condiciones morales de Roma decaen, la tutela pierde el brillo y el lustre de la época republicana; deja de ser una *potestas* de carácter familiar para convertirse en algo parecido a la gestión de negocios de la cual se derivan responsabilidades.²³

G. Período posclásico y declaración de la tutela imperial e influencia de los principios cristianos

A la crisis política del Imperio se aunó la crisis económica y social; el poder público debilitado resultó incapaz de controlar, como hasta entonces, la vida ciudadana. Ciertas actividades, entre ellas, la tutela de menores, no pudo ser tan eficazmente sostenida por la autoridad pública como en la época clásica. Roberti²⁴ deduce, por el estudio de diversas leyes, que las normas precisas del Derecho clásico no se observaron y la falta de una intervención directa de la autoridad pública sobre la tutela era ostensible.

En un intento de ejercer el control necesario sobre las actividades tutelares, las medidas legislativas se multiplican, pero a pesar de la rigurosa reglamentación, el tutor no observa las disposiciones legales, lo cual provoca reclamaciones en su contra. Ahora puede ser

²² Un *senatus consultum* de Septimio Severo (195 d. C.), prohíbe al tutor enajenar y gravar *praedia rustica vel suburbana*, propiedad del pupilo, a no ser que el padre hubiese autorizado la operación por testamento. Si la enajenación era necesaria para pagar deudas del pupilo, el tutor debe obtener un permiso especial. Schulz, *op. cit.*, p. 166.

²³ Torrent, *Manual...*, *op. cit.*, p. 567.

²⁴ Roberti, *op. cit.*, p. 359.

acusado de sospechoso cualquier tipo de tutor. Si los hechos son probados, el separado de la tutela cae en infamia si procedió con dolo, no así el que únicamente actuó con negligencia.²⁵ La tutela es ahora un cargo obligatorio, ejercido en interés del menor, minuciosamente reglamentado por el Derecho; a pesar de ello, la corrupción impide su buen ejercicio.

Al tratar de contrarrestar esta situación, Septimio Severo, en un edicto, manifestó: "Quiero que todos vean que empleo los medios para auxiliar a los pupilos como es propio de la administración pública".²⁶ El es el tribuno que concede a los oprimidos el *auxilium civile*; el emperador se convierte en patrocinador de los débiles cualquiera que sea su situación: menores, viudas o pobres. Desde este momento, la tutela imperial es declarada.

En época de Diocleciano, la invocación de la actividad tutora del emperador se vuelve frecuente. Se concede la *tuitio* para proteger jurídicamente a los débiles cuando resultan insuficientes las normas comunes del Derecho.²⁷ Hay que advertir una doble intervención de la autoridad pública en la tutela. El magistrado interviene de una manera directa, nombrando, vigilando, autorizando o deponiendo al tutor. El emperador se atribuye la tutela como una declaración de principios; el poder público demuestra su interés por el auxilio de los débiles.

Durante el periodo posclásico, la Iglesia cristiana adquiere gran fuerza; en consecuencia, los principios de la religión son reconocidos por los juristas de la época. El espíritu cristiano aporta a la civilización romana, entre otros, el principio de piedad, traducido al ejercicio de obras de misericordia; el socorro a huérfanos, viudas y viejos forma parte de esas obras. La defensa de pupilos y viudas que en cualquier persona significa un acto de natural humanidad, para los cristianos es la obediencia a la palabra de Dios.²⁸

25 D. 27.4.1.

26 D. 26.6.2. (2).

27 Tamassia, *L'alta tutela dell'antico re germanico*, "Archivo giuridico", vol. IX, Módena, 1925, pp. 3 a 38; p. 26.

28 García Gallo, "El origen y la evolución del Derecho", *Manual de Historia de Derecho español*; 3a. ed., Madrid, t. I, 1967.

El emperador romano, convertido al Cristianismo, asume el deber de defender los principios de la Iglesia. El es llamado antes que nadie para desarrollar el oficio cristiano de proteger a los oprimidos: *magis religionibus quam officiis et labore corporis vel sudore nostram rem publicam contineri*, declara Constantino.²⁹

Mas tarde, la Iglesia actúa directamente, toma la *tuita* del emperador y realiza actos encaminados a proteger a los oprimidos y a los débiles.³⁰ Los orfanatos y la administración de los institutos píos dependen de la Iglesia. En las provincias, los obispos intervienen junto con los magistrados en la asignación de tutores dativos, y en los archivos de la Iglesia se custodian los actos tutelares.³¹

H. Conclusión del desarrollo de la tutela en Roma

Es nota característica de la tutela romana, elaborada a través de los siglos, el aumento de la intervención de la autoridad pública. Cuando la actuación de la familia resulta insuficiente, en gran medida por la pérdida de su cohesión primaria o por el natural pero excesivo egosmo de los tutores que veían más por sus propios intereses que por los del pupilo, la autoridad pública responde e interviene. Esta intervención no sólo la realiza a nivel de autoridades, como pretores o cónsules, sino, incluso, a través de declaraciones, como cuando el emperador asume como deber propio la protección de los huérfanos.

Es la sistemática y rigurosa regulación de la tutela de la época clásica y posclásica la que influirá en las codificaciones posteriores, donde se presente el fenómeno de la recepción del Derecho Romano. Los textos jurídicos que reciban influencia del derecho romano establecerán medidas de control sobre la actuación del tutor: fianzas, inventarios, autorizaciones y rendimientos de cuentas. En ellas, la intervención del juez será directa, nombrando o confirmando al tutor,

29 Tamassia, *op. cit.*, p. 17.

30 Tamassia, *op. cit.*, p. 15.

31 Roberti, *op. cit.*, p. 361.

vigilándolo y otorgándole autorizaciones y, si el caso lo amerita, acusándolo y removiéndolo de su cargo.

2. *Pueblos germánicos. La alta tutela del Rey*

La invasión de los pueblos germánicos a las provincias romanas trae como consecuencia, en el campo del Derecho, la coexistencia de varios órdenes jurídicos. Por una parte, el Derecho romano que acusa el fenómeno de la vulgarización; por otra, las costumbres e instituciones aportadas por las inmigraciones germánicas. Además, están presentes el derecho canónico y el de ciertos grupos que ni se romanizan ni son sometidos a los pueblos bárbaros.³²

Ante esta situación dispersa, la tutela continúa sobreviviendo bajo las normas del derecho romano vulgar en las poblaciones latinas. Los germanos, asentados en las provincias romanas en un primer momento, generalmente mantienen sus costumbres primitivas respecto a la protección de los menores e incapaces. La tutela continúa siendo ejercida por la *sippe*, puesto que el poder público carece de autoridad para intervenir en los asuntos tutelares.

Sin embargo, es precisamente en uno de los pueblos germánicos, el franco, el que, tal vez por su temprana decisión por la ortodoxia de la Iglesia cristiana, el que recibe la herencia del Derecho romano posclásico.³³ Como parte de esa herencia, reaparece la intervención pública sobre la tutela, intervención que se sitúa más en el plano de los principios que en la práctica.³⁴

A través de expresiones generales, el principio, o la suma jerarquía política, se atribuye la protección general de los huérfanos, viudas, pobres, peregrinos y extranjeros. La influencia de la Iglesia origina que el rey germano asuma los deberes de protección a los débiles que corresponden a un principio cristiano. Tamassia, en su estudio sobre la alta tutela del rey germano, demuestra que esa

³² García Gallo, *op. cit.*, p. 55.

³³ Wieacker, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna*, trad. Fernández Jardón, Madrid, 1957, p. 27.

³⁴ Merchan, *La tutela de los menores en Castilla hasta fines del siglo XI*, Sevilla, 1976, p. 192.

tutela no es el resultado de la evolución del derecho de los pueblos germánicos, tal como había afirmado anteriormente la doctrina.³⁵ Este autor sostiene que es en el momento en el cual los frances se convierten al cristianismo cuando encontramos, y no antes, el pleno ejercicio de la alta potestad tutora del rey germano.

A través de la tutela regia, el monarca sustituye a la familia en la protección de los débiles, entre ellos, los menores. La alta tutela se traduce en la facultad real de nombrar tutor, de otorgarle autorización para que el nombrado realice los actos de disposición de bienes púpilares. Incluso, corresponde al monarca la destitución del tutor, cuando proceda, por una mala gestión del cargo. El rey no actúa directamente, sino a través de sus representantes jurisdiccionales.³⁶

IV. PRIVATIZACIÓN DEL CONTROL SOBRE LAS TUTELAS

1. *España. Época visigoda. Breviario de Alarico y el Liber Iudiciorum*

Durante la época visigoda, el Breviario de Alarico, del año 506, hereda la acentuada intervención pública de la tutela posclásica romana. El cargo de tutor es sólidamente disciplinado y vigilado por la autoridad pública. El Breviario pretende rescatar los aspectos tutivos de la institución tutelar, en una época en la cual la autoridad pública intenta demostrar su interés en la protección de los menores.

La legislación romano-cristiana había alcanzado un grado evolutivo que garantizaba una mayor protección del menor y de sus bienes, de manera que a los autores del Breviario basta con recopilar leyes romanas del posclásico para lograr sus propósitos.

Más tarde, el *Liber Iudiciorum*, con un sistema de derecho romano vulgar, ofrece variantes con respecto al Breviario. Supone la simplificación técnico-jurídica de la institución tutelar y representa

³⁵ En España, Merchan también afirma que la tutela del príncipe o del rey tiene su origen en el Derecho imperial romano, reforzado por el Derecho posclásico: "Las redacciones teodosianas de las leyes constantinas dan prueba de ello", *op. cit.*, p. 192.

³⁶ Nani, *op. cit.*, pp. 235 y ss.

la privatización de la misma. La intensa intervención pública de la época anterior se ve disminuida por la propia debilidad intrínseca del poder real visigótico.

Se observan rasgos de privatización de la institución. La intervención pública es sustituida por la presencia del grupo familiar, y la tutela parece haber pasado de *onus publicum* a *onus familiae*. Son los parientes los que eligen el tutor cuando falta el testamentario legítimo,³⁷ y también ejercen derechos sobre los bienes del menor, con facultades, inclusive, para disponer de ellos. El juez aparece únicamente como testigo de los actos, pero carece de facultades decisorias.

Pero la intervención de la familia no llena el vacío producido por la falta de intervención pública en el control de la actividad tutelar, y es entonces cuando la Iglesia cristiana interviene. La Iglesia, a través de sus ministros, sacerdotes y obispos, se constituye en depositaria de los inventarios de bienes del menor, hasta la extinción de la tutela, y los sacerdotes fungen como testigos en la rendición de cuentas del tutor.

2. Edad Media. Fueros y derecho comarcal

La situación política y social de la Edad Media, caracterizada por el debilitamiento del poder regio, justifica que la monarquía, más interesada en robustecer ese poder debilitado, pase a segundo término cuestiones menos importantes, como la protección de los débiles. La misión regia heredada del posclásico, consecuencia también del debilitamiento del poder público que se inicia a fines del periodo visigodo que acabamos de ver, es asumida por los grandes señores, y son ellos los encargados de atribuir el cargo de tutor.³⁸

³⁷ Merchan, *op. cit.*, p. 237.

³⁸ Los Estatutos fijaron las causas de incapacidad y las excusas para no desempeñar el cargo de tutor; prohibieron la venta de oficio tutelar; y en fin, establecieron los límites del oficio, así como las responsabilidades en que incurría el tutor que los sobrepasase. Controlado por la autoridad pública y el consejo de familia, el tutor ejercitó durante el periodo estatuario en Italia, una actividad digna de su oficio. Roberti, *op. cit.*, p. 370.

Las obligaciones con cargo a los tutores son mínimas: el cuidado y la manutención del menor y la correcta administración de los bienes, pero aun estas obligaciones son descuidadas por los tutores.³⁹

En un intento de evitar el total descuido del menor, se suele nombrar a un tutor encargado de administrar los bienes pupilares, y otro, para satisfacer las necesidades personales del menor. Desde luego, el interés por ejercer el cargo tutelar se manifiesta sólo cuando se trata de menores propietarios de un patrimonio. Cuando se trata de huérfanos pobres, Nani pone de relieve que, según numerosos testimonios de los siglos VIII y IX, los huérfanos eran encomendados, a falta de un tutor legítimo, a la piedad pública o privada.⁴⁰

La Alta Edad Media se caracteriza por un alejamiento de autoridad pública de la tutela; a cambio, y ante la necesidad de resguardar a los menores de los grandes perjuicios que se les puedan llegar a occasionar por la falta de atención en su cuidado personal, la Iglesia y la familia responden actuando como órganos de vigilancia. Así, son abundantes las recomendaciones de la Iglesia en favor de los menores huérfanos.⁴¹

Es difícil determinar qué Derecho se aplicaba durante la Alta Edad Media en algunas regiones, ya que se desarrolla un derecho eminentemente consuetudinario; es decir, que surge, no de una organización política —prácticamente inexistente—, sino de la propia comunidad que, ante la debilidad del poder público, se ve obligada a hacer uso del ejercicio de la autotutela. De esta manera, el Derecho va surgiendo en la realidad social cotidiana para hacer frente a las nuevas situaciones de hecho que se plantean y haciendo valer

³⁹ Una práctica conocida dentro del sistema feudal fue el *ballagio*. Si a la muerte de un feudatario, sus herederos eran menores, el señor se comprometía a velar por ellos en tanto llegaban a la mayor edad. A cambio, obtenía las rentas producidas por el feudo durante el tiempo que tuviera cerca de él al menor. Roberti, *op. cit.*, p. 366. El *ballagio* se practicó en la península itálica y en Francia, en donde se extendió inclusive a propiedades no sujetas al régimen feudal; en este supuesto, el *ballagio* corresponde a los que administraban los bienes pupilares. Nani, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁰ Nani, *op. cit.*, p. 235.

⁴¹ Beneyto, *Instituciones de Derecho histórico español*, Barcelona, 1930, p. 148.

también, en cada caso, la tradición de cada formación jurídico-política independiente o semi-independiente.⁴²

En cada una de las distintas comunidades, surgen sus propias normas jurídicas, circunstancia que explica el carácter local municipal del derecho en la Alta Edad Media. La variedad jurídica medieval nos muestra los diferentes sistemas aplicados. El *Liber*, tenido como derecho común,⁴³ los fueros municipales, el derecho comarcal y el territorial, que actuaron como un derecho especial.

Los fueros municipales y el Derecho comarcal, entre el siglo X y el XIII, nos muestran una fuerte intervención de los parientes que responde a una estructura familiar sólida. Los parientes intervienen de tal manera que puede decirse que se constituyen en un auténtico organismo supervisor del tutor. La característica de los sistemas implantados por los fueros municipales, salvo excepciones,⁴⁴ es el relevante protagonismo de la familia en la tutela desde el nombramiento del tutor.

El sistema del *Liber*, como fuente única o como *lex communis*, se mantiene en algunos territorios, pero con las adulteraciones y variantes que impone la realidad social del medievo. En la versión romanceada o *Fuero Juzgo*, se destaca la sustitución de la competencia de los parientes por una intervención judicial. Consecuencia lógica derivada del fortalecimiento del poder real, lo anterior se explica si se tiene en cuenta que el *Fuero Juzgo* fue un instrumento de uniformidad jurídica en la época en que renacía el Derecho romano justiniano.⁴⁵

V. RETORNO A LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

El concepto amplio de la familia se va rompiendo en plena Edad Media por diversos motivos, unos individualistas, otros derivados de

⁴² Montanos y Sánchez Arcilla, *Introducción a la Historia del Derecho*, Madrid, 1988, p. 305.

⁴³ Montanos y Sánchez Arcilla, *op. cit.*, p. 306.

⁴⁴ Merchan descubre que la intervención de los parientes decae en favor de la intervención pública en los *Fueros de Alcalá de Henares, Brihuega y Soria*.

⁴⁵ Merchan, *op. cit.*, p. 237.

la reestructuración del poder público.⁴⁶ Nuevamente el poder público retoma, como deber que le es propio, la protección de los menores.

1. *Partidas*

Las Partidas adoptan, debido a la influencia recibida del Derecho justiniano reelaborado, el mecanismo de protección a los menores huérfanos del sistema romano. Como resultado, el mecanismo de protección de los menores ofrece el alto nivel técnico-jurídico alcanzado por los juristas romanos.

La intervención del juez es constante desde el nombramiento o confirmación del tutor, la recepción de los fiadores y la formación de los inventarios. Una vez constituida la tutela, corresponde al juez nombrar a la persona encargada de la crianza de los huérfanos; fijar la cantidad que ha de emplearse para el sustento del huérfano;⁴⁷ autorizar al guardador a vender los bienes del menor siempre que haya una causa justificada.⁴⁸ Si el tutor es acusado de sospechoso, el juez atiende la acusación y, de probarse los hechos, remueve al tutor indigno.⁴⁹

Para los huérfanos carentes de familia, en las Partidas se establece la responsabilidad real en los casos de prohijamiento —adopción de mayores de 7 años y menores de 14—, que se puede realizar con “otorgamiento del rey”.⁵⁰

La regulación de la protección de los menores huérfanos en las Partidas corresponde a un sistema de autoridad. La familia interviene sólo para ejercitar la acción judicial, solicitar el nombramiento de tutor o acusarlo de sospechoso. El control y la vigilancia del tutor corresponden a la autoridad jurisdiccional.

⁴⁶ Beneyto, *op. cit.*, p. 56.

⁴⁷ P. 6.16.17.

⁴⁸ P. 6.16.18.

⁴⁹ P. 6.18.3.

⁵⁰ P. 4.4.576.

2. Padre de los Huérfanos

En Valencia existió un magistrado denominado ‘Padre de los Huérfanos’, cuya función era supuestamente cuidar a los niños pobres y huérfanos; entre sus atribuciones estaba la de colocar a los niños pobres y huérfanos como aprendices para evitar la vagancia.

Este magistrado estuvo dotado de facultades jurisdiccionales para conocer las demandas de salarios debidos a los huérfanos.⁵¹ A estas funciones de jurisdicción civil, se suman otras de jurisdicción penal, como ‘castigar a los huérfanos dentro de su casa con cárcel, azotes u otras penas semejantes no graves’ cuando abandonaban el empleo. Al parecer la función del Padre de los Huérfanos consistía principalmente en evitar la vagancia; poco interesaba la situación personal de los menores abandonados. Más que protector, este Padre de los Huérfanos era un represor.

VI. EL CONSEJO DE FAMILIA Y SU INFLUENCIA

Hasta el siglo XVIII, en Francia, la familia había asumido la tutela de menores huérfanos según las reglas del *droit coutumier*. Los parientes reunidos en asamblea designaban al tutor y lo autorizaban a realizar los actos más importantes de la tutela.

Son los cambios producidos por la revolución los que institucionalizan los principios del *droit coutumier*; primero, a través de un decreto que, en 1790, transforma la asamblea de parientes en un verdadero tribunal doméstico y después, el Código de Napoleón que otorga a la pequeña asamblea familiar la calidad de consejo de familia encargado de controlar y vigilar la tutela. En auxilio de este órgano, el tutor subrogado desempeña una función fiscalizadora sobre las actividades administrativas del tutor. Con el consejo de familia y la figura del protutor, aparece por primera vez un control para la tutela, ejercido ya no por un grupo familiar indefi-

51. Isabel. Voz ‘Padre de los huérfanos’. *Enciclopedia Jurídica española*, Barcelona, 1910, t. XXIV, pp. 204-207.

nido, sino por un organismo legalmente constituido. Los cambios introducidos marcan la aparición en la historia de otro sistema de control de los órganos tutelares.

La innovación legislativa francesa no resulta ser un hecho aislado. Por el contrario, el modelo napoleónico influye en gran parte de las codificaciones europeas del siglo XIX y en varias latinoamericanas a través del Código español del siglo pasado.

En Italia, por ejemplo, la tradición marcaba una intervención del monarca en los institutos de protección de menores e incapacitados a través de magistrados especiales. Pero el Derecho italiano no pudo evitar la influencia del Código de Napoleón y, en 1865, el Código civil italiano establece un consejo de familia semejante al francés.

En España, durante el siglo XIX, continuaban vigentes las Partidas con su sistema de control judicial, y las Leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y de 1871 que lo reforzaban. No es sino hasta 1889 que se promulga el Código civil, el cual implanta un sistema de control familiar. Se crea un consejo de familia que proporciona al tutor las líneas directrices en el desempeño de su cargo. La intervención de la autoridad resulta subsidiaria del control familiar.

Alemania, en cambio, es un ejemplo de país que se mantiene al margen de la influencia francesa. Desde que un monarca germano tiempo atrás declarara la supertutela regia, no vuelve a abandonar este principio. Las amplias facultades otorgadas al rey en materia de tutela, que en un principio son realizadas por sus representantes jurisdiccionales, son atribuidas después a los Consejos de las ciudades.

México es otro ejemplo de país que no acusó la influencia francesa, como se verá en el próximo apartado.

VII. DESARROLLO DE LA TUTELA EN MÉXICO

En el México colonial se aplicaron los distintos textos legales vigentes en España, en especial, las Partidas y algunas disposiciones más particulares, como el Decreto Real de Carlos IV, del 23 de enero de 1794, por medio del cual se declaró que los expósitos

quedaban bajo la protección real. Los rectores o administradores de las casas de expósitos fueron funcionarios públicos encargados del cuidado de los menores ahí recluidos y fueron responsables de entregar a los menores a personas que garantizaran proporcionarles una adecuada enseñanza y educación.

Las Juntas Provinciales de beneficencia también intervenían en la protección de menores abandonados. Un reglamento de mayo de 1852 estableció que a estas Juntas correspondía la tutela y la curaduría de los menores que se criaran en los establecimientos de expósitos. En los lugares donde no hubiera Juntas Provinciales, correspondía a las Juntas Municipales de beneficencia el cuidado de recibir a los expósitos.

Ambas Juntas debían proporcionar a los niños expósitos o abandonados nodrizas sanas y honradas que se encargaran de criárlas en sus propias casas, y sólo en caso de no poder lograr esto, los hacían conducir a casas de maternidad.⁵²

Las damas de sociedad también se interesaron por los menores abandonados. Las Juntas Provinciales establecían Juntas de señoras que, en concepto de delegadas, acudían a las casas de expósitos para verificar el trato que se les proporcionaba a los menores.

El Código Civil para el Distrito Federal de 1870 colocó a los menores bajo la tutela de las personas que los hubieren recogido. Estas tenían las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores; con ello se responsabilizaba a la persona que tuviera bajo su guarda y cuidado de su crianza a un menor, del trato que le dieran.

Cuando los niños eran recogidos en inclusas, hospicios u otras casas de beneficencia, los directores de estos establecimientos desempeñaban la tutela con arreglo a las leyes. No se requería el discernimiento para ejercer el cargo, comenta Mateos Alarcón.⁵³

⁵² El reglamento de 6 de febrero de 1822 estableció las casas de maternidad. En cada provincia debía existir, por lo menos, una casa de maternidad para las mujeres embarazadas y paridas; otra, para la lactancia de los niños y otra, para educar a los menores hasta los tres años.

⁵³ Mateos Alarcón, *Estudios sobre el Código Civil para el Distrito Federal*, t. I. *Personas*, México, 1985, p. 343.

El sistema tutelar establecido en el Código Civil de 1870 puede ser calificado de excepcional, puesto que se desligó de la tradición surgida del Código Napoleónico y del proyecto García Goyena.⁵⁴

La Comisión Legislativa del Código, con una clara visión de la realidad, intuyó que el consejo de familia no correspondía a las costumbres de la sociedad. Sabiamente consideró que la reunión de parientes podía ser más causa de disturbios que de soluciones, cuando no hubiere respeto a la jerarquía doméstica.

Verdugo⁵⁵ nos comenta que la Comisión del Código consideró al consejo como un elemento desfavorable a los intereses del menor. En su opinión, era más de temerse que la desavenencia de los parientes, sus intereses o pasiones fueran causas de malestar para el menor, y que la institución creada en Francia como salvaguarda, "se convirtiera en fuente de desgracias para el huérfano".

Por las fuertes restricciones impuestas en el Código para la administración de los bienes del menor, y con la intervención constante del juez y del Ministerio Público, podían obtenerse mayores ventajas que con la actuación del consejo de familia. Además, se evitaba el inconveniente de aumentar el número de personas que interviniieran en las decisiones más importantes de la tutela, y que en ocasiones, podían retardar la conclusión de importantes negocios.

El Código de 1870 estableció como órganos de la tutela, el tutor, el curador, el juez y la intervención, en ciertos casos, del Ministerio Público.

El curador aparece, no con el sentido que había tenido en Roma, sino como un órgano de vigilancia del tutor, como el tutor subrogado del código de Napoleón.⁵⁶ Sin el nombramiento del curador, el tutor no podía ejercer el cargo. El tutor debía rendir cuenta anual de su administración al curador para que éste la revisara, y en todos

⁵⁴ El nuevo Código no admitió el consejo de familia. Sin embargo, el Código Civil del Estado de México y el de Veracruz del siglo pasado, establecieron consejos de familia como órganos principales de la tutela.

⁵⁵ Verdugo, Agustín, *Principios del Derecho Civil Mexicano*, t. V, México, 1890, p. 335.

⁵⁶ Artículo 433, del Código de 1870.

los casos en que se necesitara licencia judicial para realizar algún acto, la presencia del curador era necesaria. Este podía oponerse a los actos del tutor, y en todo caso, se sustanciaba un juicio sumario para resolver la oposición planteada.

El curador era el fiscal de la tutela, y como tal, tenía el más estricto deber de dar parte al juez de los actos que le parecieran desventajosos o perjudiciales a los intereses del tutoreado. Pero las funciones del curador no se reducían a vigilar los actos del tutor; el curador también representaba al menor en el caso de oposición de sus intereses con los del tutor. Puede considerarse a este curador como un auxiliar del juez en la vigilancia de la tutela. El juez, al recibir la información que le proporcionaba el curador, estaba facultado para actuar en consecuencia. La intervención judicial del Código Civil de 1870 puede ser considerada como determinante en el ejercicio de la tutela.

El artículo 445 de ese Código estableció las atribuciones del Ministerio Público en materia de tutela. Este órgano era ófido siempre que el juez impusiera su autoridad en los negocios relativos a la tutela, fueran de la clase que fueran. Con la intervención del curador y del Ministerio Público, además de la del juez, quedó claramente definido el sistema tutelar mexicano del siglo pasado. El Código Civil de 1884 no estableció ningún cambio significativo respecto a la tutela⁵⁷ como sistema de autoridad.

En el presente siglo, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 continuó con el mismo sistema de autoridad, a través de las actuaciones del curador, juez y ministerio público. El actual ordenamiento del Código Civil de 1928 será motivo de análisis en el siguiente capítulo.

⁵⁷ En el artículo 580 se exceptúa de la necesidad de nombrar curador cuando la tutela fuera interina o no hubiera que administrar bienes.