

LA DISFUNCIONALIDAD DE LOS ORGANISMOS TUTELARES

Por el licenciado IVAN LAGUNES PÉREZ

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Cualquiera que revise nuestro Código Civil vigente, observara desde luego que el Título Noveno del Libro Primero relativo a la tutela, contiene aproximadamente doscientos artículos comprendiendo otras disposiciones para regular una función tan sencilla como es el ministerio legal de suplir la patria potestad, regulada a su vez escasos treinta artículos.

Ahora bien, atenta la ubicación de nuestro tema en una zona secante entre las esferas de los Derechos Público y Privado, es natural que la tutela reciba el influjo de las modernas concepciones sociales y políticas hasta el grado de mantener constantemente abierta la posibilidad de una organización más adecuada, pues como institución familiar tiene mucho de intimidad personal, y como cargo de interés público se encuentra en estrecha conexión con las autoridades.

La organización de la tutela que aspiramos para nuestro país, quienes siempre nos hemos preocupado por el destino de la niñez, reclama una reforma absoluta de su régimen legal, pues es manifiesto que durante el medio siglo que lleva de vigencia el Código Civil, no ha incorporado las transformaciones sufridas por la sociedad durante el mismo lapso, ya que al huérfano que no cuenta con más patrimonio que su fuerza, lo ha convertido en un ser más débil que no sólo ignora como ejercitar sus derechos, sino que ni siquiera los conoce.

Así vemos que, a pesar de que en el Distrito Federal hay una población aproximada de ocho millones de personas, de las cuales, la mitad se forma por menores de quince años de edad, únicamente se tramitan escasos procedimientos judiciales de esta índole, y ello porque es requisito indispensable la declaración formal de incapacidad, para configurar la protección de que tratamos.

Como consideración general hacemos notar que tras de proporcionar una definición de la tutela, nuestro ordenamiento civil asegura que, mediante ella, se cuidará preferentemente la persona de los incapacitados, lo que aparece, a continuación, contradictorio pues cuanto a su desempeño previene que si las rentas del menor no alcanzan para cubrir los gastos de su alimentación y educación, el juez, con abstracción del normal desarrollo moral y físico del incapaz, decidirá si se le pondrá a aprender un oficio o se adoptará otro medio que evite la enajenación de sus bienes.

Por ello no es extraño que de los doscientos artículos citados, dedique el Código por lo menos ochenta a asegurar el patrimonio de los incapacitados, olvidándose que es más importante la estructuración de una mente y cuerpos sanos en el menor, sobre todo cuando el propósito de la tutela va más allá del cuidado de sus personas y sus bienes, pues cabe procurar su reintegración total dentro del medio social que por azares de la vida perdió, incorporándola a su propia familia o a la de un tercero idóneo que la sustituya con buen éxito.

Con este antecedente, examinaremos la disfuncionalidad latente de los organismos que tienen a su cargo la impartición de la protección subsidiaria que requieren legalmente los incapaces que no puedan gobernarse por sí mismos. El artículo cuatrocientos cincuenta y cuatro del Código Civil dispone que la tutela se desempeñará por el tutor con intervención del procurador, del Juez de los Familiar y del Consejo Local de Tutela y, en otras disposiciones, da cabida también al Ministerio Público, a los familiares y aún a terceros con quienes haya convivido el repetido incapaz; es decir, confiere una múltiple ingerencia de particulares y funcionarios, con la que pretende salvaguardar armónicamente la individualidad del desprotegido, y si bien resulta justificado incrementar sus garantías, el exceso de colaboradores puede provocar conflictos y trastornar las vías de cualquier solución.

Analizando las actividades del tutor, encontramos que el principal problema con que se enfrenta para el desempeño ordinario de su cargo, es de carácter patrimonial, pues como indican los hermanos Mazeaud, su poder de representación se restringe gravemente ante una manifiesta desconfianza expuesta normativamente en múltiples limitaciones y responsabilidades, que le impiden realizar actos urgentes que no se conllevan con las dilaciones de todo proceso judicial, o con actos de cierto riesgo que reclama la vida de los negocios. En efecto, existen multitud de disposiciones prohibitivas y amenazadoras como son las de que: cualquier gasto extraordinario que no sea de conservación o reparación necesita ser homologado, o que, dentro de tres meses de haberse reunido dos mil pesos, deberán invertirse en segura hipoteca calificada bajo la responsabilidad del tutor, cuando sólo los gastos notariales del caso serían superiores y, todavía más, se le advierte que tendrá que pagar los créditos legales mientras dicho capital no fuere impuesto.

A fin de contrarrestar esta marcada suspicacia para la buena conducta de un tutor seleccionado por su honorabilidad, caucionado en su manejo administrativo, y sobrevigilado en demasía, nos permitimos sugerir que desde que entre al ejercicio de la tutela, se impongan los bienes o valores generales del pupilo, en un fideicomiso de administración financiera que reduzca la intervención económica del tutor, traspasando en parte su responsabilidad a la institución de crédito fiduciaria conforme a las siguientes disposiciones que, como se comprenderá, sólo podrán ser aplicadas a las tutelas legítima o dativa que la Ley oficiosamente impone, y no así a la tutela testamentaria que se regularía por el régimen impuesto conforme a la voluntad del testador.

Capítulo de los regímenes patrimoniales de las tutelas legítima y dativa

Artículo. Tan pronto como se declare que ha lugar a las tutelas legítima o dativa, el Juez de lo Familiar, a petición de parte o aún de oficio, proveerá lo conducente a efecto de determinar y proteger el patrimonio del incapaz.

Artículo. El Juez de lo Familiar podrá auxiliarse de trabajadores sociales para los efectos del artículo anterior.

Artículo. Formulado el inventario por el tutor y con intervención del Ministerio Público, el Juez ordenará que la totalidad del patrimonio del pupilo se afecte por el autor mediante un fideicomiso de administración en una institución fiduciaria.

Artículo. El contrato de fideicomiso se celebrará en un término no mayor de tres meses contados a partir de la aprobación del inventario, satisfará los requisitos que reclamara legalmente ese tipo de operaciones y no podrá durar por más tiempo del que, a juicio del Juez, corresponda a la reintegración esperada del pupilo, pero sujetándose siempre a la condición resolutoria de una rehabilitación anterior a la prevista”.

Desde luego vale observar que se trata de una proposición que puede ser sujeta a un profundo análisis por juristas y técnicos especializados en Derecho Bancario, pero no se puede negar, ya se aprovecha en operaciones derivadas de fideicomiso impuestos por testamento para asegurar intereses hereditarios.

Pasando al examen de la distorsión que sufren en su ejercicio otros organismos tutelares, tropezamos desde luego con la intervención del curador quien desde la desafortunada modificación que, de su naturaleza, hizo el Código de 1870, nunca ha sido vigilante eficaz y garantía de los intereses pupilares, ya que se convierte en un auxiliar y coadyuvante del vigilado con quien comparte solamente teóricas responsabilidades.

Prueba cierta de que la actividad del curador sale sobrando en la actualidad, es que dentro de sus funciones de vigilancia, no puede estar materialmente en contacto inmediato con el pupilo y, en consecuencia, controlaría sólo la conducta del tutor, eventualmente y por referencias y mal podría denunciar entonces todo aquello que pudiera ser dañoso. Por otra parte, dependiendo su remuneración del arancel de procuradores, el tutor le dará la menor intervención posible con la justificación de no gravar el patrimonio del incapaz.

Confirma también la inoperancia del cargo de curador el hecho de que la propia ley, excluye la curatela de los casos de pupilos expósitos o indigentes, poniendo en evidencia que, en todo caso, dicha función sólo puede representar ventajas en el aspecto patrimonial y no en el personal que es el preponderante de la tutela.

En consecuencia, nos permitimos sugerir la desaparición de la figura citada que, por sus antecedentes históricos además, se usó siempre con diferentes propósitos a los de unas vigilancia fiscal que hoy sobra durante el ejercicio del desempeño de la tutela.

Por otra parte, el Consejo Local de Tutelas regularmente confundido con el Consejo Tutelar, antes Tribunal para Menores, es otro organismos cuya disfuncionalidad se hace cada día más patente, ya que con motivo del descuido en que el Departamento del Distrito Federal lo sumió desde su origen, se alteró su estructura para que en cada Delegación, hubiera un Consejo compuesto de un presidente y dos vocales designados anualmente por el Regente o sus subordinados, con funciones de información y vigilancia de la actividad tutelar.

Sin embargo, como la inactividad de dichos Consejos persistió, en enero de 1979 el mencionado Jefe del Departamento del Distrito Federal suscribió un convenio de coordinación y colaboración institucional, con el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, en cuyos términos delegó el derecho de integrar los repetidos cuerpos de asistencia, en favor de la Procuraduría de la Defensa del Menor, dependiente del mencionado Sistema. Una vez que los Consejos se establecieron se les dio el carácter de órganos autónomos aunque dirigidos por una jefatura de control central, y se gestionó procurarles una personalidad que les reconoció sin discusión alguna el Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el 9 de julio de 1979, a moción de su presidente.

Dejamos en manos de los juristas especializados en Derecho Administrativo o Constitucional, precisar la legitimidad de la transferencia, delegación o concesión apuntada, y hecha en favor de una dependencia de un organismo público descentralizado, pero lo cierto es que tres años después de dicho acto, la utilidad del mencionado traspaso sigue siendo sospechosa, ante la desconfianza creada por su representación dudosa y, todavía más, por su incompleta capacidad para estructurar las funciones que le han sido encomendadas.

El Ministerio Público que, entre otras funciones, es encargado de velar por el cumplimiento de las leyes, actúa en materia tutelar con las labores específicas de suplir al tutor mientras es designado en las sucesiones y de mantener una permanente vigilancia en la idoneidad y garantía de los tutores pero es notorio que su intervención se circunscribe generalmente a promover ante el Juez, la práctica de diligencias infundadas que sólo demoran la tramitación de los procesos familiares creando una desorientación entre las partes litigantes, quienes siempre procuran a toda costa, se omita su comparecencia.

Al respecto, convendría determinar en forma sistemática y ordenada la verdadera función del Ministerio Público dentro de la tutela, modificándose las disposiciones legales relativas del Código Civil, en forma que sus promociones judiciales sean determinantes y consistentes y sobre todo que puedan sostenerse ante las autoridades superiores correspondientes, sin necesidad de tener que constituir separadas unidades de promoción social familiar como lo viene haciendo en forma independiente.

Por otra parte, es manifiesta la ausencia de uniformidad legal que debe existir entre los familiares del incapaz y los funcionarios públicos encargados de procurar por el bienestar del mismo; y aún más, la discordancia que tienen entre sí los propios funcionarios abogados, pues si a los primeros no se les pre-

cisa por ley, su responsabilidad, ordinariamente se desatienden del sentido de solidaridad que es fundante de cualquier tutela, y los segundos, con esta misma pauta, confunden sus atribuciones exhibiendo una falta de coordinación que pone en peligro los intereses del pupilo.

La demostración palpable de estas reservas funcionales, se aprecia en las actividades del llamado Consejo Tutelar del D. F., dependiente de la Secretaría de Gobernación con fines de readaptación social, que nunca hace contacto con el Tribunal Superior del D. F. y los jueces familiares, a pesar de que dicho Consejo conoce diariamente de infinidad de casos de menores que requieren la protección tutelar más elemental.

Para corregir estas anomalías, convendría establecer disposiciones legales que promuevan una comunicación institucional, ya que se trata de un servicio en que los organismos públicos deben actuar de consumo para el logro de propósitos comunes.

Hemos dejado para el final el análisis de las funciones que se atribuyen al Juez Familiar y que convierten, de hecho nuestro sistema tutelar, en un tipo de tutela de autoridad, y no mixta como se considera doctrinalmente.

El Juez Familiar cuya capacidad jurisdiccional, no ya profesional, ha sido excesivamente recargada frente a la de los jueces civiles, es en realidad el director de la tutela pues, como se dijo antes, para la generalidad de los actos el tutor debe obtener su licencia, y ésta sólo puede lograrse a través de un procedimiento impráctico y dilatado.

Desde luego, aparece el juez como el tutor inmediato y provisional de todos los menores sin tutor definitivo, enseguida como un impulsor oficioso del trámite de las medidas protectoras y finalmente como un revisor de las funciones tutelares con responsabilidad tan seria como la de que su omisión en el cumplimiento de las prescripciones relativas a la tutela, lo colocan además de tener que sufrir las penas en que incurra conforme a la ley, en la obligación de pagar los daños y perjuicios que sufran los incapaces, y todavía más, es subsidiariamente responsable de los daños y perjuicios que sufren los incapacitados por no haber exigido que se caucione el manejo de los tutores.

Esta exigencia se vuelve crudamente utópica, pues es sabido que los juicios de responsabilidad de los funcionarios públicos con excepcionales, pero si se considera que lamentablemente nuestros jueces están mal pagados y algunos son seleccionados arbitrariamente, ello conduce a confirmar que se hace indispensable una ordenación normativa de la tutela sobre bases conscientes, útiles y aplicables.

Cabría, a mayor abundamiento, sugerir el establecimiento de la tutela en nuestro Código Civil, para dar satisfacción al derecho que tienen las personas expuestas a caer en estado de interdicción o inhabilitación de designar con antelación a la declaración de incapacidad, una persona de confianza para desempeñar su tutela, en la debida oportunidad, con el mismo régimen de la testamentaria.

Con tal objeto se sugieren más reformas que, adicionadas en un sistema cabal y simple, constituirán una evolución con el Derecho Nuevo que debe im-

perar como dice Escobar de la Riva, *no como escolta sino como heraldo de la realidad*.

En resumen, concluyo mis observaciones y comentarios sobre la manifiesta disfuncionalidad de los organismos tutelares, con las siguientes proposiciones:

I. Extender la protección tutelar hasta reintegrar al huérfano a su propia familia o a la de un tercero idóneo.

II. Debe establecerse un fideicomiso de administración que comparta la conflictiva responsabilidad patrimonial de los tutores legítimos y dativos.

III. Es de borrar la intervención de curador por distribuirse actualmente sus funciones en otros organismos auxiliares.

IV. Es discutible la reorganización de los Consejos Locales y Tutelas bajo el control del D.I.F. y sin programa complementario.

V. Las funciones del Ministerio Público y de los familiares carecen de una coordinación sistemáticamente útil.

VI. El Juez de lo Familiar dirige, en nuestro medio, una tutela típica de autoridad con responsabilidad ilusoria.

VII. Se recomienda la inclusión de la tutela como nuevo derecho del presunto incapaz.