

## CAPÍTULO QUINTO

### INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA TUTELA DE MENORES

I. Antecedentes . . . . .	109
II. El Ministerio Público como defensor del interés público . . . . .	110
III. Marco legal . . . . .	111
IV. Auxiliar de la función jurisdiccional . . . . .	111
V. Clasificación de las actuaciones del Ministerio Público	112
1. Como promotor . . . . .	112
2. Dictaminador . . . . .	115
3. Guardián de la legalidad . . . . .	116

## CAPÍTULO QUINTO

# INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LA TUTELA DE MENORES

### I. ANTECEDENTES

Desde los antecedentes del Ministerio Público, se puede constatar la intervención de una instancia dependiente del poder público interesada en la protección de los menores. Francia, país en donde se sitúa el origen de esta institución, estableció en 1449 en una ordenanza *a gens du roi*, encargados de la defensa de los intereses del príncipe y del Estado, comprendiendo, como tales, entre otros, la protección de viudas y huérfanos.

En España, además de en otros ordenamientos, las Partidas<sup>151</sup> consignan al *patronus fisci* como oficial del rey para “razonar y defender en juzgio todas las cosas y derechos que pertenecen a la Cámara del Rey, incluídos los pleitos de viudas y huérfanos”.

De España, la institución se traslada al México colonial. La Real Audiencia de México establece dos fiscales, uno civil y otro criminal. Las constituciones de 1824 y 1857 contemplan las figuras de procuradores o promotores, con funciones limitadas a la protección de ciertas clases de individuos: viudas, ausentes, menores e incapaces. En 1900, a través de una reforma a la Constitución, se creó una Ley especial del Ministerio Público, la cual consignó que este órgano intervendría en los asuntos que afectaran el interés público,

<sup>151</sup> P. IV: 8, 12.

considerando como tal, la protección judicial de los incapacitados, entre ellos, los menores.<sup>152</sup>

## II. EL MINISTERIO PÚBLICO COMO DEFENSOR DEL INTERÉS PÚBLICO

Desde sus antecedentes, el Ministerio Público ha sido considerado como un defensor del interés público. La referencia a este interés es constante en las atribuciones de este órgano. Si bien resulta difícil definir el interés público, para los fines de este estudio, podemos describirlo como la expectativa de toda la comunidad para lograr su bienestar y seguridad. A pesar de la ambigüedad del contenido, existen valores que han sido considerados desde siempre como objeto del interés de la comunidad, entre ellos, la protección y guarda de menores.

En los tiempos actuales es fácilmente demostrable el interés del poder público por la protección de los menores, a través del análisis de las normas que regulan los institutos que los protegen y que legitiman la intervención del Ministerio Público.

Guasp<sup>153</sup> manifiesta que el Ministerio Fiscal —nombre que se da en España al Ministerio Público— interviene velando por los derechos de otras personas cuya defensa se considera de interés público. Gómez Orbaneja<sup>154</sup> opina que el Ministerio Fiscal es un “órgano neutral e imparcial puesto que carece de un interés propio, al que preocupa que el interés del menor esté siempre protegido”.

En el orden civil, el Ministerio Público interviene en las situaciones jurídicas en que los intereses públicos no deben quedar a la libre disponibilidad de los particulares, entre ellas, los casos en los cuales se ventilan asuntos relacionados con menores. La minoría, falta de experiencia y madurez ocasionan la imposibilidad del niño o adolescente de defenderse a sí mismo y, aun cuando cuenten con un representante legal, la presencia del Ministerio Público significa una garantía de la protección de sus intereses.

<sup>152</sup> Brena, Ingrid, “El Ministerio Público y los intereses familiares”. *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio*, México, 1988, IJJ-UNAM, t. III.

<sup>153</sup> Guasp, *Derecho procesal civil*, 3a. ed., Madrid, 1968, t. I, p. 163.

<sup>154</sup> Gómez Orbaneja, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1979, vol. II, pp. 115 y 116.

### III. MARCO LEGAL

Desde 1900 se ha regulado la intervención del Ministerio Público con el perfil que sigue manteniendo hasta ahora, y su actuación en las gestiones tutelares ha ido adecuándose a los cambios sociales y a las reformas legales que se han ido sucediendo. La actual convicción social de la necesaria intervención del poder público en la protección de menores justifica la actuación del Ministerio Público en los asuntos relativos a la tutela de menores.

El artículo 102 constitucional establece las atribuciones del Ministerio Público Federal, al que por razones de competencia, no le corresponde intervenir en materia civil; en cambio, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en sus artículos 1º., fracción XIII, y 2º., fracción XXII, disponen que corresponde al Ministerio Público intervenir, en los términos de la Ley, en la protección de los menores incapaces y en los procedimientos del orden familiar que se ventilen ante los tribunales a través de los agentes del Ministerio Público adscritos a los mismos.

El artículo 5º expresa: "La protección de los menores o incapaces consiste en la intervención del Ministerio Público en los juicios civiles o familiares que se tramiten ante los tribunales respectivos en los que aquellos que sean parte o de alguna manera puedan resultar afectados". Los artículos 36 y 37 de ese texto legal ordenan a los agentes del Ministerio Público la intervención que las leyes y reglamentos les señalen, debiendo poner especial cuidado en la protección de incapaces. El Código Civil y el de Procedimientos Civiles, tanto como el Penal, contienen normas y facultades atribuidas al Ministerio Público.

### IV. AUXILIAR DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

El Ministerio Público desarrolla múltiples funciones a través de las cuales puede cumplir con su papel de defensor del interés público, y además auxiliar de la función jurisdiccional.

Las actuaciones que desarrolla el Ministerio Público permiten que lo situemos como un órgano independiente frente al juez. Actúa como auxiliar, pero no de éste, sino de la función que éste desempeña.

Prieto Castro ha observado que las exigencias técnicas del proceso civil prohíben al juez erigirse en tutor de los intereses públicos de oficio sin instancia de parte; de ahí que los mismos se confíen al Ministerio Público.

Dell Oro<sup>155</sup> ha expresado que el juez tutelar se encuentra “preso en los tribunales”, situación que dificulta la posibilidad de establecer una adecuada vigilancia, no sólo la administración de bienes, sino la vida personal del menor, lo cual justifica la necesaria encomienda a otra persona para que lo auxilie en ciertas funciones de control. Este papel es asumido por el Ministerio Público.

## V. CLASIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Con una finalidad sistemática que sirva para observar las diversas actuaciones del Ministerio Público en la protección y defensa del menor durante la tutela, distingo tres especies de ellas: 1. promotor ante el juez para iniciar la constitución de la tutela o cualquier medida de protección que estime necesaria para el mejor funcionamiento de la institución; 2. dictaminador y 3. vigilante del cumplimiento del orden legal o guardián de la legalidad.

### 1. *Como promotor*

En principio, la actuación judicial precisa de un requerimiento de los particulares. Esta afirmación, sin embargo, admite excepciones, y la actuación del Ministerio Público es una de ellas. Almagro Nosete<sup>156</sup> observa que normalmente son los ciudadanos, como titu-

<sup>155</sup> Dell' Oro, “Della tutela dei minori”, *Comentarios al Código Civil*, al cuidado de Scialoja y Branca, Roma, 1979, pp. 25 y ss.

<sup>156</sup> Almagro Nosete, *Derecho Procesal*, Valencia, 1988, t. I, vol. I, p. 148.

lares del derecho a la jurisdicción, quienes promueven ante el juez. Sin embargo, cuando se trata de cuestiones de interés público, el Estado configura órganos específicos, representantes de la sociedad, instituidos por derecho público —éste es el caso del Ministerio Público— que actúan como titulares del derecho a la jurisdicción, es decir, como promotores de la actividad jurisdiccional en función de parte.

Prieto Castro,<sup>157</sup> en el mismo sentido, expresa:

Como remedio para impedir que la inercia de los sujetos directamente interesados pudiese crear situaciones jurídicas o estados contrarios a las normas de Derecho que no pueden dejar de ser aplicadas, cuando la necesidad de su aplicación jurisdiccional se presenta, es la suplencia del estímulo adecuado o de la iniciativa de los particulares lo que constituye el fundamento de la facultad otorgada al Ministerio Fiscal.

Agrega Almagro Nosete:

El Ministerio Fiscal, básicamente, es un órgano estatal de cooperación de justicia, el cual asume una función que prioritariamente corresponde a los ciudadanos que integran la sociedad cuyos intereses representa. Orgánica y constitucionalmente queda abierta en la ley la posibilidad de configurar al Ministerio Fiscal como una autoridad requeriente con un notable grado de independencia con respecto al gobierno,<sup>158</sup> pero al mismo tiempo, entre ambos, existen estrechas vinculaciones.

En cuanto se hace referencia a un Ministerio Público procediendo por vía de acción, se alude no sólo a la postura estricta del Ministerio Público como accionante, sino también a la de demandado, en vista de la acción de correlatividad material de acción y excepción y a la posibilidad de interponer recursos. Sin embargo, el Ministerio Público realiza sólo los actos de impulso procesal establecidos en la ley, lo cual significa que no goza de discrecionalidad para decidir su intervención en los casos concretos; sólo interviene cuando la ley así lo señale.

<sup>157</sup> Prieto Castro, *Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Madrid, 1953, p. 39.

<sup>158</sup> Almagro Nosete, *Derecho procesal...*, op. cit., p. 170.

Durante la tutela actúa como promotor en los siguientes casos:

*a.* La declaración de estado de minoridad. Ninguna tutela se confiere sin la previa declaración del estado de minoridad, la cual puede ser solicitada por el Ministerio Público (a. 902, c.p.c.).

Si la petición es acompañada de la certificación del Registro Civil, la declaración se hará de plano; en caso contrario, se citará a una audiencia a la que concurrirá el menor si fuese posible y el Ministerio Público (a. 903, c.p.c.).

*b.* Podrá el Ministerio Público solicitar la designación de un tutor especial que represente al menor cuando se instaure un juicio por el delito de abandono de hijos (a. 337, c.p.).

*c.* El Ministerio Público tiene facultad para solicitar ante el juez el nombramiento de un tutor dativo, en los casos en que así proceda (a. 500, c.c.).

*d.* También puede promover ante el juez medidas tendientes a la protección del patrimonio del menor. A moción del Ministerio Público, el juez puede dictar las providencias que estime útiles para la conservación de bienes del pupilo (a. 522, c.c.).

*e.* En relación a la fianza que otorga el tutor, el Ministerio Público puede solicitar su aumento o disminución, si los bienes del menor aumentan o disminuyen durante la tutela (a. 529, c.c.); o promover la información sobre la supervivencia o idoneidad de los fiadores citados por el tutor (a. 533, c.c.).

*f.* Cuando existan en su consideración, causas graves, el Ministerio Público promoverá ante el juez que se exija al tutor la rendición de cuentas (a. 591, c.c.).

*g.* La sentencia que apruebe o la que desapruebe las cuentas de la tutela puede ser apelada por el Ministerio Público (a. 912, c.c.).

*h.* El Ministerio Público tiene derecho a promover la separación de los tutores que se encuentren en los casos previstos por el artículo 504 del Código civil (a. 507, c.c.), y en caso de que el tutor haya infligido maltrato o haya caído en negligencia en los cuidados debidos al menor o en la administración de sus bienes (a. 584, c.c.), o cuando del examen de las cuentas, resulten motivos graves para sospechar dolo, fraude o culpa lata del tutor (a. 913, c.p.c.).

i. El Ministerio Público puede deducir acción para que se reembolse al Gobierno de los gastos que se hiciesen por la alimentación y educación de menores indigentes cuando hubieran sido realizadas por el Distrito Federal, si se llega a tener conocimiento de que existen parientes del menor obligados a proporcionar alimentos (a. 545, c.c.).

Sin la capacidad de promover, la función de protección al menor sujeto a tutela y a su patrimonio quedaría incompleta. La simple constatación de circunstancias que pudieran representar un riesgo para el menor, no elude el peligro. A través de la promoción del Ministerio Público, el juez toma conocimiento de una situación y, en ejercicio de su función jurisdiccional, decide sobre las medidas propuestas, y si lo considera adecuado, las ejecuta.

## 2. *Dictaminador*

Además de la actividad directa o accionante, el Ministerio Público participa en la tutela como un órgano de consulta realizando funciones dictaminadoras.

En las áreas consideradas de interés privado, las controversias se dejan en forma exclusiva a los particulares. Sin embargo, cuando el área o el tipo de controversias está marcada por el interés público, interviene el Ministerio Público expresando su opinión, defendiendo intereses del orden social de la comunidad en su conjunto. El juez, como perito en materia jurídica y dotado de jurisdicción, no necesita de otro órgano que le muestre el camino de la averiguación, la interpretación o la aplicación de la Ley. Por tanto, el Ministerio Público no es un auxiliar del juez, sino de su función jurisdiccional. Al Ministerio Público “dictaminador” corresponde expresar su opinión sobre hechos que se le presentan. Sus puntos de vista añaden elementos que permiten al juez una más justa apreciación de la realidad.

Prieto Castro<sup>159</sup> observa que el Ministerio Público “dictaminador” no toma la iniciativa procesal, interviene una vez que el proceso se

<sup>159</sup> Prieto Castro, *Construcción dogmática...*, op. cit., pp. 39 y 69.

ha instaurado y su función es emitir un dictamen. Su actividad consiste en ayudar al Tribunal en la averiguación de la verdad, no aporta hechos ni los prueba, sólo los califica. Pero el mismo autor considera que el mero dictamen emitido por el Ministerio Público resulta insuficiente para proteger los intereses que tiene bajo su encargo. El Ministerio Público debe intervenir en las averiguaciones de la verdad cuantas veces sea necesario o bien por la gravedad de los intereses debatidos; y en este caso, podemos incluir los de los menores. Sin embargo, el Ministerio Público no sólo tiene el cometido de expresar una opinión imparcial sobre una solución teórica, sino de convertirse en vigilante y eficaz defensor de los principios del orden público que se hallen en discusión. Con tal fin debe utilizar los medios procesalmente idóneos, como órgano interviniente. “En esta calidad puede producir documentos, aportar pruebas y formular pedimentos”, expresa Prieto Castro.<sup>160</sup> Sólo dotado de estas facultades, la presencia del Ministerio Público en las gestiones tutelares resulta verdaderamente niveladora de la falta de capacidad de los menores.

El artículo 895, fracciones I y II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal expresan que se oirá al Ministerio Público cuando una solicitud promovida en los tribunales afecte los intereses públicos o cuando se refiera a la persona o bienes del menor, así como el artículo 497 del Código Civil establece que para el nombramiento del tutor dativo, el juez deberá escuchar al Ministerio Público.

### *3. Guardián de la legalidad*

Otra de las funciones atribuidas al Ministerio Público es la supervisión de la observancia de la ley en los procesos. Ya en la exposición de motivos de la Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito Federal, en 1903, se expresó que dicho instituto era el representante de la sociedad ante los tribunales “para reclamar

<sup>160</sup> *Ibidem*, pp. 76 y ss.

el cumplimiento de la ley y el restablecimiento del orden social cuando ha sufrido un quebranto".<sup>161</sup>

El artículo 5º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal expresa que la protección de menores o incapaces consiste en la intervención del Ministerio Público en los juicios civiles o familiares que se tramiten ante los tribunales respectivos, en los que aquéllos sean parte o de alguna manera puedan resultar afectados.

De conformidad con los artículos 36 y 37 de Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público debe de cuidar el debido trámite y resolución de cuestiones civiles y familiares, poniendo en conocimiento del Director General de Control de Procesos las irregularidades que advierta en el juzgado o sala de su adscripción, para que éste pueda controlar o dirigir el curso de la actuación del Ministerio Público. Esta amplísima facultad discrecional implica la supervisión de la buena marcha y despacho de los asuntos que se tramiten en los tribunales, entre ellos los tutelares.

Estas disposiciones confirman que el Ministerio Público es uno de los órganos al cual el Estado ha encomendado la defensa de la legalidad para lograr el respeto a los derechos del ciudadano.<sup>162</sup> Al Ministerio Público se le atribuye esa función para que los menores y los incapaces, inmersos en una situación de conflicto, daño o peligro, tanto en su persona o con relación a sus bienes, sean protegidos durante los procedimientos judiciales a través de una vigilancia sobre el estricto apego al principio de legalidad en las actuaciones judiciales.

El Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles y la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal delimitan las actuaciones del Ministerio Público.

a) El Ministerio Público debe concurrir a las audiencias que tienen lugar cuando se considere necesario en la tramitación de una declaración de minoridad (a. 903, c.p.c.).

161 Brena, Ingrid, *El Ministerio Público en los intereses familiares...*, op. cit., p. 1697.

162 La Comisión Nacional de Derechos Humanos, dentro de su ámbito de competencia, es otro.

b) También concurre a la audiencia pública en la que el juez procede a examinar el registro de tutelas cada año, y en su vista se tomarán las medidas para reemplazar a un tutor en caso del fallecimiento de éste; o si hubiere alguna cantidad de dinero depositada para darle un destino determinado, se exigirá al tutor que rinda cuentas; o se le obligará el depósito en el establecimiento público destinado al efecto de los sobrantes de las rentas o productos del caudal de los menores, después de cubiertas las sumas señaladas con arreglo a los artículos 538, 539 y 554 del Código Civil; cuando el juez creyere conveniente, decretará el depósito en el caso de que se presenten dificultades insuperables para el inmediato cumplimiento de los artículos 557 y 558 del Código Civil. El juez puede pedir al efecto las noticias que estime necesarias del estado en que se halle la gestión de la tutela para que se adopten las medidas juzgadas como convenientes a fin de evitar los abusos y remediar los que pudieran haberse cometido (a. 910, c.p.c.).

c) Cuando se objeten como falsas alguna o algunas de las partidas de las cuentas del tutor que sean sometidas a la aprobación judicial, se sustanciará el incidente por cuerda separada atendiendo la audiencia con el Ministerio Público (a. 912, inciso 5º, c.c.).

d) Si el tutor solicitare la venta de bienes del menor, tal solicitud se sustancia en forma de incidente con el Ministerio Público (a. 916, c.p.c.).

Estas disposiciones son lo suficientemente amplias para permitir al Ministerio Público cumplir con la misión encomendada por la Ley. Su presencia se inicia desde su intervención en la declaración de minorfa, necesaria para iniciar los trámites de la tutela, continúa durante el desempeño de la misma, a través del examen judicial del registro de las tutelas y la evaluación de los actos llevados a cabo por el tutor, y culmina con la toma de medidas para reemplazar a éste en caso de fallecimiento o cuando, con sus actuaciones, se pudiera causar un perjuicio al menor.

La encomienda atribuida al Ministerio Público y los fines perseguidos justifican las facultades atribuidas al Ministerio Público como órgano vigilante de las gestiones tutelares. El Ministerio Pú-

blico está presente en los momentos más importantes de la tutela, vigilando, pero también evaluando las circunstancias que los rodean y, si lo juzga oportuno, emitirá su opinión o inclusive promoverá ante el juez las medidas de protección tendientes a asegurar el bienestar del menor.

La simple observación que realice el Ministerio Público sería insuficiente si careciera de la facultad para apreciar los actos en los cuales interviene, o de la posibilidad de emitir su opinión y de promover ante el juez. De modo que las tres distintas funciones que realiza el Ministerio Público poseen una necesaria conexión que le permite lograr de una manera coordinada su finalidad.