



308909
13
24

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
FACULTAD DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNAM

**LA PROTECCION DE LOS MENORES
EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:
MAGDALENA HAMBLETON MERCADO

Director de Tesis:
Lic. Francisco José Contreras Vaca

México, D.F.

1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

A mis padres.

Enrique Eduardo Hambleton Rodríguez
Ma. Magdalena Mercado de Hambleton

Con todo mi amor y mi agradecimiento
porque sin ellos jamás hubiera sido po-
sible; porque su dedicación y entrega
motivaron siempre mis estudios, y sob-
re todo porque son los mejores padres
que Dios nuestro Señor me pudo haber
dado.

A mis hermanos:

Enrique y Alicia

Quiénes me soportaron con amor
y paciencia cuando más difícil
era el camino para mí.

Al amor de mi vida:

mi esposo Bruno P. Galli Mondragón
porque le da sentido a mi existencia,
con su amor y ternura, permitiéndome que
yo descubra día con día el milagro de
amar.

A mis abuelitos:

Dr. Adán Mercado Cerda
Ma. Magdalena Valdés de Mercado

porque siempre han sido un modelo de vida y,
el más dulce de los ejemplos a seguir como ser humano.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO I

CONCEPTOS GENERALES

I.1).- La patria potestad.....	2
I.2).- La adopción.....	8
I.3).- La tutela.....	15

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROTECCION DE LOS MENORES EN EL DERECHO COMPARADO

II.1).- La patria potestad.....	28
a).- Francia.....	28
b).- España.....	30
c).- Italia.....	35
d).- Bolivia.....	38
II.2).- La adopción.....	47
a).- Chile.....	47
II.3).- La tutela.....	58

a).- Argentina.....	59
b).- España.....	72

CAPITULO III

LOS MENORES FRENTE A LA
LEGISLACION MEXICANA

III.1).- El menor frente a la Constitución.....	87
III.2).- El menor frente a la Ley Federal del Trabajo.....	89
III.3).- El menor frente al Código Civil.....	91
III.3.a).- La adopción.....	95
III.3.b).- Patria potestad.....	99
III.3.c).- La tutela.....	107

CAPITULO IV

EL TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES Y SU PROTECCION
EN EL DERECHO INTERNACIONAL

IV.1).- ¿Qué se entiende por tráfico internacional de menores?.....	116
IV.2).- Axiología del tráfico internacional de menores...	117
IV.2.a).- El niño y el adolescente.....	118
IV.2.b).- El entorno social del niño.....	122
IV.2.c).- El preadolescente y el adolescente temprano.....	124

IV.2.d).- La educación y el ideal social.....	125
IV.3).- Formas del tráfico internacional de menores.....	132
IV.3.a).- Beneficiencia.....	132
IV.3.b).- Infantes de origen desconocido.....	133
IV.3.c).- Elaborada obtención de menores.....	134
IV.3.d).- Internado de abandonados.....	135
IV.3.e).- Expatriación de menores.....	141
IV.4).- Los fines antisociales del tráfico internacional de menores.....	145
IV.5).- Los bienes tutelares y de protección judicial en el tráfico internacional de menores.....	146
IV.6).- Regulación internacional para evitar el tráfico de menores.....	148
IV.7).- Legislación mexicana tendiente a evitar el tráfico de menores.....	157
IV.8).- Postura de los estudiosos de los Derechos del Niño y el tráfico internacional de -- menores.....	163
CONCLUSIONES.....	170
BIBLIOGRAFIA.....	205

INTRODUCCION

Revertirnos al Derecho Romano es como recorrer las páginas de un libro antiguo, donde se escribieron los fundamentos de nuestra actual legislación y hemos hallado las páginas donde se reguló la protección del menor en aquella época, a través de tres instituciones jurídicas: Patria potestad, tutela y adopción.

Las características de cada una de estas figuras jurídicas resultan de sumo interés, por lo que, las analizaremos en el primer capítulo.

Con el correr del tiempo, las instituciones mencionadas han sufrido una completa transformación; sin embargo, se ha acentuado el pensamiento jurídico de que las mismas, deben responder a las exigencias de la comunidad social, conforme a los principios de la naturaleza humana; por lo que su configuración, no debe dejarse a la disposición arbitraria de la ley, sino que ha de ser reflejo de la ordenación jurídica que requiere la comunidad, observando las diferencias naturales que existen en la misma y que solo un Derecho adecuado puede captarlo, al ser expresión genuina de los mandatos de la ley natural.

Por tal razón, en el segundo capítulo, analizaremos las tres instituciones familiares indicadas, a la luz de diversas legislaciones extranjeras, percatándonos de que aun teniendo redacciones diferentes, el objetivo es el mismo: proteger al menor.

Después de haber estudiado diversas legislaciones en derecho comparado, en el tercer capítulo, nos avocaremos a identificar en nuestra legislación, las disposiciones que tienden a la protección del menor, examinando para tal efecto, la Constitución, la Ley Federal del Trabajo y el Código Civil. En este último, identificamos las tres figuras tantas veces mencionadas.

El tráfico internacional de menores -tema central de la presente investigación-, se estudiará en el capítulo cuarto, en donde expondremos la axiología de esta actividad, tomando en consideración las características biológicas de niños y adolescentes, así como su entorno social y el ideal de educación.

Asimismo, expondremos las formas generalizadas de tráfico internacional de menores, que son: Beneficencia, infantes de origen desconocido, elaborada obtención de menores y por último, Internado de abandonados.

CAPITULO I

CONCEPTOS GENERALES

Al hablar de la protección de los menores, de inmediato asociamos esta idea con la familia, a la que se le considera como "la institución ética, natural, fundada en la relación conyugal de los sexos, cuyos individuos se hallan ligados por lazos de amor, respeto, autoridad y obediencia; institución necesaria para la conservación, propagación y desarrollo, en todas las esferas de la vida, de la especie humana".¹

El espíritu de familia, base de la sociedad civilizada, hace que la vida de ésta sea contemplada por el Derecho a efecto del cumplimiento de sus fines; de lo que surge como consecuencia un Derecho de Familia, el que se refiere principalmente a su constitución, régimen, organización y extinción. La base de la familia es el matrimonio, cuyo régimen es regulado por la ley. Las instituciones familiares, que están reconocidas expresamente por todos los códigos son: el matrimonio, la paternidad y filiación, patria potestad, tutela, adopción y emancipación.

La investigación se enfocará únicamente hacia tres de las instituciones familiares mencionadas, a saber: a).- La patria potestad; b).- La adopción y c).- La tutela.

¹ SANCHEZ ROMAN, citado por CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, 8a. ed., Editorial Hellsta, S.R.L., Tomo II, 1974, Buenos Aires, pág. 176.

I.1).- La patria potestad.

Es considerada como 'el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales'.

Esta institución ha sido establecida por el Derecho con la finalidad de asistir y proteger a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido decretada legalmente; ya sea tratándose de hijos nacidos en matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos, respecto de los cuales quedó establecida legalmente la filiación consanguínea o civil.

Ahora bien, regresemos en el tiempo y ubiquémonos en Roma, para conocer los antecedentes de esta institución:

La familia romana tuvo características muy peculiares: Se organizó como agrupación patriarcal, donde convivían dos tipos de parientes: los agnados y los cognados. Los primeros tenían como característica el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital; se puede decir que son descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad, o que le estuvieren sometidos si aun viviera; por el contrario, los segundos eran parientes en virtud del parentesco que unía a las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendiendo de un autor común

(línea colateral), sin distinción de sexo; es por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza, ² adquiriendo estabilidad y duración, facilitando la transmisión hereditaria.

Sin embargo, el rasgo distintivo de la familia romana antigua fue el vasto poder del padre sobre sus hijos y demás miembros del hogar, al estar investido de un conjunto de poderes y derechos en el ejercicio de su autoridad, fungiendo como sacerdote, juez o legislador, según el caso, llamándose a esta reunión de poderes y derechos: 'patria potestas'.

A quien ejercía la patria potestad se le denominaba 'pater familias', quien era dueño de los bienes, señor de los esclavos, patron de los clientes y titular de los 'iura patronatus' ³ sobre los libertos.

Asimismo, ejercía su poder doméstico no sólo sobre la mujer propia y los hijos, sino sobre las esposas de ellos, los nietos, los adoptados o arrogados y los esclavos. Esta soberanía doméstica fue reconocida expresamente en las XII Tablas con carácter absoluto sobre vida y muerte de los hijos; aunque para privarles de la vida o de la libertad, se estimaba que el jefe de familia debía convocar al Consejo de la misma, integrado por los miembros de la 'gens', especialmente los hermanos, que a su vez también eran padres de familia. Absoluta en el contenido, la patria potestad lo

² Cfr. PETIT, Eugene, Derecho Romano, 4a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1988, México, pág. 96.

³ Derechos que ejercía el dueño sobre el liberto.

era también en el tiempo, ya que duraba mientras el padre viviera, aunque podía salirse de su potestad para entrar en la de otro ciudadano, bien por matrimonio, adopción o arrogación. Los hijos, aun ganándolos por sí mismos, no eran dueños de bienes algunos, ni podían otorgar testamento mientras tuvieran padre.

Ahora bien, el poder ejercido respecto de la mujer se denominó 'manus', que puede equipararse a una naturalización doméstica de la mujer a la 'domus' del marido y que podía verificarse con independencia de todo matrimonio.

El conveni 'in manus' se efectuaba de tres modos:

a).- Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de la 'conferratio', ceremonia religiosa en honor a Júpiter y durante la cual, los cónyuges debían comer un pastel de trigo.

b).- Acto solemne en que intervenían el antiguo 'pater familias' de la novia y el nuevo y que algunos autores consideran como un recuerdo de la compra de la esposa: 'co-emptio'.

c).- Asimismo, podía resultar del 'usus', por el cual una esposa, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambiaba su nacionalidad doméstica. No se trataba de un convenio que operara por el mero transcurso del tiempo, sino

que se necesitaba para este cambio de la condición jurídica de la mujer el consentimiento formal del original 'pater familias' o del tutor de la mujer. *

Cuando la esposa no deseaba estar bajo el poder del marido, solía participar en las fiestas religiosas de su antigua 'domus' para demostrar que seguía sujeta a ésta; de ahí que la ausencia de la esposa, durante tres días, fue considerada como un indicio de que el matrimonio había sido celebrado 'sine manu'.

Una vez que la esposa había entrado en alguna 'domus' distinta a la original, el nuevo 'pater familias' -su suegro o marido-, tenía un poder sobre ella, análogo al que tenía sobre sus hijas. Mediante el convenio 'in manus', la esposa entraba en la nueva familia, ocupando el lugar de una nueva hija.

Otra forma de autoridad ejercida por el 'pater familias' era la 'mancipium', siendo los casos principales: a).- Cuando el jefe de familia pobre confería con frecuencia a un tercero el derecho sobre su hijo, mediante un precio a título de garantía y b).- Cuando el hijo 'alieni juris' ² había causado por un delito, algún daño a otro, el padre podía cedérselo.

"La patria potestad se extinguía por las siguientes causas:

* Cfr. MARGADANT S, Guillermo F., Derecho Romano, 18a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1932, México, pág. 193.

² Persona sometida a la autoridad de otro.

- a). Por la muerte del padre;
- b). Por la muerte del hijo;
- c). Por la adopción del hijo por otros 'pater familias';
- d). Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o en el derecho Justiniano, también burocráticos;
- e).- Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la 'domus') hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.

En tiempos de la República, la 'emancipatio' se hizo mediante tres ventas ficticias, y así se practicó todavía en tiempos imperiales, hasta que Anastasio dispuso que se necesitaba para ella un 'rescripto' imperial. Poco después, Justiniano dispone que bastaba una declaración ante un magistrado.

f). Por disposición judicial, como castigo del padre, o automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio, caracterizado por su pobreza general. ⁶

⁶ Cfr. MARGADANT S., Guillerma, Op. Cit., pág. 206.

Como se aprecia, la base sobre la que descansa la organización de la familia romana, difiere enteramente de la familia moderna. En efecto, en la actualidad, el grupo familiar está constituido por los parientes consanguíneos y toma su origen del concepto de descendencia, sino solamente indica una organización autónoma como un poder de mando.

Esta autoridad dictatorial absoluta, que en sus orígenes se atribuía al 'pater familias', durante el desenvolvimiento del derecho romano fue suavizándose a través de los siglos. Así, por ejemplo, un edicto de Constantino, atenuó las facultades del padre y mejoró grandemente la situación del hijo. Sucesivas atenuaciones en el desarrollo del derecho romano, sufrió desde este poder o autoridad constitutivo de la patria potestad, como puede observarse fácilmente a través de la institución de los 'peculios'.

En efecto, desde el punto de vista patrimonial, en sus orígenes, el jefe de familia, como 'sui juris' ⁷ era el titular del patrimonio de sus hijos y de sus esclavos, que mientras permanecían en la patria potestad o en 'mancipium' eran 'alieni juris'. Después, al reconocerse la facultad del 'pater' para otorgar a sus hijos un patrimonio en la administración y usufructo, en el peculio castrense, el peculio casi castrense y la 'bona adventicia', permitió a éstos, sustraerse paulatinamente a la autoridad paterna.

⁷ Persona libre de toda autoridad.

I.2).- La adopción.

Por adopción se entiende aquella institución jurídica mediante la cual una persona declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor.

La adopción cumple así con una doble finalidad: atribuir una descendencia ficticia a quienes no han tenido hijos de su propia carne y establecer la posibilidad de que los menores o incapacitados encuentren de esta manera el cuidado y la protección que requiere su estado. ⁹

Donde mayor importancia tuvo en la antigüedad fue entre los Romanos, quienes la consideraban necesaria en los siguientes casos: a). Para continuar con el culto doméstico; b). Para perpetuar el nombre; c). Para obtener beneficios en razón de los concedidos por el número de hijos que se tenían y d). Para legitimar a los hijos ilegítimos.

Los romanos distinguían dos clases de adopción: La adrogación que era la adopción de una persona 'sui juris' y b) La adopción propiamente dicha, cuando el sujeto era una persona 'alieni juris'.

Pues bien, a la adrogación se le considera el modo de adopción más antiguo y contemporáneo del origen de Roma.

Siendo un acto grave el hacer pasar a un ciudadano 'sui juris' -posiblemente padre de familia-, bajo la

⁹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Derecho Civil, 8a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1987, México, pág. 449.

autoridad de otro jefe, se hacía necesario una información realizada por los pontífices y en virtud de una decisión de los comicios por curias, se decretaba la adrogación.

Tanto el Estado como la religión se interesaban en la adrogación ya que, podía provocar la desaparición de una familia y la extinción de un culto privado, por lo que era necesaria la información de los pontífices respecto a la procedencia de la misma y en el caso de que la opinión fuese favorable, la adrogación se sometía y sancionaba su aprobación.

En virtud de la trascendencia de la adrogación el proceso únicamente se podía llevar a cabo en Roma, lugar donde se reunían las curias; sin embargo, este era un mero requisito formal, ya que el factor que determinaba consumada la adopción, era la autoridad de los pontífices.

En un principio, las mujeres no podían ser adrogadas, pero durante el imperio de Diocleciano, se decretó que las mismas también podían ser sujetas a la adrogación y además esta fue posible, tanto en Roma como en las provincias.

Siguiendo el mismo orden de ideas, vemos que los efectos de la adrogación consistían en que el adrogado pasaba bajo la autoridad paterna del adrogante y entraba como 'agnado' en su familia civil, no siendo más que el 'cognado' de sus antiguos 'agnados'. Los descendientes sometidos a su autoridad antes de la adrogación, y si

luyese mujer 'in manus' seguían la misma suerte, por lo que el adrogado participa desde entonces en el culto privado del adrogante.

Asimismo, este cambio de estado provoca una modificación en su nombre ya que toma el nombre de la 'gens' y el de la familia donde entra.

El patrimonio del adrogado pasa a manos del adrogante, en virtud de haberse convertido en una persona 'aliene juris'; sin embargo, Justiniano decidió que el adrogante sólo tuviera el usufructo de los bienes del adrogado.

La adrogación de los impúberes fue regulada de manera especial, ya que se temía que en virtud de la falta de reflexión para apreciar las consecuencias de un acto tan grave para sí y para su familia, quedara a la deriva.

Los pontífices debían realizar una información con severidad especial, debiendo enterarse estrictamente de la fortuna y edad del adrogante, si era honrado y si la adrogación resultaría positiva para el pupilo; todos los tutores del impúbero debían dar su aprobación; para proteger los derechos de los presuntos herederos del pupilo, el heredero debía prometer y garantizar devolver los bienes del adrogado si éste muriese impúbero, quedando libre de este compromiso cuando el adrogado llegase a la pubertad.

Los intereses del impúbere quedaban protegidos aun después de la adrogación porque, desde el momento en que llegaba a la pubertad, podía, si la adrogación no era ventajosa, dirigirse al magistrado para romperla y recobrar sus bienes y su calidad de 'sui juris'; además, el adrogado, aun impúbere, emancipado por el adrogante, sin motivo justificado, tenía derecho a: a). La restitución de su patrimonio en el mismo estado en que estuviese antes de la adrogación y b). A la cuarta parte de la sucesión del adrogante.

Por su parte, la adopción propiamente dicha, fue más reciente que la adrogación, resultando ser un acto de menor gravedad y que no exigía la intervención de los pontífices, ni del pueblo, pues al ser el adoptado 'alieni juris', no desaparecía una familia ni se extinguía un culto. Asimismo, la adopción se aplicaba tanto a los hijos como a las hijas, de donde se deduce, que para el adoptante consistía en un medio de obtener un heredero de uno u otro sexo, mas bien que para asegurar la perpetuidad de su familia o de su 'gens'.

La adopción se llevaba a cabo a través de la autoridad de un magistrado quien debía efectuar dos acciones: 1). Romper la autoridad del padre natural y 2). Hacer pasar al hijo bajo la del padre adoptivo. Para obtener el primer resultado se aplicaba la disposición de las XII Tablas que declaraba caduca la autoridad del padre que hubiere mancipado * a su hijo tres veces y con el objeto

* Acción de mancipar.- En el Derecho civil romano: Es una autoridad que puede pertenecer a un hombre

de que el adoptante adquiriera sobre el hijo la autoridad paterna, se llevaba a cabo una cuarta mancipación en donde éste cede al hijo a su padre natural, yendo todos después al magistrado, donde tenía lugar la ficción del proceso: el padre adoptivo sostenía que tenía la autoridad paterna sobre su hijo y como el padre natural no lo contradecía, el magistrado sancionaba la pretensión.

Es necesario hacer notar que en tiempos de Justiniano, se simplificó el procedimiento de adopción, quedando consumada por una sencilla declaración de las partes delante del magistrado.

Los efectos de la adopción eran los siguientes:

En el Derecho clásico, el adoptado salía de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos de agnación, para conservar únicamente la cualidad de cognado, aunque entrando en la familia del padre adoptivo, adquiría éste sobre él la autoridad paterna, siendo modificado su nombre como si fuera el caso de adrogación; v.gr. el hijo de Aemilius Paulus, adoptado por Publius Cornelius Scipio, toma el nombre de Publius Cornelius Scipio Aemilianus; pero bajo el Imperio fue abandonada esta costumbre; el adoptado al tomar el nombre del adoptante, añadía sencillamente uno de los nombres de su padre natural, guardando casi siempre el apellido y alguna de las denominaciones que llevaban antes de la adopción.

libre sobre una persona libre y que depende a la vez de la autoridad paterna y de la del señor. Sólo podían darse 'in mancipio' los hijos bajo la potestad paterna, y las mujeres 'in manu'.

La adopción conllevaba riesgo para el adoptado puesto que, perdía el derecho de sucesión de su familia natural, aunado a la cualidad de 'agnado'; y además, si con el tiempo, el padre adoptivo, le emancipaba después de la muerte del padre natural, perdía también la esperanza de la herencia del adoptante.

Para remediar este inconveniente, Justiniano realizó en el año 530, la siguiente reforma: En lo sucesivo debía hacerse una distinción: a). Siendo el adoptante un 'extraneus', ¹⁹ la autoridad paterna continuaba, el adoptado, no cambiaba de familia; adquiría únicamente derechos 'ab intestato' del adoptante y b).- Por el contrario, si el adoptante era un ascendiente del adoptado, seguirían vigentes los efectos de la adopción, siendo menor el peligro para el adoptado, pues en el caso de que lo emanciparan, quedaba unido el adoptante por un lazo de sangre y el pretor tenía en cuenta esta circunstancia para hacerle participe de la herencia.

Ahora bien, las reglas generales que regulaban las dos figuras comentadas, fueron:

"a). El adrogado debía consentir en la adrogación; en cambio para la adopción, el consentimiento del adoptado, no era necesario, pues teniendo el jefe de familia el derecho de mancipar al hijo que estuviere bajo su autoridad, podía asimismo, hacerle pasar a otra familia; pero a partir

¹⁹ Una persona que no era ascendiente del adoptado.

de Justiniano, se reguló que el adoptado consintiese en la adopción, o, al menos que no se opusiera.

b). El adoptante tenía que ser mayor que el adoptado; debiendo tener, por lo menos, la pubertad plena, es decir, dieciocho años. En la adrogación se requería que el adrogante tuviera sesenta años.

c). La adrogación solo era permitida a quienes no tuvieran hijos, bajo su autoridad. No era impuesta la misma condición al adoptante como al adoptado, puesto que éste estaba generalmente como hijo en la familia adoptiva, pudiendo también entrar como nieto nacido de un hijo difunto, o de un hijo aun en vida, puesto que a la muerte del hijo de familia el adoptado caía bajo su autoridad.

d). Las mujeres al carecer de autoridad paterna, no podían adoptar; sin embargo, Diocleciano otorgó esta facultad a una madre a quien se le habían muerto sus hijos, dándose más tarde, concesiones de este género.

e).- Los esclavos no podían ser adoptados, aunque una declaración de adopción hecha por el amo, valía para el esclavo su manumisión.

f).- Por lo que se refiere a los hijos nacidos fuera del 'justae nuptie', ¹¹ su adrogación fue permitida en el Derecho clásico sin ninguna restricción. Bajo el imperio de Justino le es permitido al padre hacer uso de la

¹¹ Matrimonio legítimo conforme a las disposiciones del Derecho Civil en Roma.

legitimación por matrimonio posterior o 'rescripto',¹² lo cual atenúa los desastrosos efectos de esta prohibición".

13

I.3).- La tutela.

"La palabra tutela procede del verbo latino 'tueor' que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio".¹⁴

Por su parte, el profesor Calixto Valverde y Valverde opina que la tutela es "una manera de dar protección social a los débiles y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano".¹⁵

Ahora bien, entre los Romanos, la tutela se daba en dos casos: 1). Respecto de los impúberes 'sui juris' de uno u otro sexo, según la edad y b). De las mujeres púberes 'sui juris', por razón de su sexo.

¹² Solemne decisión pontificia, imperial o de otro soberano acerca de consulta o petición.

¹³ PETIT, Eugene, Op. Cit., p.p. 116-117.

¹⁴ GALINDO GARFÍAS, Ignacio, Op. Cit., pág. 632.

¹⁵ Tratado de Derecho Civil Español, 4a. ed., Editorial Valladolid, tomo IV, Parte Especial: Derecho de Familia, 1938, Valladolid, pág. 535.

En el primer supuesto, el impúbere tenía necesidad de un protector al haber nacido 'sui juris', ya fuera de matrimonio legítimo, o bien, si nacido bajo la potestad paterna, hubiere salido de ella antes de la pubertad; llamándose a este protector 'tutor'.

En tiempos de Servio Sulpicio, definió a la tutela como "un poder dado y permitido por el Derecho Civil sobre una cabeza libre para proteger a quien, a causa de su edad, no podía defenderse por sí mismo".¹⁶

En esta definición se aprecia que la tutela es 'un poder dado y permitido por el Derecho Civil', que da a entender los dos tipos de tutelas que se habían instituido por la ley de las XII Tablas, de acuerdo a la cual, era permitido al padre de familia nombrar por testamento, un tutor a su hijo impúbere, y si no había hecho uso el padre de esta facultad, se difería la tutela por la misma ley a los agnados.

También se dice que la tutela 'se da para proteger'; con el objeto de distinguirla de la patria potestad, indicando que a diferencia de ésta -que daba al padre de familia la propiedad de los bienes, y primitivamente hasta la de la persona del que estaba sometido a ella-, la tutela, simple poder protector, sólo tenía como finalidad conservar los bienes del pupilo y defender su persona.

¹⁶ PETIT, Eugene, Op. Cit., pág. 125.

Asimismo, la propia definición indica que, esta institución, tenía como otro fin, proteger a los que no pudieran defenderse 'a causa de su edad'; dándole un carácter distintivo.

De igual modo expresa la definición que el poder de la tutela se daba 'en o sobre una cabeza libre', porque solo se ejercía en las personas libres, quienes tomaban el nombre de 'pupillus'.

Así, el poder concedido al tutor no constituía una verdadera potestad ya que difería notablemente de la potestad paterna; por lo que el impúbero sometido a la tutela no quedaba menos 'sui juris'; el tutor no tenía el derecho de corrección ni autoridad sobre la persona del 'pupillus', concluyendo la tutela en la pubertad.

En esta institución se encontraban unidos el interés de la familia con el del incapaz ya que, si el impúbero tenía necesidad de un protector para administrar su patrimonio e impedir que un tercero abusara de su debilidad, la conservación de sus bienes era de grandísima importancia para los miembros de su familia, llamados a heredarle a su muerte; por tal razón, la ley de las XII Tablas, dando satisfacción a este doble interés, confiaba la tutela a los agnados o al patrono del impúbero.

Asimismo, la tutela estaba considerada como una carga pública 'manus publicium', siendo necesaria para

cumpliría ser libre, ciudadano o del sexo masculino y además un hijo de familia podía ser tutor, porque la autoridad paterna sólo tenía efecto en el orden privado.

Posteriormente, en el siglo VI en Roma, surgió la idea de que la sociedad debía intervenir en la protección del incapaz si la familia no era suficiente; por ello, a falta de tutor agnado o de tutor testamentario, el magistrado se encargaba de nombrarle un tutor.

Los tipos de tutela que prevalecían, eran:

1). Tutela testamentaria; 2). Tutela legítima de los agnados; 3). Tutela legítima de los gentiles y 4). Tutela diferida por el magistrado.

La primera, era la tutela más importante. El derecho a nombrar tutor testamentario, en su origen, era atributo de la potestad paterna, pues sólo podía hacer uso de ello el padre de familia para los impúberos, que a su muerte se convertían en 'sui juris'; sin embargo, en la época clásica, se tenían también en cuenta la cualidad de ascendiente o los sentimientos de afecto del testador y para esto, se dieron las siguientes soluciones: a). Cuando un padre hubiera nombrado a un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debía ser confirmado por el magistrado, sin información previa alguna; b). En el caso de que la madre fuera designada tutor, la confirmación del cargo sólo tendría lugar después de una información sobre la honradez y habilidades de la misma y c). Si la designación

de tutor recaía en el patrono del impúbero o en un 'extranus', el magistrado debía confirmar también el nombramiento, pero después de la información y únicamente si el impúbero, no teniendo más fortuna, hubiese sido instituido heredero por el testador.

El tutor debía ser designado por su nombre y en forma imperativa y podía hacerse este nombramiento -según el criterio precluyano-, antes de la institución de heredero, prevaleciendo esta opinión sobre el formalismo sabiniano; asimismo, podía -este nombramiento-, suspenderse o limitarse por un término o por una condición, lo cual no podía efectuarse en las otras especies de tutelas.

El jefe de familia también podía designar a uno o varios tutores y esta pluralidad de tutores era muy frecuente entre los romanos, pues consideraban que el 'pupillus' encontraba protección y garantías más completas.

La segunda -tutela legítima de los agnados-, se establecía a través del agnado más próximo del 'pupillus' y en el caso de que hubiera varios en el mismo grado, todos eran nombrados tutores.

Una característica especial en este tipo de tutela se verificó cuando, Justiniano, al crear un nuevo sistema de sucesiones 'ab intestato', al modificar los principios de esta tutela y desde entonces los derechos de la familia natural aventajaban a los de la familia civil.

En este supuesto, la tutela y la sucesión son otorgadas al pariente más próximo, ya fuera agnado o cognado y en su caso, se difería a la madre o al abuelo del impúbero, con preferencia a los colaterales.

La tutela legítima de los gentiles -tercera clase de tutela-, se verificaba cuando, no habiendo agnado, pasaba la sucesión a los gentiles ¹⁷ y por ende, la tutela debía serles concedida.

Sin embargo, este tipo de tutela no permaneció por largo tiempo, recurriendo para reemplazarla al nombramiento de tutor por el magistrado.

La cuarta especie de tutela, la que era diferida por el magistrado, surgió cuando cayó en desuso la gentilidad y preocupados por llenar este vacío, los romanos asignaron un tutor al impúbero que no tenía agnados, siendo regulada en 2 leyes:

En la 'Ley Atilia', se otorgaba el derecho a nombrar los tutores en Roma al pretor urbano y a la mayoría de los tribunos de la plebe.

Esta función otorgada a los magistrados era distinto a las distribuciones ordinarias de las mismas y no podía ser susceptible de delegación.

¹⁷ Persona que era considerada pariente en una familia en razón del 'nomen gentilius'; es decir, en razón del nombre de la 'gens'.

Por su parte, la 'Ley Julia Titia' concede el mismo poder de designación, al presidente de las provincias.

Sin embargo, este sistema de designación fue modificado con cierta frecuencia y Claudio, otorga a los cónsules el derecho de nombrar tutores; Marco Aurelio creó para este cargo un pretor especial 'praetor tutelaris', que más tarde compartió su competencia con el prefecto de la vida. Estos magistrados superiores sólo podían nombrar tutor después de información sobre su moralidad y fortuna. En las provincias, los presidentes permanecieron siendo los más competentes para los pupilos más ricos, con la garantía de una información.

Ahora bien, el nombramiento de tutor por el magistrado se verificaba por un estado de necesidad, al no existir un tutor testamentario ni legítimo; sin embargo, cuando hubiere tutor testamentario en función de un término o condición, pero si estaba prisionero del enemigo o enfermo de locura, se procedía a abrir la tutela legítima de los agnados mientras se esperaba el término fijado, la vuelta de su cautiverio o su curación.

Ahora bien, respecto a la tutela de las mujeres 'sui juris' por razón de su sexo, cabe hacer los siguientes comentarios:

La tutela para las mujeres púberes 'sui juris' era permanente al considerar la ligereza del carácter de la mujer y su inexperiencia en los negocios; sin embargo, es de

hacerse notar que este tipo de tutela tenía más bien por objeto resguardar la fortuna en favor de los agnados y no su protección personal, evitando de esta forma que la mujer hiciera enajenaciones entre vivos o testar en perjuicio de las personas que debían heredarla 'ab intestato'.

La función fundamental del tutor de la mujer púbera radicaba en autorizar ciertos actos, como para enajenar las 'res mancipi'; esto es, los objetos más preciados para hacer testamento; para aceptar una herencia; para contraer una obligación; para hacer una remisión de deuda; para sostener en proceso regulado por el Derecho Civil, entre otras; sin embargo, tenían capacidad más amplia que el 'pupillus', pudiendo obrar por su cuenta, al enajenar sus 'res nec mancipi', es decir, prestar su dinero o hacer o recibir un pago.

La tutela para la mujer púbera sólo terminaba por la muerte o cuando se daba en adrogación o caía 'in manus'.

Este tipo de tutela, al fin de la república, inició su decaimiento en virtud de las siguientes circunstancias:

1o. Desde el siglo VI le fue permitido al marido, teniendo su mujer 'in manus', dejarla por testamento y designándole un tutor a quien se le denominaba 'tutor optivus', pero más tarde la mujer podía liberarse de una tutela desagradable, haciendo uso de un 'comptio fidgeae causae', en donde ésta se vende a un tutor elegido, quien la

emancipara y por tal razón, se convertía en su 'tutor fiduciario'.

2o. En tiempos de Augusto, y en el caso de que el tutor legítimo padeciendo locura o ausente, es decir, que fuera incapaz para otorgar su 'auctoritas', existían ciertas disposiciones legislativas que permitían a la mujer nombrar un tutor capaz para proceder en algunos actos de suma autoridad, tales como la constitución de una dote para casarse o la aceptación de una herencia.

Asimismo, las leyes 'Julia y Papia Poppaea', dispensaban de la tutela a la mujer teniendo el 'Jus liberorum', es decir, la ingenua que tuviese tres hijos o la manumitida teniendo cuatro, no importando que fueran legítimos o 'vulgo quaesiti', ^{1o} vivos o muertos, como recompensa a la fecundidad de la mujer y una ley 'Claudia', anuló la tutela legítima de los agnados.

Ahora bien, al final del siglo I de nuestra era, no quedaron más que la tutela del patrono y la del ascendiente emancipador, y que conservaban cierta energía, y es más, el magistrado podía obligarlos a dar su 'auctoritas' cuando la mujer tuviera gran interés en enajenar una 'res mancipi' o en contraer una obligación.

Pero la conclusión definitiva de esta institución fue cuando por disposición de Honorio y Teodosio, se

^{1o} Hijos nacidos en el 'cuncubinatus'.

concedió a todas las mujeres el 'jus liberorum' que tenía implícita la dispensa de la tutela.

En otro orden de ideas, pero siguiendo el mismo tema, la tutela se ejercía en hipótesis especiales, tales como:

a). Tutela legítima del patrono y de sus hijos.- Cuando el impúbero quedaba manumitido, iniciaba una nueva familia y como no podía tener ni tutor testamentario ni tutor legítimo agnado, se le designaban como tutor legítimo a su patrono y en caso de muerte de éste, la tutela pasaba a los hijos que tenía bajo su potestad directa y que heredaban los derechos del patronato. En caso de que hubiere varios patronos, se repartían la tutela, pero una patrona nunca podía ser tutora.

b). Tutela legítima del ascendiente emancipador.- Esta tutela se concede a imitación de la anterior: cuando el ascendiente emancipador que habiendo tenido cuidado de volver a emancipar al hijo después de la tercera mancipación, y le manumitía, representaba el papel de un patrono y por tanto, se convertía en tutor del emancipado impúbero, otorgándole el título de tutor legítimo.

c). Tutela fiduciaria.- Este tipo de tutela se presentaba en dos casos:

1o. Cuando a la muerte del emancipado, sus hijos agnados quedaban como tutores fiduciarios de su hermano impúbero.

2o. En el caso de emancipación de un impúbero, el 'manumiser extraneus' que libertó representa el papel de patrono, siéndole concedida la tutela. Se denomina tutor fiduciario porque existe entre él y el jefe de familia un pacto de 'fiducia',¹⁹ para obligarle a manumitir al hijo después de la tercera mancipación. En tiempos de Justiniano, desapareció este caso de tutela.

Por otro lado y en relación a las funciones legales del tutor, los romanos admitían una sabia distinción -que en nuestras leyes vigentes no perdura-, y es que el tutor se ocupaba de la fortuna del 'pupillus' y no de su guarda ni de su obligación. Casi siempre era el pretor el llamado a designar en presencia de los parientes más próximos del impúbero, la persona destinada a educarle, fijando también las cantidades necesarias para ello. Este nombramiento podía hacerlo la madre, el abuelo o cualquier otra persona cuyos méritos o afecciones fuesen garantía para asegurar la buena educación del impúbero. El tutor debía velar únicamente por los intereses pecuniarios del pupilo y no de su persona, significando que el tutor se otorgaba no para un bien o un negocio especial, pero sí para completar la personalidad jurídica del impúbero y administrar el conjunto de su patrimonio.

¹⁹ Este pacto iba unido a una enajenación, para obligar al prestario a restituir o a abandonar su derecho sobre el objeto de la obligación en el momento fijado.

Antes de ejercer su cargo, el tutor debía someterse a cierto número de formalidades que le fueron impuestas para defender los intereses de su pupilo:

En primer lugar, debía hacer un inventario de los bienes del pupilo. El objeto de esta medida era asegurar la restitución total al fin de la tutela. Si el tutor no hubiere hecho el inventario, sin excusa legítima, se le consideraba culpable de fraude, obligándole a indemnizar al pupilo del perjuicio que hubiere podido causarle, cuya indemnización se fijaba después del juramento del incapaz.

En segundo lugar, algunos tutores debían suministrar la 'satisfatio', es decir, prometer por estipulación, conservar intacto el patrimonio del pupilo -rem pupilli salvam fore- y presentar fiadores solventes que tomaran el mismo compromiso. La promesa se hacía al pupilo. Estando ausente o no hablando todavía, estipulaba por él uno de sus esclavos, y no teniendo esclavos o no pudiendo comprarle, se hacía estipular a un esclavo público, pero desde el momento en que el pupilo podía hablar, se le permitía a él hacerlo.

Los tutores testamentarios y los nombrados después de información por los magistrados superiores, no estaban sometidos a la obligación; sólo se impone a los tutores legítimos y a los que fuesen nombrados por los magistrados locales sin información alguna porque inspiraban menos confianza. Pero los primeros era el pretor y los magistrados

para los otros, a los que correspondía cuidar de que el tutor diera esta garantía; en ocasiones se exigía también por un juez, en el curso de un proceso.

La formalidad de la 'satisfactio' se estatuyó con el objeto de que si el tutor no daba garantía, se le forzaba a que emitiera garantía sobre sus propios bienes en beneficio del pupilo.

En tercer lugar y como última formalidad se imponía al tutor en el Derecho de Justiniano, un cierto número de medidas destinadas a proteger los intereses del pupilo cuando era acreedor o deudor del tutor.

Este, antes de hacerse cargo, debía declararlo al magistrado y esta declaración le hacía excluir de la tutela; en caso de ser acreedor y no mencionaba nada al respecto, quedaba desposeído de su crédito, pero si fuese deudor no podía valerse de la tutela para efectuar algún pago en el curso del ejercicio de su cargo.

Posteriormente, el tutor una vez que hubiere entrado en funciones, debía intervenir en cumplimiento de los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes del pupilo.

CAPITULO II

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROTECCION DE LOS MENORES EN EL DERECHO COMPARADO

En las legislaciones modernas se advierte una completa transformación de la estructura de las instituciones familiares que hemos venido comentando, acentuándose el pensamiento jurídico de que las mismas, deben responder a las exigencias de la comunidad social, conforme a los principios de la naturaleza humana; es decir, su configuración no ha de dejarse a la disposición arbitraria de la ley, sino que ha de ser reflejo de la ordenación jurídica que requiere la comunidad, observando las diferencias naturales que existen en la misma y que sólo un Derecho adecuado puede captarlo al ser expresión genuina de los mandatos de la ley natural.

Por lo anterior, en este capítulo veremos las tres instituciones familiares que hemos comentado en páginas anteriores, pero a la luz de diversas legislaciones, a fin de apreciar similitudes y diferencias:

II.1).- La patria potestad.

a).- Francia.

En primer lugar, en el Derecho francés, con la reforma introducida por la ley 70-459, del 4 de junio de

1970, al Código de Napoleón, ya no se habla de 'patria potestad', sino de 'autoridad parental'.

La autoridad parental durante el matrimonio se ejercerá por ambos padres (art. 372), hasta la mayoría de edad del hijo o su emancipación (art. 372-1); sin embargo, si uno de los padres fallece, el ejercicio de la autoridad parental corresponde por entero al superviviente (art. 373). En caso de divorcio o decretada la separación de cuerpos, la autoridad parental es ejercida por quien el tribunal confie la guarda del hijo.

En segundo lugar, el Código Civil francés no contiene definición alguna de la autoridad parental ni de patria potestad, limitándose a incluir únicamente normas reguladoras, como las siguientes:

Respecto al hijo natural, la autoridad parental será ejercida por el padre o la madre que lo hayan reconocido voluntariamente. Si ambos lo han reconocido, la autoridad parental será ejercida enteramente por la madre (art. 374).

Las causas para perder el ejercicio de la autoridad parental se anotan en el artículo 373 que establece: I. Cuando los padres se encontrasen incapacitados para manifestar su voluntad en razón de ausencia, alejamiento u otra causa; II. Si los padres han consentido delegación de sus derechos de acuerdo a las reglas legales; III. Si son condenados con cargas de abandono de familia, en

tanto no reasuma sus obligaciones durante seis meses por lo menos; IV. Si se ha pronunciado sentencia de degradación o suspensión en virtud de que hayan perdido sus derechos (ciudadanos) o les hayan sido retirados.

La autoridad parental que se otorga a los padres es para proteger al hijo menor en su seguridad, salud y moralidad; teniendo el derecho y deber de guarda, vigilancia y educación (art. 371-2).

El o los hijos no podrán, sin autorización de su padre y madre, abandonar la vivienda familiar, no pudiendo ser retirado -el hijo- de sus padres, sino sólo en caso de necesidad que determine la ley.

Es importante destacar que, en caso de que el hijo natural sea reconocido por ambos padres, la autoridad parental, será ejercidamente enteramente por la madre; situación acertada que más que ser una norma reguladora en derecho positivo, obedece al derecho natural, porque quién más capaz de cuidar al hijo que la propia madre.

b).- España.

En este país tampoco se define lo que se debe entender como patria potestad; sin embargo, enumera las obligaciones que les corresponden a los padres en el ejercicio de la misma, a saber:

1: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2: Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

Debemos hacer notar que se establece que las obligaciones de los padres deberán ser desarrolladas 'de acuerdo a la personalidad del hijo', medida que acarrea resultados positivos, ya que tomando en consideración que las personas tenemos caracteres diferentes, la aplicación de las normas en concordancia a las características personales del hijo, lo llevará a convertirse en un hombre de bien: fin primordial de los padres.

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuírle a uno

de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio (art. 156).

Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos o hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el juez por motivos especiales, proveyere de otro modo (art. 159).

Según el artículo 161, el padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores; es decir, que el padre y la madre, tanto uno como otro, tienen el derecho de visitar a sus hijos menores y mantener relaciones con ellos. Esta misma norma preceptúa que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo menor de edad y otros parientes o allegados; es el caso de los abuelos paternos o maternos.

En caso de oposición a las visitas indicadas, el juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá en atención a las circunstancias del caso.

Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Esta norma contiene tres excepciones, que consisten en: a) los derechos de personalidad u otros, que el hijo, según las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo; b) aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo; c) los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

En caso de intereses opuestos entre el padre y la madre y los hijos no emancipados, se nombrará al hijo o hijos un defensor que los represente en juicio y extrajudicialmente (art. 163).

El código español asimismo establece que, los padres deben administrar los bienes del hijo como si fuesen propios; dejando abierta la posibilidad de que cuando termine la patria potestad, los hijos podrán exigir a sus padres rendición de cuentas de la administración que ejercieren sobre sus bienes, medida que a nuestro criterio es extrema, ya que esta demanda crea la desaparición de la solidaridad familiar, estableciendo enconos entre padres e hijos, situación que no es positiva dentro del núcleo familiar.

La extinción de la patria potestad procede de acuerdo al artículo 169, por los siguientes causas: a).- Por la muerte de los padres o del hijo; b).- Por la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; c).- Por emancipación del hijo; y d).- Por la adopción del hijo.

Ahora bien, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad mediante sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla o por sentencia dictada en causa criminal o matrimonial. La ley no dice 'condenatoria'; hay pues, algo olvidado en el texto legal, ya que si la sentencia es absolutoria no habrá posibilidad de privación de la patria potestad, y puede existir recuperación de la patria potestad, dice la norma, y siempre en interés o beneficio del hijo, cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación (art. 170). Existe una prórroga legal de la patria potestad (art. 171) y es en el caso de hijos incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o sordomudez; quedará prorrogada la patria potestad por imperio de la ley hasta alcanzar estos incapacitados su mayoría de edad legal.

A su vez, la patria potestad prorrogada termina: a) Por la muerte de los padres o del hijo; b) Por la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de los padres o del hijo; c) Por la adopción del hijo; d) Por haberse declarado la cesación de la incapacidad; e) Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacidad, se constituirá la tutela legal.

c).- Italia.

El Código Civil italiano utiliza la frase: "De la potestad de los progenitores", para referirse a la patria potestad.

La potestad sobre el hijo se mantiene hasta la mayoría de edad o hasta la emancipación. Se ejerce de común acuerdo entre el padre y la madre; en caso de desacuerdo con respecto a cuestiones de particular importancia, cualquiera de los progenitores puede recurrir al juez, sin formalidades, indicando el procedimiento que considera idóneo. Si existe un inminente peligro de un grave perjuicio para el hijo, el padre puede adoptar la providencia urgente que estime conveniente. El juez debe oír al progenitor y al hijo si éste fuera mayor de catorce años de edad y sugerir la determinación que considere más útil a los intereses del hijo y a la unidad familiar. Si se mantiene el desacuerdo, el juez decidirá teniendo presente lo que resulte más idóneo para los intereses del hijo (art. 316).

En caso de alejamiento, de incapacidad o de otro impedimento que cause a uno de los progenitores la imposibilidad del ejercicio de la potestad, ésta será ejercida por el otro de manera exclusiva. La potestad común de los progenitores no cesa cuando es seguido de separación,

divorcio, nulidad o de cesación de los efectos civiles del matrimonio; el hijo se afincará (sic) con uno de los progenitores determinado por el juez (art. 317).

Al progenitor que ha reconocido al hijo natural le corresponde la potestad sobre el hijo. Si el reconocimiento lo han hecho ambos progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos en su conjunto, siempre que convivan juntos. Si no conviven, el ejercicio corresponde al progenitor con quien convive el hijo; si el hijo no convive con ninguno de sus progenitores, el ejercicio de la potestad corresponde al que primero lo ha reconocido. El juez puede, en exclusivo interés del hijo, disponer y excluir el ejercicio a ambos progenitores, proveyendo así la tutela. El progenitor que no tiene el ejercicio de la patria potestad, tiene a su favor el poder de vigilancia que encierra la instrucción, la educación y las condiciones de vida del hijo menor (art. 317).

Curiosamente se afirma que el juez podrá, en exclusivo interés del hijo, disponer y excluir el ejercicio a ambos progenitores, proveyendo así la tutela; estipulación que nos muestra que los valores de la sociedad italiana se encuentran en decadencia, puesto que no se puede concebir que 'judicialmente' se pueda privar de la patria potestad a quien por derecho natural le corresponde; si bien es cierto que en algunos casos sí pudiera proceder este supuesto, no es menos cierto que, el hecho de que se contemple dentro de un cuerpo legal, denota que los valores morales si no se han

extinguido totalmente, si se encuentran en franca decadencia.

El hijo no puede abandonar la casa de su progenitor o del progenitor que ejerce la potestad. Cuando el hijo abandona sin permiso a su progenitor, éste puede reclamar su reingreso a su casa recurriendo al juez de tutelas (art. 318).

La representación y administración corresponde a ambos progenitores conjuntamente, o uno de ellos si éste ejerce exclusivamente la potestad, tanto al hijo nacido como al hijo por nacer (nasciturus) en todos los actos de la vida civil; pero los progenitores no pueden: a) vender; b) hipotecar, dar en empeño los bienes pertenecientes al hijo a cualquier título, aun a causa de muerte, aceptar o renunciar a la herencia o legado, aceptar donaciones, proceder a la división de condominio, locación mayor de diez años o cumplir otros actos que excedan la administración ordinaria, ni transigir, comprometer en árbitros el juicio relativo a tales actos, salvo por necesidad o utilidad evidente para el hijo, con autorización del juez de tutelas.

Es de advertir que el Código Civil italiano no contiene las figuras de terminación de la patria potestad y la privación de la patria potestad, que puede estar contenida en la caducidad pero que sólo comprende dos supuestos: a) la violación de los deberes inherentes a la patria potestad; b) el abuso de los poderes que la patria potestad confiere al padre y a la madre, y pone una

condición a ambas prohibiciones; que produzcan grave perjuicio al hijo.

d).- Bolivia.

El Código de Bolivia, cuya sanción parte de agosto de 1972, responde a las "Bases para la elaboración del Código Boliviano de la Familia".²⁹ En este código, el artículo segundo determina: "Los Jueces y autoridades, al resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, tendrán en cuenta el estado o condiciones de las personas como miembros del grupo familiar y concederán prevalencia al interés que corresponde a la familia sobre el particular de sus componentes y de terceros".

Los miembros de la familia gozan de trato jurídico igualitario y compatible con la dignidad humana, dentro de las jerarquías que impone la organización familiar (art. 3o).

Las normas del derecho de familia son de orden público y no pueden renunciarse por voluntad de los particulares, bajo pena de nulidad, salvo en los casos expresamente permitidos por ley (art. 5o.).

También este Código emite la designación de 'patria potestad' y admite el título: "De la autoridad de los padres", y en el artículo 249 determina: "El hijo menor

²⁹ LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., Revista de la Universidad de Buenos Aires, diciembre de 1960, p.p. 165 a 343.

de edad se halla sometido a la autoridad de sus padres hasta que llega a su mayoría o se emancipa". Y el artículo 250 prohíbe la separación del hijo menor de edad con respecto a sus padres, a menos que exista causa legítima. Respecto al ejercicio de esa autoridad: Se ejerce sobre los hijos 'comunes' durante el matrimonio por el padre y la madre. Los actos de uno solo de los progenitores que se justifiquen por el interés del hijo, se presume que cuentan con el consentimiento del otro. La autoridad se ejerce por uno solo, ya sea el padre o la madre, en caso de ausencia de uno de los progenitores, de pérdida o suspensión de su autoridad, de incapacidad u otro impedimento. Los desacuerdos entre el padre y la madre los resuelve el juez con sujeción al procedimiento establecido por el Código de Familia, teniendo en cuenta el interés del hijo. En el supuesto de hijos no comunes que sólo pertenecen al padre o la madre, la autoridad se ejerce sobre cada hijo por separado.

Si partimos del hecho de que la regulación positiva establecida en una sociedad determinada es el reflejo de la misma, vemos que en Bolivia se estatuye que la patria potestad -en caso de que los hijos no sean comunes-, será ejercida por el progenitor biológico, de lo que podemos preguntari: ¿Qué sucede en el caso de que la esposa tenga un hijo y el esposo otro al momento del matrimonio y, posteriormente hubiere hijos de ambos? ¿Cómo puede pensarse que exista armonía en una familia constituida en estas condiciones? Puede pensarse que tal regulación obedece a que no se considera con derecho a ejercer la patria potestad a

quien no es el padre biológico; sin embargo, también podemos apreciar que en este país la institución del matrimonio no posee la consistencia que se advierte en otras legislaciones, estando esta disposición en contradicción con lo estipulado en el artículo segundo, anteriormente indicado puesto que, no pareciera que se protege la unión familiar, al permitir divisiones dentro del ejercicio de la patria potestad.

En las uniones libres se aplican las mismas normas que rigen el Código para las otras instituciones, pero con una condición: "mientras dura la vida en común" (art. 253).

En caso de muerte o declaración de fallecimiento presunto de uno de los cónyuges, el sobreviviente ejerce la autoridad sobre los hijos menores. En el supuesto de separación de hecho, y en caso de que uno de ellos no tuviere la guarda de los hijos, el juez a petición de parte interesada o del fiscal, dispondrá lo más conveniente al interés de los hijos.

En caso de divorcio o separación legal o nulidad o invalidez del matrimonio, la autoridad sobre los hijos se ejerce por aquel a quien se confía la guarda. Y el que no hubiere obtenido la guarda conserva el derecho de visita conforme a las condiciones que fije el juez, y la de vigilar la educación y la manutención de los hijos. La misma disposición y situación rige para las uniones libres cuando ha cesado la vida en común (art. 254).

La autoridad sobre los hijos reconocidos por sus padres, se ejerce por aquel que tenga la guarda de los hijos. Esta guarda corresponde regularmente a la madre, aunque ésta sea menor de edad o el reconocimiento que haya hecho sea posterior al del padre, siempre que el hijo no le haya sido entregado al padre o haya quedado en cualquier manera en poder del padre. Sin embargo, el juez, atento al interés del hijo, puede acordar la guarda al padre o en tutela a otra persona, debiendo a este efecto preferir a los parientes más próximos del menor hijo. A falta de la madre, se podrá tomar idéntica determinación que la ya enunciada. Es de toda claridad que los acuerdos que, sobre la guarda, la autoridad sobre el hijo, que celebrasen los progenitores, se aceptarían, siempre que sean beneficiosos para el hijo. Si el acuerdo resulta perjudicial para el hijo, éste puede ser entregado, por el juez, a un establecimiento especializado (art. 255).

Se mantiene el derecho de visita y relación con el padre o la madre que no ejercen la autoridad de la potestad; gozan, a su vez del derecho de vigilancia sobre su manutención y educación, salvo que toda ello contrarie los intereses del menor hijo (art. 257).

El hecho de que se estipule que cualquiera de los padres que no ejerza la patria potestad, puede privarse del derecho de vigilancia sobre la educación y manutención del menor cuando se piense que contrarie los intereses del menor, es positiva, ya que, generalmente cuando existen diferencias entre los padres, no puede pensarse que su actuar

sea impecable y la oportunidad que tiene de vigilar puede ser contraproducente para el menor, cuando el padre o la madre en cuestión, utilizan el contacto con el hijo para predisponerlo en contra del progenitor con el que convive; puesto que la estabilidad emocional del menor ser verá atacada con esta actitud.

Se determinan específicamente los deberes y derechos de los padres, a saber: a) el de guardar al hijo; b) el de corregir adecuadamente la conducta del hijo; c) el de mantener y educar al hijo dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes; d) el de administrar el patrimonio del hijo y de representarlo en los actos de la vida civil.

Establecer que el hijo deberá ser dotado de una profesión u oficio socialmente útil y de acuerdo a su vocación y aptitudes, resulta benéfico para el menor, ya que cuántas veces hemos sido testigos de que al hijo se le impone la profesión del padre o familiares, no respetando así su individualidad y forzando que ejerza una carrera u oficio que no tiene vocación, trayendo perjuicios graves no sólo al menor en particular, sino a la sociedad, en virtud de que un profesionista inconforme con la actividad que desarrolla, será una persona frustrada e inútil.

El hijo no puede abandonar la casa de sus padres o la que éstos le hayan señalado en ejercicio de su autoridad. Para el caso que se ausente sin permiso, se puede obtener su reintegro, incluso con auxilio de fuerza pública (art. 250).

Si el hijo ha llegado a los dieciocho años de edad y contrae matrimonio, queda emancipado, pero además puede ser autorizado judicialmente para vivir separadamente de sus padres, si hay causas graves (art. 260).

Al hijo que sufra alguna enfermedad o deficiencia física o mental, debe dársele una educación adecuada a su estado (art. 261).

Oborgar una educación adecuada en el caso de que el hijo se encuentre impedido física o mentalmente, provoca que el mismo sea útil e independiente en la medida de sus posibilidades, proveyéndolo de igual forma, de un modo lícito de vivir y evitando que los impedimentos que sufra sean obstáculo para su plena realización como persona.

Cuando el hijo observe mala conducta y sea imposible corregirlo por los medios ordinarios que aconseje su formación física y moral, puede acudir al órgano administrativo de protección de menores para que éste tome las medidas que correspondan, oído que sea el ministerio público (art. 263).

De acuerdo al artículo 276, la autoridad de potestad se extingue: a) por muerte del último progenitor que ejerza la autoridad; b) por la muerte del hijo; c) por la emancipación del hijo y d) por la mayoría del hijo.

Los padres, conjunta o separadamente, pierden su autoridad, según lo establecido en el artículo 277, cuando:

- a) son autores o cómplices de delito grave contra el hijo;
- b) en el caso de tener los padres costumbres depravadas, por los malos tratamientos o el abandono de sus deberes que comprometan o pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad del hijo, aunque esos hechos no traigan consigo sanción penal; c) cuando exponen o abandonan al hijo.

En el supuesto del inciso a), la pérdida de la autoridad de los padres se produce por efecto de la condena, pudiéndose decretar la privación preventiva desde el auto inicial del proceso, si las circunstancias así lo imponen. En todos los casos se necesita pronunciamiento judicial, que puede hacerse a petición del hijo, de un pariente, del fiscal, o a denuncia de un tercero, estando el juez autorizado para proceder de oficio y designar un curador al hijo para que lo represente en el juicio.

La suspensión de autoridad de los padres está regulada en el artículo 278 y señala los casos siguientes:

- a) por la interdicción judicial declarada;
- b) por la declaración de ausencia;
- c) por impedimento de hecho para seguir ejerciendo dicha autoridad;
- d) por faltas, negligencia o incumplimiento de deberes que no sean de gravedad como para declarar la pérdida. La suspensión de la autoridad puede ser total, o sólo para ciertos casos que serán determinados expresamente. Y así: en los casos de los incisos a) y b) la autoridad se suspende por efecto de la sentencia respectiva. Durante la tramitación del juicio se

designará un curador, judicialmente. En los otros casos (c y d) se debe obtener pronunciamiento judicial en la forma prevista para que represente al menor hijo en el juicio respectivo. También se suspende la autoridad del padre o de la madre respecto a los hijos que no se le han confiado o que no han quedado bajo su guarda, en los casos de divorcio y otros contemplados en dicho Código de Familia, siempre que no impliquen pérdida de dicha autoridad. También puede pedir la intervención previa judicial y la suspensión provisoria de la autoridad del padre o de la madre (art. 279). Los efectos de la pérdida de la autoridad de los padres se extienden asimismo a los hijos que nazcan con posterioridad a la sentencia que decreta la pérdida (art. 280).

En dos supuestos los padres pueden solicitar al juez que se les reintegre en dicha autoridad: 1) cuando los padres han sido suspendidos por impedimento de hecho para el ejercicio; y por faltas, negligencias o incumplimiento de los deberes que no sean de gravedad como para decretar la pérdida, y ha cesado el impedimento de hecho o se demuestran correcciones en la conducta del padre o madre que justifique la reintegración; 2) pueden pedir el reintegro los padres que han perdido la autoridad por sentencia judicial, y demuestren su corrección, regeneración y arrepentimiento debidamente comprobados, y además, que tengan esos hechos notoriedad pública. Sólo se admite la intercesión de la demanda de restitución en la autoridad paterna o materna después de dos años de decretada la pérdida (art. 281).

Es de hacerse notar que los padres que pierden la autoridad por sentencia judicial o son suspendidos en el ejercicio de ella, quedan sujetos a la obligación de prestar asistencia a los hijos que no se hayan bajo su autoridad (art. 202); medida con la cual, se trata de proteger la subsistencia del hijo, ya que en muchas ocasiones los padres que pierden o se les suspende la autoridad respecto de los hijos, automáticamente se olvidan de que deben proveerlos de lo necesario: alimentos, vestido, educación, medicinas, etc., y el hecho de que se les haya privado de tal autoridad, no debe provocar perjuicio a los menores ya que éstos, no son responsables de la privación decretada.

Por otro lado, de manera similar, en las legislaciones que hemos estudiado, se establece que el patrimonio de los hijos debe ser cuidado por los padres de manera especial y en caso, de desacuerdo en la administración de los mismos, se designará administrador aparte para que cumpla esta función. Asimismo, cuando al hijo se le ha otorgado por herencia o donación algún patrimonio, se toma en cuenta la voluntad del legatario o donante respecto a la administración, v.gr. cuando el donante estipula que la administración de los bienes donados al menor deben ser administrados por persona diferente a los padres.

II.2).- La adopción.

a).- Chile.

La legitimación adoptiva no se encuentra definida en ninguno de los cuerpos legales que la reglamentan; en general, la ley sólo se limita a establecer que el legitimado adoptivamente "tiene los mismos derechos y las mismas obligaciones que si hubiera nacido de matrimonio", ²¹ "concediéndole el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos", ²²

En realidad, se trata de una institución establecida "para remediar los inconvenientes de la adopción clásica, que resultan tanto de la persistencia del lazo entre el adoptado y su familia natural, como la limitación de los efectos entre el adoptante y el adoptado". ²³ Así, Savatier expresa "que la legitimación adoptiva refuerza precisamente la adopción ordinaria introduciendo al adoptado en la familia del adoptante". ²⁴ Julliot de la Morandière precisa que "el fin del instituto es permitir a un hogar sin hijos darse artificialmente una posteridad completamente asimilada a la posteridad legítima, entrando el legitimado adoptivo en la familia de los adoptantes". ²⁵

²¹ Art. 370 del Código francés y 4 de la ley uruguaya 10.674.

²² Art. 1 de la ley 16.346.

²³ JOSSERAND, Louis, Derecho Civil, Editorial Bosch y Cia., Tomo I, Volumen II, 1950, Buenos Aires, pág. 1311.

²⁴ Curso de Derecho Civil, 2a. ed., Editorial Bosch y Cia., Tomo I, 1947, Buenos Aires, pág. 375.

²⁵ Citado por VALLE PDMCE, Sergio, De la legitimación adoptiva en nuestra legislación positiva (antecedentes y análisis de la Ley No. 16.346), Editorial Jurídica de Chile, 1970, Santiago de Chile, pág. 36.

Henri León y Jean Mazeaud apuntan que "la legitimación adoptiva ha nacido para hacer del hijo adoptado el hijo de los adoptantes; para asimilar así los efectos de la legitimación adoptiva a los de la filiación legítima, ha sido necesario modificar profundamente la fisonomía de la adopción. Ha sido preciso que la legitimación adoptiva esté fundada sobre el matrimonio de los adoptantes, que sea irrevocable, que no sea posible sino para los niños de corta edad, que rompa automáticamente todo vínculo con la familia de origen, que cree entre el hijo y las familias de los adoptantes verdaderos vínculos de parentesco".²⁶

En términos generales, la legitimación adoptiva puede ser definida como una institución de carácter judicial que tiene por objeto crear lazos de filiación legítima, en forma irrevocable, entre un matrimonio y un menor que se encuentra en determinada situación familiar.

Ahora bien, uno de los principales fundamentos de la legitimación adoptiva es evitar el traumatismo moral a que están expuestos los menores que viven como hijos propios en hogar ajeno, cuando descubren, de súbito que aquellas personas a quienes habían llamado padre o madre y a los cuales profesaban el cariño de tales, no eran sus verdaderos progenitores.

²⁶ Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Volumen III, Parte Primera, 1959, Buenos Aires, pág. 575.

En segundo término, la imposibilidad de identificar al adoptado con su familia adoptiva, había impedido a muchos matrimonios concretar el sincero sentimiento de amparar a un menor huérfano o abandonado, con evidente perjuicio no sólo para éste sino para la comunidad entera.

No fue ajeno al legislador el propósito de evitar una situación anómala que se traducía generalmente en un abierto fraude a la ley. En efecto, ante la insuficiencia de los textos legales y motivadas por la sana intención de evitar situaciones amargas al menor adoptado, muchas personas no vacilaban, aun a sabiendas de que las disposiciones penales castigan la suposición de estado civil, en inscribir como propio a un hijo ajeno y a pesar de lo preceptuado en el artículo 320 del Código Civil, en el que se señala que ni prescripción ni fallo alguno podrá oponerse a quien se presenta como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otro o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce.

Estas personas efectuaban la inscripción de carácter fraudulento justificadas por el laudable propósito que se perseguía con ella, corriendo el riesgo de que la misma fuera declarada nula, en virtud de lo prescrito en la mencionada disposición legal, pues era suficiente que se hiciera presente, ya sea el verdadero padre o madre o bien el verdadero hijo, para que dicha situación se normalizara, declarándose la nulidad absoluta de la inscripción realizada en fraude a la ley, y restableciéndose, por tanto, al menor

en el seno de su verdadera familia. El instituto de la legitimación adoptiva ha abierto un cauce legal a esta noble y bien inspirada intención.

Sin embargo, esta postura, si bien por un lado quiso regular acciones nobles realizadas por determinadas personas, no es menos cierto que esta institución resulta peligrosa, ya que no todas las personas que registran a un niño como propio tienen la intención de hacerse cargo de ellos, sino de cometer ilícitos de tal magnitud como el tráfico de menores.

Se esgrime, además, en relación de la legitimación adoptiva, el concepto de la paternidad de conservación. Sofía Alvarez Vignoli sostiene, a este respecto, "que no existen distancias entre la 'paternidad biológica' y la paternidad que podría llamarse 'de conservación'. Aquella da la vida, es verdad, pero ésta la conserva y hace posible su desenvolvimiento en el orden material y moral; aquélla es una innegable realidad fisiológica, pero cuya responsabilidad de futuro puede eludirse; ésta podría ser una concepción puramente intelectual, pero anidada por el más respetable de los sentimientos que 'hace fecunda la desesperanza transformándola en abnegación y sacrificio por el hijo ajeno'. En consecuencia, la legitimación adoptiva reposa en el concepto lógico y racional de lo que debe ser la paternidad, que no es un mero accidente fisiológico, sino un complejo de deberes y obligaciones que se imponen a los padres. Por una ficción legal adquiere la calidad de hijo legítimo el que no lo es por naturaleza y ser hijo significa

tener padres responsables de todas las obligaciones y deberes que emergen de la patria potestad. Significa también tener un hogar, escuela insustituible en la formación del carácter y la personalidad humana".²⁷

Conviene, pues, concluir que si bien la familia tiene sus fundamentos en los vínculos de sangre, cuando éstos son insuficientes es imperioso que la ley intervenga a fin de "corregir o atemperar las dolorosas consecuencias que la irresponsabilidad, el error, la inmoralidad o la desgracia de los padres, desatan sobre la vida de sus hijos".²⁸

La legitimación adoptiva presenta las siguientes características: a) Es una forma de crear el estado civil de hijo legítimo con posterioridad a la concepción y al nacimiento, con todas las consecuencias que dicho estado civil genera y sin que existan verdaderas relaciones de filiación o consanguinidad entre el legitimado o los legitimantes adoptivos; b) Extingue los vínculos de filiación anterior del legitimado adoptivo. Subsisten, empero, los vínculos de consanguinidad y, consiguientemente, el impedimento matrimonial de parentesco; c) Es irrevocable; d) Es de carácter judicial; y e) No es incompatible con la adopción ordinaria.

²⁷ La legitimación adoptiva de niños, Revista de la Facultad de Derecho, Tomo III, 1952, Montevideo, pág. 645.

²⁸ Exposición de motivos del Proyecto de Ley sobre legitimación adoptiva presentada al Senado de la República uruguaya en sesión de 3 de noviembre de 1941.

A juicio de Gatti, la legitimación adoptiva se caracteriza fundamentalmente porque existe una concordancia impura entre los elementos del vínculo familiar. Explica Gatti que "el vínculo familiar se encuentra integrado por dos elementos: el elemento biológico y el elemento jurídico. El elemento biológico, fruto de la consanguinidad y de la relación intersexual, representa el dato de la naturaleza, el elemento primario de la familia; el vínculo jurídico es el elemento caracterizante de la relación familiar. Las relaciones biológicas están sometidas a la impronta del derecho, el que les da relevancia jurídica, y en las relaciones integrantes del vínculo familiar pueden existir concordancias y discordancias.

La concordancia será pura cuando el elemento jurídico corresponde al elemento biológico, y será impura cuando no hay esta concordancia o correspondencia. Un caso típico de concordancia impura es precisamente el de la legitimación adoptiva, en virtud de la cual aparece en el orden jurídico como hijo legítimo una persona que no es el fruto de la relación sexual de aquellos que aparecen como sus padres".²⁹

En otros términos, Gatti subraya que en la legitimación adoptiva no concurre el elemento biológico del vínculo familiar.

Como se desprende de su propia denominación, el instituto de la legitimación adoptiva es de carácter híbrido

²⁹ Op. Cit., pág. 254.

o ecléctico puesto que su propósito básico es armonizar la adopción con la legitimación.

Al respecto cabe señalar que, durante largo tiempo, la legitimación clásica estuvo dirigida a favorecer el sacramento del matrimonio. No obstante, las iniciativas tendientes a proteger a los hijos naturales determinaron que la institución fuera renovándose y ampliándose en su procedencia. ²⁰ De esta manera, expresa Reynaud, la legitimación clásica se aleja más y más del matrimonio, que ya no será su sola fuente y también de la filiación de sangre, en tal medida que quizás ya no sean sus únicos sostenes. La legitimación se transforma así en un simple medio de dar una familia legítima a aquellos que no la han tenido. ²¹

Merced a estas nuevas orientaciones se ha producido una visible aproximación entre la adopción y la legitimación clásica. Esta aproximación ha culminado con el instituto de la legitimación adoptiva cuya denominación y caracteres hacen dudar a la doctrina acerca de su exacta naturaleza jurídica.

En efecto, la denominación y caracteres del instituto en estudio plantean el problema de determinar si estamos en presencia de una forma de adopción o de una nueva forma de legitimidad.

²⁰ REYNAUD, Pierre, La evolución de la noción de legitimación, en estudios en Honor de G. Ripert, Librería General de Derecho y de Jurisprudencia, Tomo I, 1950, Paris, pág. 432.

²¹ *Idea*, pág. 434.

Estimamos que para dilucidar acertadamente esta materia es indispensable establecer las analogías y diferencias que existen entre la legitimación adoptiva y otras instituciones afines, tales como la adopción simple y la legitimación propiamente dicha.

- Legitimación adoptiva y adopción.

La legitimación adoptiva y la adopción presentan las siguientes semejanzas: a) Constituyen una relación de filiación que carece de la base biológica de la procreación; b) Los solicitantes deben reunir determinados requisitos de edad mínima y de diferencia de edad con el beneficiado; y, c) Ambas requieren autorización judicial con conocimiento de causa y sólo proceden cuando, existiendo justos motivos, ofrezcan ventajas para el beneficiado.

No obstante, entre ambas instituciones es dable advertir las siguientes diferencias que destaca la moción que dio origen a la ley:

a) La legitimación adoptiva da origen al estado civil de hijo legítimo de los legitimantes, con todas las consecuencias que de ello se derivan. La adopción corriente sólo establece relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado;

b) En la primera desaparecen los vínculos de filiación anterior del menor legitimado adoptivamente. En la segunda, subsisten;

c) La legitimación adoptiva no puede ser llevada a efecto sino por matrimonios. La adopción corriente puede ser el acto de una sola persona;

d) Sólo los menores de cierta edad y en determinadas condiciones pueden ser objeto de la legitimación adoptiva. En la adopción común, cualquiera persona puede ser objeto de ella, sea cual sea su edad o situación; y

e) La legitimación adoptiva es irrevocable: la adopción común puede ser dejada sin efecto. ³² También existen diferencias en cuanto al procedimiento, ya que en la legitimación adoptiva es secreta, requiere autorización judicial y no nace de convención alguna. En cambio, la adopción común supone una convención autorizada judicialmente y su establecimiento no tiene el carácter de reservado o secreto. ³³

Sin duda, la diferencia esencial reside en que la adopción simple no produce efectos constitutivos de estado civil mientras que la legitimación adoptiva da origen al estado de hijo legítimo de los legitimantes. ³⁴

³² Cfr. Diario de Sesiones del Senado. Legislatura Ordinaria. Mayo a Septiembre de 1963. Tomo 292, pág. 478.

³³ Diario de Sesiones del Senado. Legislatura Ordinaria. Mayo a Septiembre de 1964. Tomo 294, pág. 2151.

³⁴ El art. 4 de la ley uruguaya preceptúa que la legitimación adoptiva "tendrá efectos constitutivos sobre el estado civil del menor, objeto de la misma, quien se reputará en adelante con los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido de matrimonio". Por su parte, el art. 1 de la ley 16.346 previene que "la legitimación adoptiva tiene por objeto conceder el estado civil de hijo legítimo de los legitimantes adoptivos con sus mismos derechos y obligaciones, en los casos y con los requisitos que se establecen en esta ley".

- Legitimación adoptiva y legitimación propiamente dicha.

La legitimación adoptiva se vincula con la legitimación propiamente dicha, a través de las siguientes similitudes:

a) Ambas constituyen fuentes de legitimidad puesto que dan origen al estado civil de hijo legítimo con todas las consecuencias que de dicho estado civil se derivan;

b) Sólo pueden intervenir como legitimantes las personas unidas por vínculo matrimonial;

c) Son irrevocables; y

d) No tienen carácter convencional.

Más íntima es la vinculación entre ambos institutos si se tiene presente que, la legitimación adoptiva se inspiró en la legitimación por subsecuente matrimonio.

Al margen de estas semejanzas, ambas instituciones exhiben nítidas diferencias, a saber:

a) La legitimación propiamente dicha sólo compete a los padres biológicos del legitimado y, por ende, sólo puede recaer sobre personas que tengan la calidad de hijo

natural de los legitimantes. Diversamente, en la legitimación adoptiva la calidad de legitimado es atribuida a una persona que no tiene la calidad de hijo biológico de los legitimantes y que puede a su vez tener la condición de hijo legítimo, hijo legitimado, hijo natural reconocido o hijo adoptivo de otros padres que no sean los legitimantes;

b) La legitimación propiamente dicha puede producirse por acto voluntario o de pleno derecho. La legitimación adoptiva se constituye por sentencia judicial dictada con conocimiento de causa; y

c) En cuanto concierne al destino social de ambas instituciones cabe señalar que, mientras la legitimación propiamente dicha tiene por fin llamar al seno de la familia a un hijo procreado dentro de ella, la legitimación adoptiva tiene por objeto llamar al seno de una familia a un hijo sin sostén. El legitimante simple repara su propia falta; el legitimante adoptivo repara una falta del cuerpo social. ³⁵

Si bien la legitimación adoptiva presenta evidentes semejanzas con la legitimación propiamente dicha y la adopción ordinaria, no cabe, empero, desdeñar las diferencias que existen entre estos tres institutos. Así, la legitimación adoptiva difiere de la adopción ordinaria desde el triple ángulo de su carácter, su procedencia y sus efectos. Por otra parte, mientras la legitimación propiamente dicha tiene su fundamento en los vínculos de

³⁵ REYNAUD, Pierre, La evolución de la noción de legitimación, Op. Cit., pág. 432.

sangre, tales vínculos están ausentes de la legitimación adoptiva.

Atendidas las anteriores consideraciones, estimamos que la legitimación adoptiva es una institución auténtica, con fisonomía propia, que no puede ser asimilada cabalmente ni a la legitimación propiamente como tal ni a la adopción ordinaria, puesto que resulta de una mixtificación de ambos institutos.

A manera de corolario puede afirmarse que el proyecto primitivo, que se inspira en la ley uruguaya de legitimación adoptiva, fue materia de importantes modificaciones durante su discusión parlamentaria. En substancia, estas modificaciones perfeccionaron el instituto armonizándolo con nuestra realidad jurídico-social del país en comento.

II.3).- La tutela.

a).- Argentina.

En Argentina, la tutela se define como "el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil" (art. 377).

Russo, tomando los conceptos de Rossel y Mentha en el derecho suizo, establece que "la tutela es la misión

conferida por la ley a una persona capaz, a los efectos de cuidar de un menor o un interdicto, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles".⁹⁶

Borda, emite su concepto diciendo: "La tutela es una institución de amparo, que procura, dentro de lo humanamente posible, que alguien llene el vacío dejado por la falta de padres, que cuide del menor, velando por su salud moral, atendiendo a su educación, administrando sus bienes, que supla su incapacidad llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural".⁹⁷

Lafaille, indica: "La tutela y la curatela son formas autorizadas por la ley para representar la persona de los incapaces y administrar sus bienes. La una reemplaza a la patria potestad y es empleada cuando ella falta, ya sea por cesación, pérdida o suspensión. La otra protege a los sujetos no sometidos al poder paterno, como los dementes mayores de edad. Confiere al que la ejerce facultades análogas a las del padre".⁹⁸

López del Carril, la define como "la institución tuitiva, personalísima, que funciona como carga pública, representando y cuidando la persona del menor no sometido a la patria potestad, atendiendo a su salud física y moral, a su educación y asistencia, administrando al incapaz y

⁹⁶ Citados por LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., Patria Potestad, Tutela y Curatela, Ediciones Depalma, 1993, Buenos Aires, pág. 165.

⁹⁷ IBIDEM.

⁹⁸ IBIDEM.

asumiendo su representación legítima en todos los actos de la vida civil".³⁹

Ahora bien, la tutela reviste caracteres particulares, entre los cuales se hallan:

Como función representativa, se establece en los artículos 380 y 411 del Código Civil, que disponen respectivamente: "El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles". "El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad".

Como potestad subsidiaria: Enseña Lafaille que la tutela es un poder sucedáneo que entra solamente en función a falta de la autoridad paterna o materna, salvo en la tutela especial cuando median conflictos de intereses entre los padres y los hijos menores de edad (art. 61). "Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare". Y artículo 397: "Los jueces darán a los menores, tutores especiales, en los casos siguientes: 1) cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; ... 4) cuando los

³⁹ Op. Cit., pág. 166.

intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor especial".

Como cargo personalísimo.- Es decir, que el cargo de la tutela es intransferible. Dispone el artículo 379 del Código Civil: "La tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos...".

Como carga pública.- Ello resulta del artículo 379, in fine: "... y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente".

Como desempeño unipersonal.- La tutela es cumplida por una sola persona; así lo dispone el artículo 386 del Código Civil: "La tutela debe servirse por una sola persona...".

Como control del Estado.- Dispone el artículo 381: "La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del ministerio de menores".

Fundamento.- "Mientras la patria potestad es un derecho natural, la tutela es una institución emanada de la ley y fundada en su condición de instituto puramente legal".

-40

No solo la diferencia estriba en sus respectivos orígenes entre la patria potestad y la tutela, sino que

* SANCHEZ ROMAN, Derecho Civil Español, Editorial Civitas, S.A., Tono V, Volumen II, 1976, Madrid, pág. 1276.

aquella reposa en una razón biológica; en cambio, la tutela descansa sobre un mandato o especie de mandato instituido por la ley. También existen diferencias fundamentales: el padre y la madre actúan en sus caracteres de tales con respecto al hijo menor de edad; en cambio, el tutor actúa a falta del padre o la madre, esto es, frente a la inexistencia de la patria potestad.

Por otro lado, a la tutela se le ha clasificado en especies en virtud de la diversidad de situaciones que se presentan, por tal motivo las estudiaremos de manera breve y tocando únicamente los puntos más esenciales ya que es un tema por demás extenso:

En general, los tutores son designados sin plazo alguno, salvo la excepción contenida en el artículo 393 para la tutela dativa 'hasta que la tutela se acabe'. En la tutela testamentaria, o por escritura pública o la legal, se da por entendido que, salvo situaciones excepcionales, como es la dimisión, la no realización del inventario de los bienes del menor, etc., la tutela dura hasta que el menor se emancipa por matrimonio o alcanza su mayoría de edad.

En opinión de Víctor H. Martínez "existe una gradación entre los tipos de tutela, y así la tutela testamentaria tiene preferencia sobre la legal, y ésta, a su vez, sobre la dativa".⁴¹

⁴¹ La tutela en el derecho civil argentino, Ediciones Depalaa, S.A., 1990, Buenos Aires, pág. 27.

La tutela puede ser general o especial. La general es la que se ejerce sobre la persona y los bienes del menor y puede ser: a) testamentaria; b) legal o legítima y c) dativa (art. 382 C. Civil).

La tutela especial comprende exclusivamente la defensa de bienes o juicios y pleitos predeterminados.

La tutela dada por los padres abarca dos formas: por testamento propiamente dicho o por 'escritura pública', para que tenga efecto después del fallecimiento (art. 383 del C. Civil).

Esta disposición del Código Civil determina: "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 sus hijos que estén bajo la patria potestad". La norma indica 'el padre menor de edad', de donde debemos aclarar que el padre puede otorgar testamento al recién cumplir dieciocho años de edad (art 3614) y según el artículo 3617 tampoco pueden testar los sordomudos que no sepan leer ni escribir.

El nombramiento de tutor pueden hacerlo los padres bajo cualquier cláusula o condición no prohibida (art. 384).

Las prohibiciones impuestas a los padres en la tutela testamentaria, o por escritura pública, consisten en las siguientes: a) eximir al tutor de hacer inventario de los bienes del menor; b) dar cuenta de su administración en

las oportunidades que la ley se le imponga y el nombrar dos o más tutores para que funcionen en forma conjunta. Estas prohibiciones se hallan contenidas en los artículos 385 y 386 del Código Civil; sin embargo, los padres pueden nombrar tutor testamentario al hijo que por ese testamento, u otro, lo deshereden (art. 387).

La tutela dada por los padres debe ser siempre confirmada por el juez en el caso que haya sido legalmente otorgada y posteriormente, se discernirá el cargo al tutor nombrado (art. 388).

Con respecto a los hijos naturales o extramatrimoniales, la ley 23.264 ha derogado los arts. 394, 395 y 396 del Código Civil, que contenían la tutela legal de los hijos naturales, cuya derogación obedece a la equiparación entre los hijos legítimos o matrimoniales y los naturales o extramatrimoniales.

- Tutela legal o legítima.

En el Código Civil anteriormente se empleaba el vocablo 'legítima'; la reforma introducida por la ley 23.264 ha preferido el término 'legal'.

Esta tutela comprende los artículos 389, 390 y 391 del Código Civil, luego de la llamada reforma de la ley 23.264. El artículo 389 dispone: La tutela legal tiene lugar cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos o cuando

los nombrados no entran a ejercer la tutela, 'o dejan de ser tutores'.

El artículo 390 dispone quién, imperativamente, ha de ser tutor de los parientes y consanguíneos, y así establece: "La tutela legal corresponde 'únicamente' a: a) a los abuelos; b) los tíos y c) los hermanos y medio hermanos del menor, sin distinción de sexos".

Finalmente, el artículo 391 exige la idoneidad: "El juez confirmará o dará tutela legal a la persona que por su solvencia y reputación fuese la más idónea para ejercerla, teniendo en cuenta los intereses del menor" (texto ley 17.711).

En el caso en que el padre se hallase interdicto, y tuviere curador, se presentan dos hipótesis: a) que haya esposa que ejerza la patria potestad sobre los hijos menores del matrimonio celebrado con el interdicto; b) que en ese supuesto no habrá tutor para los hijos menores y c) en caso de que el padre interdicto sea viudo y tenga hijos menores de edad, allí entra a funcionar el artículo 400 del Código Civil, que estipula: "El curador de un incapaz que tenga hijos menores, es también tutor de éstos".

Debemos resaltar el hecho de que en el supuesto del párrafo anterior, la misma persona ejerce dos funciones: de curador (del incapaz) y tutor (de los hijos del incapaz), que tiene la ventaja de que los intereses tanto del incapaz

como de los menores no se vean contrapuestos, evitando perjuicios a ambas partes.

- Tutela dativa.

El artículo 392 indica: "Los jueces darán tutela al menor que no la tenga asignada por sus padres y cuando no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legal, o cuando, existiendo, no sean capaces o idóneos, o hayan hecho dimisión de la tutela, o hubiesen sido removidos de ella".

A su vez, el artículo 393 dispone: "El nombramiento de tutor será hecho sin condición alguna, y durará hasta que la tutela se acabe".

- Tutela especial.

Esta clase de tutela se halla regida por las disposiciones de los artículos 61 y 397 del Código Civil. La primera normatiza: "Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo, en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se trate". Al respecto la jurisprudencia ha exigido que se trate de casos concretos de conflicto de interés, y no de simple posibilidades".

A su vez, el artículo 397 del Código Civil dispone: "Los Jueces darán a los menores, tutores

especiales, en los casos siguientes: 1) cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; 2) cuando el padre o madre perdiere la administración de los bienes de sus hijos; 3) cuando los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres; 4) cuando los intereses del menor estuvieren en oposición con los de su tutor general o especial; 5) cuando sus intereses estuvieren en oposición con los de otro pupilo que con ellos se hallase con un tutor común o con los de otro incapaz, de que el tutor sea curador; 6) cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada, o de no ser administrados por su tutor; 7) cuando tuviesen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del Juez de la tutela, que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor y 8) cuando hubiese negocios, o se tratase de objetos que exijan conocimientos especiales, o una administración distinta".

Ya hemos dicho que la tutela especial se refiere exclusivamente a las situaciones de colisión de intereses o existencia de pleitos. Coexiste la tutela especial con la tutela general, ya que aquélla lo es para un objeto determinado y no comprende la persona del incapaz.

Por lo anterior, es innecesario la designación de tutor especial para considerar la rendición de cuentas efectuada por el padre, bastando la intervención del ministerio de menores, excepto que las cuentas presenten complejidad o la importancia cuantitativa de los bienes.

La jurisprudencia se ha pronunciado con respecto al orden preferencial legal sostenido por el artículo 390 del Código Civil, determinando la existencia del orden, pero aclarando que tal preferencia no es estricta; y así resolvió: "Cuando los padres no han nombrado tutor a sus hijos, o cuando los nombrados no entren a ejercer la tutela, o dejan de serlo, tiene lugar la tutela legítima (art. 390 C.C.), la cual corresponde únicamente a los parientes que menciona la norma indicada y en el orden de preferencia allí establecido. Pero este orden legal no es estricto y el juez que debe comprobar la idoneidad de quien pretenda la designación de tutor, se halla facultado para alterarlo, si así lo exige el interés del menor, en cuyo beneficio se establece la preferencia. No es admisible que sin que exista una causa seria que lo justifique, se excluya a los parientes llamados por la ley al ejercicio de la tutela".

Dentro de este mismo orden de ideas, ha establecido la jurisprudencia: "La norma del artículo 480 del Código Civil no reviste carácter absoluto o inflexible; esto no es más que la aplicación del criterio sentado en el artículo 391 del mismo cuerpo legal, que subordina al prudente arbitrio judicial el orden preferencial establecido para el discernimiento de la tutela. Ello es así, por cuanto en la materia es el interés del pupilo el que debe prevalecer, y hacia cuya preservación deben orientarse las decisiones del órgano jurisdiccional".

La tutela ha sido definida por la jurisprudencia de la siguiente manera:

"De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 377 del Código Civil, la tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y 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 si el vocablo 'gobernar' ha de entenderse en el sentido de exigir y de formar, es obvio que debe procurarse que esas atribuciones concurren en una sola persona, pues que al fin y al cabo el tutor viene a llenar el vacío dejado por los padres, lo que explica que sean análogos sus deberes y atributos".

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció:

"La tutela, como los demás medios legales de protección de incapaces, tiene precisamente por objeto la protección del incapaz; tema éste que debe ser materia de particularizado análisis en la sentencia como condición de su validez".

Dispone el artículo 171 de la ley 23.515: "El tutor y sus descendientes no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviere aquél bajo su guarda hasta que, fenecida la tutela, haya sido aprobada la cuenta de su administración. Si lo hicieran, el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor".

En el supuesto del párrafo anterior, la sanción económica que se le imponga al tutor en virtud de violar la norma del artículo 171 parece muy ingenua ya que, no le importará perder (aparentemente) la asignación de las rentas del menor que le hubiese correspondido, si en todo caso, contrayendo matrimonio con él o ella y dentro del régimen de bienes comunes, gozará de estos beneficios y aun más; por lo tanto, debería pensarse de manera diferente y más severa puesto que esta situación da lugar a que el tutor desvie su función en aras del interés monetario o afectivo del tutelado.

Por su parte, el artículo 398 del Código Civil contempla quince supuestos de quienes no pueden ser tutores:

- 1) los menores de edad, 2) los mudos (antes la norma y el inciso incluía a los ciegos, lo que fue suprimido por la ley 23.647, del 1 de noviembre de 1988); 3) los privados de razón; 4) los que no tienen domicilio en la República; 5) los fallidos, pero éstos pueden ser tutores, sujetos a la condición de que hayan pagado a sus acreedores; 6) el que hubiese sido privado de ejercer la patria potestad; 7) los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión fuera del territorio de la República; el inciso B preceptúa: el que no tenga oficio, profesión o medio de vivir conocido o sea notoriamente de mala conducta; 8) el condenado a pena infamante; 9) los deudores o acreedores del menor por cantidades considerables; 10) los que tengan, ellos o sus padres, pleito con el menor por su estado, o sus bienes; 12)

el que hubiese malversado los bienes de otro menor o hubiese removido de otra tutela; 13) los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía; 14) los individuos del ejército y de la marina que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos o cirujanos y 15) los que hubiesen hecho profesión religiosa.

Enseña Busso, que los incisos 1, 2 y 3 tienen su fundamento en la ausencia de condiciones físicas que la ley ha considerado esenciales para el desempeño de la tutela. En cuanto a los menores, no se puede admitir que un menor dirija en su persona y bienes a otro menor. En cuanto a domiciliarse el tutor fuera de nuestra República, esa situación conspirará con el debido control judicial de la tutela y de los hechos y actos del tutor. Las prohibiciones del artículo 398 rigen para toda clase de tutelas. ⁴²

También se excluye de la tutela a los fallidos, y ello por la presunción que pesa sobre ellos de mala administración. A su vez, los incisos 10 y 11 prevén la situación de las personas que en razón de sus deudas o pleitos tienen con respecto al menor intereses encontrados. Los incisos 14 y 15 se refieren a la dependencia necesaria, porque esas personas carecen de libertad suficiente para desempeñarse en el cargo de tutor. Quedan aun la pérdida de la patria potestad, la inconducta, la pena infamante, y ello se funda en quien ha perdido la patria potestad no tiene la posibilidad de ser tutor, ya que aquella pérdida lo constituye en una persona sujeta a prohibición. La

⁴² Cfr. Citado por LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., Op. Cit., pág. 180.

inconducta hace que la persona que vive en esas condiciones, no sea apta para el desempeño del cargo de tutor, y finalmente, quien sufre una pena infamante de prisión tiene sobre sí la prohibición de ley prevista en el artículo 398.

Por otro lado, determina el artículo 379 del Código Civil: "Los parientes de los menores huérfanos están obligados a poner en conocimiento de los magistrados el caso de orfandad o la vacante de la tutela; si no lo hicieren quedan privados del derecho a la tutela que la ley les concede". Los parientes a que se refiere la norma son solamente aquellos a quienes pueda corresponder la tutela legítima.

b).- España.

En España, tutor es "el órgano ejecutivo de poder tutelar, y aunque depende del Consejo de Familia, posee facultades independientes de iniciativa y decisión. Desempeña un cargo obligatorio, o lo que es igual, que no puede ser renunciado sin justa causa o no mediando excusa legal, siendo retribuido y de carácter civil".⁴²

Su representación no es ilimitada, pues si bien tiene las facultades necesarias para cumplir su cometido; sin embargo, en ciertos casos, ha de ser autorizado para verificar determinados actos, por los órganos superiores de la tutela. Luego le corresponde, la dirección real de la

⁴² RODRIGUEZ, L. y ARIAS DUSTAMANTE, La tutela, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1954, Barcelona, pág. 191.

misma, por lo tanto, no sólo realiza actos de administración, sino que también actos de administración extraordinaria o dispositivos, con las oportunas garantías, aprobaciones y autorizaciones. **

Dicho cargo es, en principio, obligatorio; sin embargo, una excepción al carácter obligatorio de la función del tutor, es la limitación de la duración de la misma, presentando el artículo 200, la duda si la tutela puede ser hecha bajo condición o a término, v.gr., nombrando el testador a sus hijos A y B, conjuntamente, y por este orden, tutores de su hija C, quienes se sustituirán sucesivamente por anualidades vencidas, y rindiendo el saliente al entrante la respectiva cuenta de su administración, debidamente comprobada.

Se ha sostenido la negativa, fundándose en que el artículo 201, abandonando el precedente de la Ley de Partidas, quiere que la tutela se ejerza por un solo tutor, bajo la vigilancia del protutor y del Consejo de Familia; y que como ella suple e imita a la patria potestad, ha de ser también continua, como lo es el desvalimiento del sujeto a quien debe proteger. No están permitidos los nombramientos de tutor por tiempo 'limitado' dentro de la duración de la incapacidad, ni los 'modales' ni 'condicionados' fuera de las opciones y tolerancias expresas en la ley.

Mas lo cierto es que, según la Ley Ba., Título 16, Partida 6a., el tutor testamentario puede darse con

** Cfr. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Op. Cit., pág. 263.

condición, por cierto tiempo y siempre o absolutamente; en cuyos casos, se deberá seguir invariablemente la voluntad del testador, proveyendo el juez durante la suspensión o cesación del tutor, de otro guardador al pupilo; y la Sentencia de 17 de octubre de 1908, ha reafirmado la supremacía de la tutela voluntaria sobre las demás clases, hasta el punto de llamarlo derecho absoluto del padre, a quien reconoce la facultad de dar al hijo tutor 'ad cautelam', por ejemplo, para el caso de que llegara a necesitarlo por causa de su incapacidad y la madre viuda en posesión de la patria potestad cayese a su vez en el mismo estado; por lo que, la existencia del órgano tutelar ha de ser constante y cierta, mientras subsista la necesidad que lo provoca; mas de ahí no se sigue que haya de encarnar necesariamente en la misma persona mientras dure la tutela. No fue esto lo que el Código quiso significar -art. 201- que se ejercería por un solo tutor, sino la abolición de aquella confusa posibilidad inicial de tutela que parece colectiva reflejada en las Partidas (Ley 11, Tit. 16, Partida 6a.), según se desprende de la Sentencia de 18 de diciembre de 1900. ⁴⁹

Otra excepción, es la señalada en el artículo 245 del Código, para cuando el menor tenga parientes dentro del sexto grado.

Actualmente, teniendo en cuenta la modificación introducida en el art. 954 -concordante con el 245- sobre la

⁴⁹ Cfr. DE DIEGO Y ESCOBAR, Estudios de Derecho Civil, Bosch, Casa Editorial, S.A., Tomo VIII, 1927, Barcelona, pág. 393.

extensión de la sucesión ab intestato, que ha sido reducida al cuarto grado parental, parece inferirse que sólo hasta los parientes de este grado cabe extender la obligación preceptuada en el citado art. 245, por cuanto darle a éste otro alcance sería injusto, puesto que los comprendidos más allá del cuarto grado ya no gozan de ningún beneficio en la herencia del 'de cuius' o presunto incapaz, hallándose excluidos del llamamiento a la sucesión legítima y, de las responsabilidades o deberes que esta vocación implica.

De todas formas, es de observar que todo cambio de tutor es dañino al pupilo por los gastos que ocasiona, por las alteraciones que provoca en la gestión de los bienes, y por los peligros que representa para los terceros.

Asimismo, el Código Civil dispone en su art. 202, que los cargos de tutor y protutor no son renunciables, sino en virtud de causa legítima debidamente justificada; por tanto, la excusa supone capacidad en la persona para desempeñar el cargo, y, por consiguiente, el Código al separarla de las causas de inhabilitación, a la vez que se aparta del Derecho romano que confundía ambas causas, llamando a las de inhabilitación necesarias y voluntarias a las segundas, se atiene a la buena doctrina, hablando de las excusas, como distintas de las causas de incapacidad. *6

Scaevola las clasifica del siguiente modo: "1o. Por razón de dignidad o empleo público; 2o. Por atenciones

*6 Cfr. VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Op. Cit., pág. 553.

privadas preferentes; y 3o. Por impedimento físico o intelectual". ⁴⁷

De Diego, establece otra clasificación: "1a. Por razón de dignidad, v.gr. los Ministros... (art. 244 párrafos 1o. al 5o.). 2a. Incompatibilidad de estado, v.gr. militares en activo servicio... (art. 244, párrafos 6o. y 7o.). 3a. Por situación propia de hecho que impida atender al cargo, v.gr., los que tuvieren bajo su potestad cinco hijos legítimos... (art. 244, párrafos 8o. al 12o.)". ⁴⁸

No entraremos en el examen de las doce fracciones que recoge el artículo 244 del Código, como causas de excusa de la tutela, en el Código español, sino que, nos limitaremos a comentar, aquellos que únicamente lo requieran:

Por lo que hace referencia a la 6a., hay que decir lo siguiente: En cuanto a la determinación de los dos conceptos que comprende esta fracción, a saber: quiénes son militares y qué se entiende por servicio activo: a) Los jefes y oficiales excedentes; b) Los que se encuentran en situación de reemplazo, cualquiera que sea la causa; c) Los reclutas disponibles o en depósitos; d) Los jefes y oficiales de las Escalas de Reserva, Complemento y Honorífica, porque en ellos no concurren las causas que pueden excusar a los que están en servicio activo, e) Los soldados que estén en situación de reserva, porque el

⁴⁷ Citado por RODRIGUEZ, L.- ARIAS OUSTAMENTE, Dp. Cil., pág. 194.

⁴⁸ Dp. Cit., pág. 412.

servicio activo comprende sólo a los que sirven en filas y a los que están ilimitada y f) Los retirados, porque ya no son militares.

Por lo que concierne a la fracción Ga. de este artículo, o sea, a los que tuvieron bajo su potestad cinco hijos legítimos, Pérez y Castán entienden incluidos aquí los legitimados por subsiguiente matrimonio, por hallarse equiparados a los hijos legítimos. En cambio, no se cuentan los hijos mayores de edad, los emancipados por matrimonio o por concesión de los padres, los naturales reconocidos, los legitimados por concesión soberana y los adoptados por un tercero, salvo el caso de que el padre natural haya recuperado la patria potestad. ⁴⁹

En cuanto a la disposición contenida en el art. 251, por el que "el tutor testamentario que se excuse de la tutela, perderá lo que voluntariamente le hubiese dejado el que le nombra", hay que considerar que se trata de una presunción de voluntad que no regirá cuando el propio testador disponga otra cosa. ⁵⁰

Según lo establecido en el Código Civil, no será admisible la excusa que no hubiere sido alegada ante el Consejo de Familia en la reunión dedicada a la constitución de la tutela. Solo en el caso de que el tutor no hubiere concurrido a dicha reunión del Consejo, ni tenido antes noticias de su nombramiento, deberá alegar la excusa dentro

⁴⁹ Notas al Derecho Civil de Enneccerus, Bosch, Casa Editorial, S.A., Tomo IV, Volumen II, 1968, Barcelona, pág. 268.

⁵⁰ Idea, pág. 303.

de los diez días siguientes al en que éste le hubiese sido notificado. Se comprende que si las causas de exención fueren posteriores a la prestación de la tutela, el término para alegarlas empezará a contarse desde el día en que el tutor hubiese tenido conocimiento de ellas.

Como se puede advertir, el legislador ha concedido breves plazos al tutor para que alegue ante el organismo más representativo de la institución tutelar, los motivos legales, que le impiden entrar en el ejercicio del cargo para que ha sido designado. Ahora bien, aun y cuando consideramos que el principio de seguridad exige en Derecho que las relaciones jurídicas estén libres de impedimento que obstaculicen desarrollarse normalmente, el legislador no debiera haber sido tan tajante en dichas disposiciones, por las consecuencias que ellas tienen en la vida práctica; pues de ninguna forma será de utilidad ni al menor ni a la institución tutelar en conjunto, ni a la misma comunidad social, el que por el hecho de que el tutor se haya retrasado en el cumplimiento de los requisitos exigidos, no pueda alegarlos cuando se apoya en motivos justos, que sin duda alguna requieren ser atendidos a fin de evitar perjuicios a todos los que intervienen en esta clase de relaciones; por tanto, ante el supuesto de que el tutor se encuentre en alguna de las causas de excusa legal que recoge el Código Civil, consideramos que su petición de no entrar en el ejercicio de la tutela basándose en razón jurídica que le asista, debiera ser atendida, y no supeditar su tramitación al cumplimiento de unos preceptos de tipo

reglamentario, que es al fin de cuentas lo que ha hecho en este caso el legislador.

Las atribuciones del Consejo de Familia en esta materia no son absolutas, puesto que las resoluciones por las que desestime la excusa o excusas alegadas por el tutor, podrán ser impugnadas ante los Tribunales en el término de quince días.

Tratando el legislador de rodear estos trámites de las mayores garantías, por cuanto que el acuerdo del Consejo de Familia será sostenido por éste a expensas del menor, ha establecido, que si dicho acuerdo fuere confirmado por el Tribunal ante el que se le impugna, deberá condenarse en costas al que hubiere promovido la contienda (art. 299, párrafo segundo).

El legislador, en su afán de que se cumpla la voluntad del testador o legatario que nombra tutor al menor o incapacitado o la voluntad de la ley, dispone en el artículo 246 del Código, que los excusados pueden a petición del tutor o protutor, ser compelidos a admitir la tutela, luego que hubiese cesado la causa de la exención; sin embargo, no se aprueba esta insistencia de la Ley al proponerse que a toda costa hayan de desempeñar el cargo los que fueron primeramente designados o llamados al mismo, por cuanto se estima que, siempre que éstos no hayan recibido beneficio o favor a costa del patrimonio del tutelado, no hay justificación para obligarles al ejercicio de una función, en la que es necesario desplegar no sólo actividad

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

y pericia, sino inclusive poner en ella el mayor afecto, lo que no se podría conseguir si se les lleva a su desempeño contra su voluntad, motivo por el cual quizá fuese mejor en estos supuestos se les eximiese del cumplimiento de tal función, haciendo para ello desaparecer el precepto contenido en el comentado art. 246.

Estando investidas las funciones de la tutela de enorme trascendencia social, se comprende que han de estar desempeñadas por personas que, por regla general, no sólo estén en el pleno ejercicio de su capacidad civil, sino que tengan condiciones de moralidad y rectitud acreditadas, y no se encuentren, con respecto a los menores e incapacitados, en circunstancias de parcialidad, por razones de enemistad o de encontrados intereses, que hiciesen pernicioso para ellos la mencionada actuación. De aquí que, las incapacidades pueden clasificarse en absolutas y relativas, según que afecten a las personas, impidiéndoles el ejercicio de toda tutela, o bien tan sólo el de tutelas determinadas por su especial relación con los pupilos o sus más próximos parientes.

Dentro de las incapacidades absolutas o para todo género de tutela, bueno sería distinguir las físicas, como la menor edad, la enfermedad, el sexo, etc. de las morales, como la mala conducta, la embriaguez, la condena por determinados delitos, la quiebra y el concurso, y aquellas otras que no implican imposibilidad física ni culpabilidad de ningún género, pero sí dificultan el ejercicio del cargo,

como la falta de residencia en la localidad, el desempeño de funciones públicas, administrativas, judiciales o militares.

"En las legislaciones no se encuentra un criterio sistemático; pues unas, como la francesa, confunden las incapacidades con los motivos de remoción; otras, como la argentina no hablan de las excusas, que quedan subsumidas en las incapacidades; y que puede decirse que en ninguna establece claramente diferencias, al tratar de estas últimas, entre las típicas, las morales y las simplemente legales. Ni siquiera el Código Civil suizo, que es de los que tratan esta materia con mayor rigor técnico, se acopla a un método seguro y científico". ⁸¹

Para Scaevola, las causas de incapacidad se pueden agrupar del siguiente modo: "1o. Por razón de restricción de la capacidad jurídica; 2o. Por razón de conducta actual o presunta; 3o. Por razón de litigio actual o presunto; 4o. Por razón de negligencia, parentesco o incompatibilidad de cargo". ⁸²

El Código Civil español, señala las causas de incapacidad para ser tutores y protutores, en su artículo 237, abarcando a las personas siguientes: 1) Los que están sujetos a tutela; 2) Los que hubiesen sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores o escándalo público; 3) Los condenados a cualquier pena corporal, mientras no extingan la condena; 4) Los que

⁸¹ FERNANDEZ CLERTGO, El Derecho de Familia Comparado, Editorial Porrúa, S.A., 1947, México, pág. 352.

⁸² Citado por RODRIGUEZ, L.-ARIAS BUSTAMANTE, Op. Cit., pág. 200.

hubiesen sido removidos legalmente de otra tutela anterior;
5) Las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida; 6) Los quebrados y concursados no rehabilitados; 7) Las mujeres, salvo los casos en que la ley las llame expresamente; 8) Los que, al diferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil; 9) Los que litiguen con el menor sobre la propiedad de sus bienes, a menos que el padre, o en su caso la madre, sabiéndolo, hayan dispuesto otra cosa; 10) Los que adeuden al menor sumas de consideración, a menos que, con conocimiento de la deuda, hayan sido nombrados por el padre, o en su caso por la madre; 11) Los religiosos profesos, y 12) Los extranjeros que no residan en España.

Como hemos visto, este Código Civil, rechaza del ejercicio de la tutela, normalmente, a las mujeres. El Código de Napoleón, también aceptó este legado del pasado; las mujeres eran excluidas del ejercicio de la tutela; sólo existía la excepción respecto a la madre del pupilo. Esta exclusión tenía su fundamento jurídico en la doctrina romana que calificaba de tutela de 'manus publicum', pues la tutela era un 'officium virile'. Después, la tutela dejó de ser una función pública, porque abolida la constitución estatal de las familias romanas, pasó a ser una carga privada, una función doméstica. La mujer casada debe obtener la autorización de su marido, pero es menester ver en ello un efecto de su autoridad de jefe de familia (art. 213) y no una excepción a la regla de capacidad, suprimiéndose la necesidad de autorización marital, para el nombramiento de

la mujer para el ejercicio del cargo de protutor (antiguo art. 420).

Respecto a las causas octava, novena y décima del artículo 237, a que nos hemos referido, no tenemos nada que advertir, estando su fundamento en la enemistad que promueve y el temor muy racional de que abusen los tutores o protutores de la autoridad consignada. Debemos tan solo añadir que, sin mediar pleito ni deuda, hay a veces enemistad grave entre personas, aun, y quizá más que en otros casos, dentro de la misma familia; y esta circunstancia de enemistad o de sentimientos hostiles debió haberse tenido en cuenta.

La causa décima del artículo que comentamos, según la Sentencia de 16 de marzo de 1942, se refiere, no sólo a los tutores de los menores, sino a los de los incapacitados. La obligación de entregar la pensión asignada para alimentos y la legítima paterna, entrañan deudas de consideración para el incapacitado, si éste no cuenta con otros medios de subsistencia.

Para el caso de que el tutor no entrare en el ejercicio de su cargo, por causa de incapacidad, ordena al Consejo de Familia que provea a los cuidados de la tutela, mientras se resuelve definitivamente sobre el impedimento. Distingue en el segundo párrafo del artículo 243, el supuesto en que la declaración de incapacidad del tutor haya tenido lugar después de que él mismo hubiese ya entrado en el desempeño de su función; determinando para este caso, que

cuando el Consejo promueva litigio, éste no podrá ejecutarse sin la previa aprobación judicial, siendo la autoridad judicial la encargada de decidir en última instancia sobre los acuerdos que tome el Consejo, siempre claro es, que tengan una repercusión judicial, por interpretación estricta del inciso final de este artículo.

Por otro lado, declarar la incapacidad de un tutor conduce a excluirle de la tutela antes de haber comenzado a ejercer el cargo; la remoción, en cambio, supone que el tutor que comenzó la gestión tutelar es privado del ejercicio de su cargo.

Las Leyes de Partidas, con hondo sentir humanista, establecieron que "cada uno del pueblo, mujer o varón, que se moviese a hacerlo por razón de piedad, podría acusar al guardador por sospechoso; e incluso, que el juzgador de su oficio podría remover al guardador de la guarda, aunque no le acusare ninguno si viere o entendiere de cualquier manera, que hace mal a la hacienda del huérfano". (Partida 6a., Título 11, Ley 3a.).

Las causas de remoción en el Código Civil, se encuentran recogidas en su artículo 238, extendiéndose a las personas siguientes:

1a. A los que, después de diferida ésta incidan, en alguno de los casos de incapacidad que mencionan los números 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 11 y 12 del artículo precedente.

2a. A los que intervengan en la administración de la tutela sin haber reunido el Consejo de Familia y pedido el nombramiento de protutor, o sin haber prestado la fianza cuando deban constituiria, e inscrito la hipoteca.

3a. A los que no formalicen el inventario en el término y de la manera establecida por la ley, o no lo hagan con fidelidad.

4a. A los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela.

En esta causa parece hallarse un eco de las palabras del Rey Sabio, a que antes nos hemos referido, por la amplitud con que admite este Código las causas de remoción en contraste como lo casuísticamente que señala las de inhabilitación, que enuncia en su artículo 237, ya examinado; y

5a. Cuando hallándose en ejercicio un tutor, apareciere el nombrado por el padre (art. 210).

Se puede dar el caso de que proceda la remoción de todo el organismo tutelar si, respectivamente y a la vez, hubiesen dado causa para ello. Sin duda que, la posibilidad de atacar de una vez la remoción de todo el organismo tutelar, resulta contundente en la Sentencia de 5 de diciembre de 1895, e igualmente, que los menores pueden solicitar del Juzgado que se les designe para tal fin un

defensor judicial, conforme el artículo 165 del Código, por ser este cargo perfectamente compatible con las funciones encomendadas a los tutores y protutores y con las del Consejo de Familia. Por todo lo cual parece que, si es posible pedir la remoción de una vez de todo el organismo tutelar, es admisible que a este defensor se le atribuya la representación del pupilo con la necesaria aprobación judicial, para que puedan ser ejecutadas las determinaciones que adoptase proveyendo a los cuidados de la tutela.

Según la jurisprudencia española, es ineludible reconocer la distinta situación, de hecho y jurídica, en que se encuentran las personas con vocación a una determinada tutela, respecto de aquellas en que, ya discernido el cargo de tutor (lo que supone cumplimiento inicial de las condiciones inherentes al cargo), incurran en incapacidad durante su ejercicio; pues el art. 239, se limita al caso del tutor que, hallándose en el ejercicio del cargo, deba ser removido por algunas de las causas previstas en el art. 238.

En cuanto al procedimiento que ha de seguirse, para la remoción de los tutores, el Tribunal Supremo ha estimado, que no puede el Consejo de Familia nombrar, un tutor interino, sino que es él quien debe hacer las veces de tutor, siendo ejecutor de los acuerdos el Presidente de dicho Consejo; al contrario, cuando se trata de tutela vacante, no repudia la jurisprudencia, el nombramiento de un tutor interino o accidental.

CAPITULO III

LOS MENORES FRENTE A LA
LEGISLACION MEXICANA

III.D.- El menor frente a la Constitución.

No es necesaria una profunda investigación en nuestro Derecho positivo, para comprobar, que constitucionalmente el fundamento para dar un trato especial a los menores, a través de normas distintas de las que son aplicables a los mayores, es sumamente endeble. El constituyente de 1857 preocupado primordialmente por los derechos fundamentales del hombre, olvidó al ciudadano en formación y nada dijo de los menores.

El Constituyente de 1917, que indudablemente tuvo el acierto de señalar nuevos rumbos a la vida nacional, a través de situaciones jurídicas que eran indispensables para lograr una vida digna, dentro de un marco de libertad y justicia, que liberara al obrero de las tristes condiciones a que lo encadenaba un trabajo inhumano, y que permitiera al campesino laborar sus propias tierras, no llegó en cambio a vislumbrar la necesidad de garantizar al pueblo una preparación previa en la formación de sus elementos, durante ese periodo transitorio de la vida que es la minoridad, pues a este respecto, con relación a la Constitución anterior,

introdujo unas cuantas disposiciones, muy importantes eso sí, pero insuficientes, como lo veremos a continuación:

Conforme a nuestra Constitución, el menor de dieciocho años, que precisamente por serlo no ha alcanzado la ciudadanía y solamente es gobernado, no es titular del poder, sino sujeto pasivo de él. De aquí que le asiste una mayor razón que al ciudadano para gozar amplia y extensamente de las garantías individuales, que constituyen limitaciones al poder del Estado.

El sujeto pasivo del poder del Estado es a su vez, sujeto activo de las limitaciones de ese poder. El artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado conforme la regla 'ubi lex non distingue, nec distinguere debemus' -donde la regla no distingue, no debemos distinguir-, y siguiendo la doctrina dominante al respecto, extiende la calidad de sujeto activo de la garantía, es decir, a todo gobernado sin distinción de nacionalidad, sexo, edad, credo religioso, condición social, etc.; por tanto, el menor de dieciocho años es sujeto activo de esos derechos.

Encontramos que el constituyente del 17, no logró constituir un verdadero sistema proteccionista del menor, pues las prevenciones programadas que no obedecen a una ideología concreta, son aisladas, dando por resultado una acción defensora incompleta e imprecisa, que no garantiza una situación jurídica integral para el infante o el adolescente, pues solamente se ocupa en forma parcial, de

Los menores infractores, de los hijos o pupilos de mexicanos, de los concebidos o recién nacidos de madres que trabajan y de los menores que pueden ser sujetos de una relación laboral, quedando al margen, una serie de situaciones importantes que permanecen desatendidas.

Ahora bien, nos remitiremos a los diversos textos legislativos, a fin de hallar regulaciones que respecto de la protección del menor se han estatuido:

En primer lugar, la fracción I del artículo 31 Constitucional, impone a los mexicanos la obligación de hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas para obtener educación primaria y secundaria, así como la militar, en su caso, medida que la Comisión redactora del Constituyente consideró como necesaria para la conservación, prestigio y engrandecimiento de nuestro país. Ahora bien, al establecer esa obligación a cargo de las personas de quienes depende el niño o adolescente, indudablemente que el legislador estuvo en lo correcto, ya que efectivamente el menor, no puede comprender los alcances de su determinación de ir o no a las escuelas a recibir su preparación elemental.

III.2).- El menor frente a la Ley Federal del Trabajo.

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo establece la prohibición de contratar el trabajo de los menores de 14 años (art. 50. fracc. I), que indiscutiblemente tuvo una

finalidad muy noble, como fue la de proteger el crecimiento y educación del niño en esa etapa de su desarrollo; sin embargo, en la práctica ha generado un estado de verdadera injusticia social, pues en tanto que el menor, pudiendo encontrar la solución a alguna de sus necesidades primarias, por la vía de un trabajo remunerado, con decoro y dedicación, que le permita sentirse copartícipe de las responsabilidades de sus mayores, por virtud de esa prohibición 'proteccionista' y sólo porque en algunos casos los padres podrían no responder al esfuerzo de su hijo, convirtiéndose en unos desobligados; se le priva de ganar en forma honesta, muchas veces, el pan para él y para sus hermanitos, viéndose así precisado a realizar las mismas labores, al margen de toda vigilancia que lo favorezca, con la esperanza de obtener algún ingreso, ya no como retribución al servicio prestado, sino como una dádiva o limosna que le mutila todo sentido de dignidad.

Es necesario admitir con franqueza, que cuando una ley inspirada en los más altos ideales, al ser aplicada mediante su interpretación correcta por parte de la autoridad, produce resultados negativos, la misma, con toda su bondad es incorrecta y que si la protección buscada no se logra, es porque se pretendió llevar la acción del Estado al margen de sus posibilidades, sin tomar en cuenta la verdadera situación que impera en el medio social de que se trata y que subordina necesariamente el comportamiento de las gentes.

Si bien al hombre formado se le puede imponer hasta cierto punto, un actuar que responda más por conveniencia a ciertas apariencias que a una realidad, al niño no se le puede encauzar hacia la observancia de exigencias meramente artificiales, pues no lo comprenderá y se le cierra un camino honesto para la satisfacción de sus necesidades fundamentales, sólo porque alguien dice que ese tiempo lo debe dedicar a jugar, buscará otro, que aun cuando a los ojos de los mayores parezca indecoroso, le permitirá vivir. El menor tendrá que pensar, que si la aplicación de una ley que se dice dictada en su beneficio, únicamente lo perjudica, debe eludirlo y en esa forma responderá con engaño, al fraude de que se le hace objeto.

III.3).- El menor frente al Código Civil.

Nuestro Código Civil, organiza un conjunto de reglas de seguridad general para el ser humano que abarca desde su concepción hasta después de su muerte. Así puede afirmarse que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley, pudiendo hacer valer sus derechos, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el ordenamiento citado (art. 22).

Asimismo, nuestro ordenamiento sustantivo fija como domicilio del menor no emancipado, el que tengan las personas a cuya patria potestad esté sujeto y en defecto de ésta, el de sus tutores (art. 31 fracciones I y II).

Enseguida se determinan métodos para fijar su filiación y por conducto del Registro Civil, se exige la declaración de su nacimiento en un término perentorio de seis meses, a los padres y a falta de éstos a los abuelos paternos y maternos respectivamente, y de 24 horas siguientes para los médicos cirujanos o matronas que intervinieron y para el jefe de familia en cuya casa tuvo lugar el alumbramiento si ella no fuere la paterna (arts. 54 y 55).

También se previenen múltiples formalidades que integran los elementos constitutivos de la personalidad del menor, como son nombre, determinación del lugar y día de su nacimiento y hasta donde fuere posible la fijación de su parentesco para la consolidación de sus derechos y obligaciones derivados del matrimonio, de la adopción o de la tutela a la que fuere sujeto (arts. 58 al 92).

Con la intervención del mismo Registro Civil, se dictan medidas para que a partir de los dieciséis años si es varón o de catorce si es mujer, puedan contraer matrimonio (art. 148), con la limitación de que no padezcan alguna enfermedad que impida la celebración del matrimonio (art. 90, fracc. IV), y con el debido consentimiento de sus representantes legales (art. 90, fracc. V) y puede solicitar dispensas de edad o de substitución del consentimiento de dichos representantes con intervención de los Jueces de lo Familiar y del Tribunal Superior de Justicia (arts. 148 a 155), estableciéndose la prohibición de contraer nupcias con su tutor o curador y los ascendientes de éstos, sin la

debidamente aprobadas y sin permiso de la autoridad administrativa (arts. 159, 160 y 265).

La ley reconoce que el marido y la mujer menores de edad tendrán la administración de sus bienes, condicionada a una autorización judicial para enajenarlos, gravarlos o hipotecarlos, así como de la necesidad de designar tutor para asuntos judiciales (art. 173) e igualmente podrán otorgar y cancelar sus capitulaciones para constituir regímenes de sociedad conyugal o separación de bienes, con el consentimiento de sus representantes (ars. 181 y 209).

Asimismo se conceden privilegios especiales para casos de matrimonio celebrado entre menores de edad que hayan procreado o llegaren a la mayoría de edad sin reclamación de su respectivo consorte (art. 207) y se determina la caducidad de reclamación de los representantes legales que no hubieren prestado su consentimiento para el matrimonio (art. 230).

Se asegura la custodia de los menores en la forma más conveniente para estos, cuando haya nulidad de matrimonio (ars. 259 y 260) y se incluyen como causal de divorcio los actos inmorales positivos o su tolerancia con los que se trata de corromper a los hijos (arts. 267 fracción V y 270).

También se garantiza permanentemente la subsistencia y cuidado personal de los menores en caso de

divorcio voluntario o necesario y la condición en que deberán quedar sus personas y bienes cuando se declare culpabilidad en alguno de los cónyuges, pudiéndose tomar medidas accesorias de protección provenientes de los demás familiares y sin perjuicio de reconocer que aunque los padres divorciados pierdan la patria potestad quedan obligados frente a sus hijos en todos los privilegios que la ley les confiere (art. 204 y 205).

En materia de alimentos, la protección legal surge con vigor, pues aparte de ratificarse en diversas disposiciones que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos y que ante la imposibilidad de aquellos, ella recae sucesivamente en sus ascendientes por ambas líneas, hermanos y demás parientes colaterales hasta el cuarto grado (art. 300 y siguientes), se determina que tratándose de menores, los alimentos comprenden no sólo la comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad, sino también los gastos que requiera la educación primaria y el aprendizaje de algún oficio, arte o profesión honesta y adecuada (arts. 300 y 314).

Se faculta al propio menor para pedir el aseguramiento judicial de sus alimentos por conducto de un tutor interino, de sus familiares o del Ministerio Público, llegándose a prevenir expresamente que el deudor alimentario será responsable de las deudas contraídas por sus acreedores alimentarios para cubrir sus alimentos en la cuantía estrictamente necesaria (arts. 315 y 322).

En cuanto a la filiación se fijan normas para asegurarle tanto la maternidad como la paternidad dentro y fuera del matrimonio, confiriéndose al menor la posibilidad de ser oído por conducto de un tutor especial y ampliándose los casos de investigación de la paternidad con la sola limitación de evitar escándalos; y en cuanto a la maternidad se concede al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigarla, estableciéndose la presunción legal de que los hijos nacidos dentro del concubinato son de los integrantes de dicha relación (art. 324 y siguientes).

Se da a los menores aptos para contraer matrimonio la posibilidad de reconocer a sus hijos naturales con el consentimiento de sus representantes legales, sin perjuicio del derecho del propio menor reconocido para reclamar posteriormente tal reconocimiento (arts. 362 a 376) y se confirman los derechos del hijo reconocido para llevar el apellido de su padre, de ser alimentado por éste y de percibir la porción hereditaria que le corresponda.

III.3.a).- La adopción.

Por lo que se refiere a la adopción, el Código Civil la regula del numeral 390 al 410 y dentro de este articulado encontramos lo siguiente:

Una persona mayor de veinticinco años, libre de matrimonio y en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun siendo mayor de edad, siempre y cuando concurren las siguientes

circunstancias: a) Que el adoptante tenga diecisiete años más de edad que el adoptado; b) Que acredite contar con medios suficientes para sufragar los gastos de educación y subsistencia del adoptado; c) Que la adopción resulte benéfica para el adoptado y d) Que el adoptante sea una persona de buenas costumbres (art. 390).

La adopción, asimismo se puede verificar cuando el marido y la mujer están de acuerdo en considerar al adoptado como hijo propio, cumpliendo el requisito de edad -es decir, diecisiete años mayor que el adoptado-; sin embargo, cuando uno de los consortes reúna el requisito anterior, podrá llevarse a cabo la misma (art. 391).

Tanto las obligaciones como los derechos de que gozan los padres respecto de los hijos, se adquieren a través de la adopción; así, los adoptantes tienen la obligación de hacer de adoptado un hombre de bien y por su parte, el adoptado tiene la obligación de respetar a los adoptados como si fuesen sus padres legítimos (art. 394).

Cuando el menor a adoptarse tuviere catorce años, se requiere el consentimiento de éste para llevarla a cabo (art. 397); pero si el adoptado quisiere impugnar la adopción, podrá hacerlo dentro del año siguiente a la mayoría de edad (art. 394).

Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como del parentesco que de ella resulte, se limitan únicamente al adoptante y al adoptado, excepto en lo

relativo a los impedimentos de matrimonio, donde se dispone que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico derivado de la adopción (arts. 402 y 403).

Asimismo, los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante; pero en el supuesto de que el adoptante estuviere casado con alguno de los progenitores del adoptado, la patria potestad será ejercida por ambos (art. 403).

Aun y cuando al adoptante le nacieren hijos, la adopción producirá todos sus efectos (art. 404).

Las causas para revocar la adopción se encuentran enumeradas en el artículo 405 del texto legislativo en comento, las cuales son: I. Cuando las dos partes convengan en ello, siempre que el adoptado sea mayor de edad. Si no lo fuere, se oirá a las personas que prestaron su consentimiento conforme al artículo 397 ^{2º}, cuando fueren de domicilio conocido, y a falta de ellas, al representante del Ministerio Público y al Consejo de Tutelas; II. Por ingratitud del adoptado.

^{2º} Art. 397. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos: I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar; II. El tutor del que se va a adoptar; III. La persona que haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor; y IV. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado cuando éste no tenga padres conocidos, ni tutor, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hijo. Si el menor que se va a adoptar tiene más de catorce años, también se necesita su consentimiento para la adopción.

Al adoptado se le considera ingrato cuando: I. Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes; II. Si el adoptado formula denuncia o querrela contra el adoptante, por algún delito aunque se pruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; III. Si el adoptado refusa dar alimento al adoptante que ha caído en pobreza.

En el caso de que el adoptado cometiere algún delito intencional contra la persona, la honra o bienes del adoptante, de su cónyuge, ascendientes o descendientes, el juez decretará la revocación de la adopción, al estar convencido de la espontaneidad con que se solicitó tal revocación y la encuentra conveniente para los intereses morales y materiales del adoptante (art. 407).

Ahora bien, si el adoptado formula denuncia o querrela en contra del adoptante, la adopción deja de producir sus efectos desde el momento mismo en que se produzca el acto de ingratitud, aun cuando la resolución judicial que declare revocada la adopción sea posterior (art. 408).

Toda resolución judicial, ya sea de adopción o revocación, será notificada al Juez del Registro Civil competente, a fin de que haga las anotaciones correspondientes (arts. 401 y 410).

III.3.b).- La Patria potestad.

El capítulo de la patria potestad, ordena cuidadosamente los derechos de los hijos, con un espíritu más ético que jurídico y sujeta el ejercicio de aquélla en cuanto a la guarda y educación de los menores.

En múltiples disposiciones se señalan los derechos y obligaciones de la patria potestad, comenzando por otorgar el ejercicio de ésta conjuntamente a los padres y supletoriamente a los abuelos paternos y maternos en forma sucesiva (art. 414), dejando al arbitrio del juez la conveniencia de otorgar la custodia inmediata, a los ascendientes que vivan separados cuando se trate de hijos extramatrimoniales (art. 417).

Se fijan las obligaciones de los hijos de no dejar la casa sin permiso paternal o de la autoridad competente, así como de no comparecer a juicio ni contraer compromiso alguno sin la intervención del que ejerza sobre él, la patria potestad o del juez en su defecto (arts. 421 y 424). Asimismo se consolidan los derechos de ser educados convenientemente por sus padres o tutores, contando estos con el apoyo de la autoridad competente para corregir y castigarlos con mesura (arts. 422 y 423).

En el supuesto de que el hijo haya nacido fuera del matrimonio, se observará lo siguiente: a) Si ha sido reconocido por los dos progenitores, ambos ejercerán la patria potestad, siempre y cuando estuvieren de acuerdo; b)

En caso de desacuerdo, el juez de lo Familiar del lugar, después de oír a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor; c) Cuando el reconocimiento se haya efectuado sucesivamente, la patria potestad será ejercida por quien lo hubiere reconocido en primer lugar; sin embargo, puede ejercerse conjuntamente si los padres así lo conviniere (arts. 380 y 381).

Es de hacerse notar el acierto del artículo 420, al establecer que únicamente en caso de falta o impedimento de todos los llamados 'preferentemente', se designará a otra persona para que ejerza la patria potestad ya que, el menor se verá protegido al ser cuidado por ascendientes directos y sólo en caso extremo, será ejercida por persona extraña al mismo, situación que afortunadamente no ocurre de manera frecuente.

Por otra parte, la administración de los bienes del menor se regula en el Capítulo II del Título Octavo que estamos comentando y en donde se establece lo siguiente:

Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen (art. 425).

Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado

por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración (art. 426).

La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente (art. 426).

Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases: I. Bienes que adquiera por su trabajo y II. Bienes que adquiera por cualquier otro título (art. 428); los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo (art. 429); en los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto (art. 430).

Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escritura o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda (art. 431) y

La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación (Art. 432).

Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad (Art. 433).

El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título VI, ³⁴ y,

³⁴ Capítulo II. 'De los derechos de usufructuario'.

Art. 989. El usufructuario tiene derecho de ejercitar todas las acciones y excepciones reales, personales o posesorias y ser considerado como parte en todo litigio, aunque sea seguido por el propietario, siempre que en él se interese el usufructo.

Art. 990. El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos, sean naturales, industriales o civiles.

Art. 991. Los frutos naturales o industriales pendientes al tiempo de comenzar el usufructo pertenecerán al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo, pertenecen al propietario. Ni éste ni el usufructuario tienen que hacerse abono alguno por razón de labores, semillas u otros gastos semejantes. Lo dispuesto en este artículo no perjudica a los aparceros o arrendatarios que tengan derecho de percibir alguna porción de frutos al tiempo de comenzar a extinguirse el usufructo.

Art. 992. Los frutos civiles pertenecen al usufructuario en proporción del tiempo que dure el usufructo, aun cuando no estén cobrados.

Art. 993. Si el usufructo comprendiera cosas que se deteriorasen por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, empleándolas según su destino y no estará obligado a restituirlas, al concluir el usufructo, sino en el estado en que se encuentren, pero tiene obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubiere sufrido por dolo o negligencia.

Art. 994. Si el usufructo comprende cosas que no pueden usarse sin consumirse, el usufructuario tendrá el derecho de consumirlas, pero está obligado a restituirlas, al terminar el usufructo, en igual género, cantidad y calidad. No siendo posible hacer la restitución, está obligado a pagar su valor, si se hubiesen dado estimadas, o su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, si no fueren estimadas.

Art. 995. Si el usufructo se constituye sobre capitales impuestos a réditos, el usufructuario sólo hace suyos éstos y no aquéllos; pero para que el capital se redima anticipadamente, para que se haga novación de la obligación primitiva, para que se substituya la persona del deudor si no se trata de derechos garantizados con gravamen real, así como para que el capital redimido vuelva a imponerse, se necesita el consentimiento del usufructuario.

Art. 996. El usufructuario de un monte disfruta de todos los productos que provengan de éste, según su naturaleza.

además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes: I. Cuando los que ejercen la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados; II. Cuando contraigan ulteriores nupcias; III. Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos (Art. 434).

Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces (Art. 435); los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que

Art. 997. Si el monte fuere talar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o cortes ordinarios que haría el dueño, acomodándose en el modo, porción o época a las leyes especiales o a las costumbres del lugar.

998. En los demás casos, el usufructuario no podrá cortar árboles por pie, como no sea para reponer o reparar algunas de las cosas usufructuadas, y en este caso acreditará previamente al propietario la necesidad de la obra.

Art. 999. El usufructuario podrá utilizar los viveros, sin perjuicio de su conservación y según las costumbres del lugar y lo dispuesto por las leyes respectivas.

Art. 1000. Corresponde al usufructuario el fruto de los aumentos que reciban las cosas por accesión y el goce de las servidumbres que tenga a su favor.

Art. 1001. No corresponden al usufructuario los productos de las minas que se exploten en el terreno dado en usufructo, a no ser que expresamente se le concedan en el título constitutivo del usufructo o que éste sea universal; pero debe indemnizar al usufructuario de los daños y perjuicios que se le originen por la interrupción del usufructo a consecuencia de las obras que se practiquen para el laboreo de las mismas.

Art. 1002. El usufructuario puede gozar por sí mismo de la cosa usufructuada. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo.

Art. 1003.- El usufructuario puede hacer mejoras útiles y puramente voluntarias; pero no tiene derecho a reclamar su pago, aunque sí puede retirarlas, siempre que sea posible hacerlo sin detrimento de la cosa en que está constituido el usufructo.

Art. 1004. El propietario de bienes en que otro tenga el usufructo puede enajenarlos, con la condición de que se conserve el usufructo.

Art. 1005. El usufructuario goza del derecho del tanto. Es aplicable lo dispuesto en el artículo 973 en lo que se refiere a la forma para dar el aviso de enajenación y al tiempo para hacer uso del derecho del tanto.

correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente (art. 436). Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza de representación de los hijos.

Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor. Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial (437).

La extinción del derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad procederá: I. Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos; II. Por pérdida de la patria potestad; y III. Por renuncia (art. 438).

Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes

de los hijos (art. 439) y en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso (art. 440).

Por otra parte, los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso (art. 441).

Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen (art. 442).

En el capítulo III del título que estudiamos se refiere a los modos de terminación y suspensión de la patria potestad:

En el artículo 443, se especifican los casos cuando termina la patria potestad, a saber: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II. Con la emancipación derivada del matrimonio y III. Por la mayor edad del hijo.

Ahora bien, la patria potestad se pierde, de acuerdo al artículo 444: I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 203 ²³; III. Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad (art. 445) y el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior (art. 446).

La suspensión de la patria potestad procede: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión (art. 447).

²³ Art. 203. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quienes legalmente tengan derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

Art. 204. Antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

Art. 205. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos y II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño (art. 448).

III.3.c).- La tutela.

Ahora bien, posiblemente la más regulada de las instituciones civiles con que se protege al menor sea la tutela y aunque no la define, indica que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad de gobernarse natural o legalmente (art. 449); y del contenido de esta disposición se derivan sus características más importantes como son las de su permanencia por cuanto se mantiene mientras es necesaria, y de su generalidad por que se extiende a todos los actos de la vida del pupilo, complementando su personalidad o afectando sus bienes, por lo que se previene que cuando falleciere una persona que estuviere ejerciendo la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, los parientes como las personas con las que haya vivido, al igual que el ejecutor testamentario, los jueces del Registro Civil y las autoridades administrativas y judiciales, están obligados a denunciar tal irregularidad en el plazo de ocho días bajo pena de multa (art. 460).

El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordomudo que no sepa leer ni escribir, el ebrio

consuetudinario o que habitualmente use drogas conervantes, quedará sujeto a la tutela mientras no llegue a su mayoría, y sus hijos menores quedarán bajo la potestad de los ascendientes o tutores a quienes corresponda (arts. 464, 465 y 491).

Otras importantes obligaciones con sus correlativos derechos impone la ley a los tutores en forma muy similar a las de los ascendientes, sobre todo en cuanto a la administración y enajenación de bienes, rendición de cuentas y control de su personal, pero baste decir que se declaran nulos de pleno derecho todos los actos de administración ejecutados por los incapaces sin la autorización de sus representantes aun cuando fuesen emancipados; no obstante los menores de edad no pueden alegar nulidad de los actos que celebraren si son peritos en materia relacionada o hubieren usado certificados falsos del Registro Civil o si se hubieren hecho aparecer como mayores (arts. 635, 636, 639 y 640). Por último, el menor emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero durante su minoría de edad requiere autorización judicial para enajenar o gravar bienes raíces, así como de un tutor para negocios judiciales (art. 643).

Como los menores de edad tienen incapacidad natural y legal simultáneamente, la tutela les es aplicable cuando fatalmente carecen o se ignoren sus ascendientes que puedan ejercitar sobre ellos la patria potestad, y dicho control se manifiesta en tres formas que son: la testamentaria, la legítima y la dativa (art. 446).

La tutela testamentaria permite la atención del menor por medio de una persona designada arbitrariamente por el cónyuge superviviente en ejercicio de la patria potestad (art. 470), excluyendo a los ascendientes de ulteriores grados del ejercicio de la patria potestad (art. 471).

En el caso de que un padre ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre hubiere fallecido o, no pudiera éste ejercer la tutela; sin embargo, en su caso, también la madre podrá hacer esta designación (art. 475).

Cuando por algún motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor, conforme a las reglas generales sobre nombramiento de tutores (art. 480).

Por su parte, la tutela legítima se verifica cuando: I. No haya quien ejerza la patria potestad ni hubiere tutor testamentario; II. Deba nombrarse tutor en virtud de divorcio (art. 482) y corresponde a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas y en caso de incapacidad o falta de los anteriores, corresponde a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive (art. 483).

Cuando hubiere varios parientes del mismo grado, el juez eligirá al más apto para el cargo; pero si el menor tuviere dieciséis años, éste hará la designación (art. 494).

La tutela dativa, consiste a su vez, en el desempeño de dicha función por terceras personas nombradas ya sea por el menor que ha cumplido dieciséis años o por el Juez de lo Familiar en su defecto, cuando hubiere justa causa para reprobear tal designación (art. 496), así como en los casos que no exista tutor testamentario o persona a quien le correspondiere la tutela legítima o también cuando el tutor testamentario estuviere impedido temporalmente de ejercer su cargo y no habiendo hermanos ni parientes hasta el cuarto grado del menor (art. 495).

El tutor dativo será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor y aun de oficio por el Juez Familiar, debiendo desempeñar mientras duran en su carga, dicha función, las siguientes personas: 1) El Presidente Municipal del domicilio del menor; 2) Los demás regidores del Ayuntamiento; 3) Las personas que desempeñan autoridad administrativa en los lugares donde no hubiere Ayuntamiento; 4) Los profesores oficiales de instrucción primaria, secundaria o profesional del lugar donde vive el menor; 5) Los miembros de las Juntas de Beneficiencia Pública o Privada que disfruten sueldo del erario y 6) Los Directores de establecimientos de Beneficiencia Pública; todos ellos designados por el Juez de lo Familiar en forma equitativa y sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores

Las personas que figuran en las listas formadas anualmente por los Concejos Locales de Tutelas cuando estén conformes a desempeñarlas gratuitamente (arts. 500 y 501).

Por otra parte, agrega la ley, que si los pupilos fuesen indigentes o carecieren de medios suficientes para los gastos que demanda su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tengan la obligación legal de alimentarlos y las expensas que esto origine serán cubiertas por dichos deudores. Si los pupilos indigentes no tienen personas obligadas a alimentarlos, o éstas no pudieren hacerlo, el tutor con autorización del Juez de lo Familiar, pondrá al pupilo en un establecimiento de beneficencia pública o privada en donde pueda educarse, y de no ser esto posible, procurará que los particulares suministren trabajo al incapacitado, compatibles con su edad y circunstancias personales, sin perjuicio de la obligación de alimentarlo y de educarlo. El tutor seguirá vigilando al menor a fin de que no sufra daño por lo excesivo del trabajo, lo insuficiente de la alimentación o lo defectuoso de la educación que se le imparta (arts. 543 y 544).

A mayor abundamiento, los incapacitados indigentes que no puedan ser alimentados y educados por los medios previstos en los métodos anteriores, lo serán a costa de las rentas públicas del Distrito Federal, pero si se llega a tener conocimiento de que existen parientes del incapacitado que estén legalmente obligados a proporcionarle alimentos, el Ministerio Público decidirá la acción correspondiente

para que se reembalse al Gobierno de los gastos que hubieren hecho al respecto (art. 545).

Ahora bien, no pueden ser tutores: a) Los menores de edad; b) Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela; c) Los que hubieren sido removidos de otra tutela en virtud de haberse conducido mal respecto de la persona o de la administración de los bienes del menor; d) Los que hubieren sido condenados a la privación o inhabilitación del cargo, en razón de sentencia ejecutoria; e) Quien fuese condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad; f) Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o se conduzcan notoriamente con mala conducta; g) Los que al diferirse la tutela, tengan delito pendiente con el menor; h) Los deudores del menor; i) Los Jueces, magistrados y demás funcionarios de la administración de Justicia; k) Los empleados públicos de Hacienda cuando tengan responsabilidades pecuniarias vigentes, o que las hubieren tenido y no las hubieren cubierto; l) Los que padezcan enfermedad crónica contagiosa y m) Los demás a quienes prohíba la ley (art. 503).

Por su parte, el artículo 504 enumera los casos en que deba ser separado de la tutela quien la ejerciera, a saber: I. Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela; II. Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona o de la administración de los bienes del menor; III. Los tutores que no rindan sus cuentas dentro

del término fijado por el artículo 590 ⁵⁶; IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad; V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159 ⁵⁷; y VI. El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela, así como el tutor que fuese procesado por cualquier delito, quedará suspenso del ejercicio del encargo desde el momento en que se dicte auto de formal prisión y hasta que se pronuncie sentencia irrevocable (art. 509); sin embargo, el tutor podrá volver al ejercicio de su cargo, siempre y cuando no se le hubiere condenado a la privación de la tutela o en caso de que la pena impuesta no exceda de un año de prisión (art. 510).

Desde nuestro punto de vista, debería modificarse el artículo anterior en el sentido de que, quien haya sido condenado a prisión se le releve del cargo ya que, la experiencia de estar en la cárcel afecta el estado emocional del sujeto procesado, y no obstante el recuperar su libertad antes del periodo de un año, deja huella tan profunda en el individuo que de una u otra forma, afectará la relación con su tutelado.

No podemos ignorar el descuido tanto físico como emocional en que se encuentran los presos en nuestro país,

⁵⁶ Art. 590. El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta, en los tres meses siguientes al de enero, motivará la renoción del tutor.

⁵⁷ Art. 159. El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

por lo que no se hace prudente la medida regulada en el numeral comentado.

De acuerdo al texto del artículo 511, pueden excusarse de la tutela: I. Los empleados y funcionarios públicos; II. Los militares en servicio activo; III. Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes; IV. Los que fueren tan pobres, que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia; V. Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela; VI. Los que tengan sesenta años cumplidos; VII. Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría y VIII. Los que por su inesperienza en los negocios o por causa grave, a juicio del juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela.

Frente a este cúmulo de garantías, con las anteriores bases y el simple procedimiento establecido y siendo notoria una desoladora urgencia de auxiliar a los menores abandonados por sus familias, o simplemente necesitados de cualquier ayuda personal, cabe preguntarse:

¿Por qué no se pone en práctica la tutela dativa y se comina a los nuevos Jueces de lo Familiar y al Ministerio Público a que hagan funcionar su mecanismo de protección civil?

¿Por qué los funcionarios administrativos y tutores enlistados por los Consejos Locales de Tutelas, no

¿cómo la responsabilidad que les corresponde aceptando el cargo de tutor dativo?

¿Por qué no todos ejercitando nuestros derechos de ciudadanos, denunciásemos valerosamente los casos específicos de necesidad y abandono de menores que se multiplican cada día en nuestra sociedad?

Es necesario, restaurar, por decirlo así, la tutela dativa, menoscuada en nuestro medio social, auxiliándose de ser posible para ello, a través de las llamadas juntas de vecinos con que cuenta cada una de las delegaciones de nuestra ciudad.

La respuesta queda en manos de las autoridades competentes, pues nosotros nos hemos limitado a apuntarlas con un espíritu constructivo y de buena fe, pero que no se diga que los menores requieren mayor protección civil que la que actualmente tienen, mientras no se utilicen correctamente los medios que les otorga nuestro Código Civil, y que los hace prácticamente invulnerables dentro de una recta administración de justicia.

CAPITULO IV

EL TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES Y SU
PROTECCION EN EL DERECHO INTERNACIONAL.IV.1).- ¿ Que se entiende por tráfico inter-
nacional de menores ?

La idea general de tráfico internacional de menores es de aquellas que se captan y que parecen evidentes, pero que al tratar de asirlas y expresarlas presentan una enorme dificultad, puesto que resulta una idea con limites imprecisos y difusos que parece sobreponerse a otras ideas afines o similares, como pueden ser los abusos en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela que en ocasiones llegan a parecer parte del tráfico de menores. En materia penal el secuestro de menores seguido de amenazas o de otros delitos puede formar parte del tráfico de menores.

Sin embargo, nos aventuraremos a dar una definición al respecto:

La sustracción de su domicilio a un menor de edad por cualquier persona, trasladándolo a país distinto, con fines delictuosos.

En la definición que hemos propuesto se identifican los siguientes elementos:

a).- Sustracción del domicilio del menor.- Se especifica que sea sustraído de su domicilio en virtud de que, éste es "el lugar de habitación de una persona, el lugar donde tiene su casa",⁵⁰ pues generalmente, es el mismo de los padres o tutores.

b).- Por cualquier persona.- Se especifica que la sustracción sea practicada por cualquier persona ya que, en muchas ocasiones, los traficantes de menores, se valen de la figura de la adopción para trasladar a otros países aparentemente de manera 'legal', ocultando sus verdaderos propósitos.

c).- Que sea trasladado el menor a país diferente del de su domicilio.- Lo anterior en virtud de que, el tráfico internacional no se configuraría sino fuera realizado el traslado de un país a otro.

d).- Con fines delictuosos.- Esta característica es muy importante porque se puede dar el caso de que el traslado sea por diversos motivos; v.gr. vacaciones, cursos de verano, mejoramiento de la educación, etc.

IV.2).- Axiología del tráfico internacional de menores.

En primer lugar, debemos identificar las necesidades fundamentales del niño y del adolescente, para

⁵⁰ GALINDO GARTIAG, Ignacio, Op., Cit., pág. 359.

de allí seleccionar el elenco de valores jurídicos que deben ser protegidos. Contra este conjunto de valores tutelables destacarían claramente el conjunto de conductas específicas que constituyan sistemas violatorios de las mismas y que por tanto sean constitutivas del tráfico de menores, pudiendo idear los sistemas fundamentales de erradicación del tráfico de menores mediante los mecanismos legales adecuados.

IV.2.a).- El niño y el adolescente

El niño es un ser humano altamente expuesto al medio exterior: en mayor grado, mientras es recién nacido y decreciente hasta los dieciséis años de edad en que fijaremos, un tanto arbitrariamente, el límite de nuestro estudio.

Bijou y Baer exponen que: "El niño en desarrollo puede considerarse adecuadamente en términos conceptuales como un manejo de respuestas interrelacionadas en interacción con estímulos. Algunos de estos estímulos emanan del medio externo, otros de la propia conducta del niño y otros más de la estructura y funcionamiento biológico del niño. Por lo tanto, el niño no es solamente una fuente de respuestas, sino que es también fuente de algunos estímulos. Desde este punto de vista, una parte del medio del niño está dentro de su propio cuerpo". **

** Citados por ADARCA LANDERO, Ricardo, Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma Metropolitana, 1972, México, pág. 137.

El niño a partir de su nacimiento entra en contacto con el mundo exterior, pero inicia sus experiencias con la diferencia entre el 'yo' y el 'no yo', obviamente la noción de su identidad entre individuos de la misma especie y condición es de alta sofisticación al que no alcanza la mera diferenciación entre lo caliente que lo lastimó y que es el 'no yo' y el 'yo' que sufre el dolor.

Conger Mussen y Kagan citan los experimentos de Dorothy Marquis al respecto, en los siguientes términos:

"Consideremos un caso un poco más complejo. Dorothy Marquis ha estudiado el aprendizaje precocísimo del infante en relación con su alimentación; trabajando en diez infantes, de edades comprendidas entre dos y nueve días, hizo sonar un zumbador en su presencia (cinco segundos antes de cada comida). Al cabo de cinco días después del comienzo del entrenamiento, ocho de estos infantes comenzaron a exhibir respuestas de chupeteo y de abertura de boca (respuestas innatas a un pezón) tan pronto como oían el zumbador. Notó también que el sonido del zumbador tendía a reducir el llanto y la actividad general. Cuatro infantes de control oyeron el sonido del zumbador, pero no se les alimentó inmediatamente después; estos infantes no manifestaron conducta de chupeteo y apertura de boca en respuesta del zumbador, a consecuencia del apareamiento del sonido del zumbador con la alimentación".⁶⁰

⁶⁰ Citados por Idea, pág. 190.

Debemos señalar que en cada uno de los ejemplos anteriores de aprendizaje por condicionamiento clásico la provocación de la respuesta deseada fue automática. En el caso del perro de Pavlov, el alimento es un estímulo que produce innatamente salivación; de manera semejante, en el caso del infante de Marquis, la presencia de un biberón en la boca inicia la respuesta innata de mamar.

A la vez que nos demuestran la eficacia del aprendizaje sistemático y conducido, los autores citados nos muestran la debilidad del recién nacido frente al medio exterior, incluyendo a los doctores que les aplicaron las pruebas antes referidas.

Los mismos autores citan a Lovaas, de la Universidad de California en Los Angeles, quien ha empleado técnicas semejantes de terapia de la conducta para tratar de aumentar las respuestas sociales y de reducir la frecuencia de la conducta autodestructiva y automutiladora de niños gravemente retraídos, psicóticos.

Utilizando un programa sistemático y cuidadosamente controlado de recompensas (vgr. de comida y atención) y castigos (por ejemplo de la comida o afecto), estos investigadores, con etapas sucesivas, han logrado aumentar la frecuencia del habla significativamente.

En otros más, los procedimientos de modificación de la conducta se han utilizado para llevar a cabo el entrenamiento en materia de respuestas sociales

fundamentales en niños mentalmente retrasados. En un estudio, el entrenamiento en el excusado avanzó eficazmente cuando las eliminaciones adecuadas fueron recompensadas con caramelos, y en otro estudio actividades de autoayuda como la de comer, vestirse y secarse las manos, se lograron implantar mediante procedimientos semejantes. Se han utilizado métodos similares para mejorar el aprendizaje de la lectura en niños, y para reducir la conducta muy agresiva en niños de guardería.

A la luz de lo anterior y hasta el niño retrasado mental y aun el psicótico, pueden ser controlados a través de sistemas francamente pavlovianos de estímulo y castigo para la educación y formación de actividades fundamentales frente a la vida. Es de presumirse que esta regla es también aplicable al niño normal, en relación creciente por razón de minoridad.

Los estudios psicológicos realizados por los autores citados son en favor de las menores necesidades de ayuda psicológica, pero estas ideas y los métodos apuntados son igualmente válidos para formar en determinada vocación vital indebida y antisocial al niño recién nacido o en etapas primarias de crecimiento. Es solamente cuestión de elección de las finalidades. Si las finalidades fueran perversas y los métodos fueran eficaces, los resultados serían desastrosos, pues se formarían generaciones de niños monstruosos, con una deformación moral terrible y que pudieran ser trabajadores, esclavos, siervos o eunucos casi autómatas.

IV.2.b).- El entorno social del niño.

Esta idea de los niños monstruos en lo moral, está sujeta a la extraña condición de que los niños queden totalmente entregados a las manos de sus 'educadores'. En general no puede suceder esto, porque el niño desde recién nacido tiene un peso social y ocupa un espacio permanente. El niño, desde el momento de su nacimiento, es conocido dentro de su grupo familiar y dentro de su entorno social cercano, como su vecindad, su cuadra, en la guardería y en el jardín de niños. La madre próxima a parir no puede ocultar ni su estado de embarazo ni el nacimiento. Para hacer desaparecer ese peso o espacio social se requiere la comisión de una multitud de engaños que fácilmente desemboca en actitudes francamente ilícitas o criminales.

Esta reflexión nos impedirá que se encubra, que se disfrace o que se falsifique el nacimiento de un niño, así como a proteger el surgimiento de su propio estatuto social que implica su propio peso o espacio, dentro de una sociedad.

El espacio normal del niño cabe en su familia, en su grupo social o en la organización oficial o privada que lo recoja. En principio un niño no puede quedar desvinculado de la sociedad y no puede carecer de ese espacio y entorno, ya que el niño desvinculado cae de plano en el lumpen o subcultura de la inframiseria, consistente en la mera supervivencia de momento a momento que se lleva en la calle,

bajo los puentes y en los basureros y caer en manos de criminales o gentes antisociales, que formen y adiestren para sus propios fines, dando lugar a la posibilidad de crear niños monstruosos en lo moral porque caerán en las manos de 'educadores' criminales, o ya sea porque tengan que vivir y 'educarse' en el lumpen como parias sociales.

Por otra parte, el infante menor de dos años, está sujeto a la simple determinación física que le impongan sus tenedores. Si a una parturienta se le priva del contacto con su hijo, éste se convertirá en un pequeño paquetito utilizable. El hecho mismo de la separación de la madre cambia al bebé de identidad, y como persona, para convertirlo en un objeto.

Una vez convertido, el niño queda absolutamente disponible. Los periódicos y otros medios masivos de información nos han hecho saber de sistemas estadounidenses y europeos de recepción de niños latinoamericanos para conservarlos a disposición de los mejores hospitales y clínicas privadas, en calidad de reservatorio de órganos vivos que puedan serles extraídos.

La prensa mexicana nos informaba en años anteriores de la utilización de niños en prácticas 'narcosatónicas' en las que sacrificaban la vida de éstos a la adoración del demonio. Estos actos no llegan al conocimiento público porque esos niños se han obtenido de forma que no deja espacio, ni peso social vacío alguno, ya que jamás

Llegaron a existir ante la sociedad y por ello no se notará su autencia.

IV.2.c).- El preadolescente y el adolescente temprano.

Dentro del desarrollo normal del individuo, el paso del niño a preadolescente y a adolescente temprano se va dando por la inquietud por dejar de recibir y de ser sujeto pasivo, para pasar a ser un 'yo' independiente y autosuficiente. El desarrollo natural y progresivo pasa por etapas de repentino aceleramiento, para volver a caer en una actitud pasiva y receptiva en la que parecen irse cargando las energías y que vuelve a convertirse en un aceleramiento de la conducta y de la inquietud del menor que desemboca en rebeldía y en conductas que al menos en forma se demuestran como antisociales para recaer en periodos de abulia y depresión y así sucesivamente. A través de estas etapas, el niño va pasando de la niñez a la madurez, a través de las etapas de adolescencia, tal como van siendo analizadas por Gessell. El motor de todo cambio parece ser la sucesiva conquista de la propia identidad, que va de existir y recibir a ser y estar como un 'yo' identificado y diferenciado para llegar a ser el 'yo' productivo con propia suficiencia y trascendencia social.

Parece ser claro que el concepto de los valores es necesario para la integración del ser humano a través de sus sucesivas transformaciones durante su crecimiento. Dícese que el problema de identidad del 'yo' no puede separarse del

de los valores. Para que el individuo pueda mantener alguna estabilidad en la concepción que de él mismo tiene y en sus guías internas por la acción en un mundo cambiante, tiene que poseer alguna fidelidad de determinados valores fundamentales.

IV.2.D).- La educación y el ideal social.

En inciso anterior hemos analizado la dependencia del menor de acuerdo con sus características biológicas y humanas. El niño y luego el adolescente son formados en consecuencia de las influencias, estímulos o rechazos que vayan recibiendo a lo largo de su desarrollo, que actúan sobre su esquema o impronta personal de carácter genético, hereditario, biológico y psicológico.

Ahora tenemos que preguntarnos cuál debe ser el ideal o el elenco de valores al que deba aspirar una educación organizada; así como esta respuesta nos llevaría a la elección de los sistemas y formas de educación, de información y entrenamiento adecuados para formar el tipo de seres humanos que sean de provecho en una sociedad determinada y que encuentren bienestar en la misma.

Como es bien sabido, Esparta hacía educar a sus hijos en el estoicismo, preparándolos para adquirir todas las virtudes del buen soldado; y en forma similar el Calmecac de los aztecas preparaba en la fuerza, la destreza, en la profunda creencia religiosa y en la automortificación para quienes estaban dedicados a las armas o al sacerdocio.

Bertran Russell en un ensayo denominado 'Los fines de la educación' establece claramente lo anterior respecto de Atenas, de China, de Japón y de la Gran Bretaña, al exponer lo siguiente:

El sistema del Dr. Arnold, que ha permanecido vigente hasta nuestros días en los internados británicos, adolecía de otro defecto, a saber: que era aristocrático. Su finalidad consistía en preparar hombres para puestos de autoridad y poder, ya fuese en la madre patria o en lejanas partes del imperio. Una aristocracia, para sobrevivir, necesita ciertas virtudes, y esas virtudes tenían que inculcarse en la escuela. El producto había de ser enérgico, físicamente apto, imbuido de ciertas creencias inalterables, con altos principios de rectitud y convencido de que tenía una importante misión en el mundo. Estos resultados se consiguieron en una proporción sorprendente. Se sacrificó a ellos el intelecto, porque el intelecto podía producir la duda. Se sacrificó también la simpatía porque podía inmiscuirse en la forma de gobernar a razas o clases 'inferiores'. La bondad fue sacrificada asimismo en aras de la dureza; la imaginación en aras de la firmeza.

Ciertamente el pensador inglés ha tratado de paliar la dureza extrema de esta realidad, que él mismo

siente oprimiento, ante los desatinos de la educación nazi, hablando de la moderación propia del educador y del respeto a la libertad íntima del educando, pero esto no altera la necesaria realidad imperante. El sistema educativo tiene que organizarse en función del elenco de valores que sea propio de una sociedad, en la inteligencia de que esa determinación de la educación no lleve a las generaciones por los caminos del fanatismo o por el de la abulia.

Ahora tenemos que preguntarnos cuál es el repertorio de valores de la sociedad actual, partiendo del punto de vista general de la sociedad internacional a la que pertenece nuestro país, dado que nos estamos refiriendo a un problema de carácter internacional.

Es de considerarse al respecto que las declaraciones internacionales de derechos nos permiten fijar un marco bastante claro acerca de lo que son los ideales de la sociedad internacional a la que pertenece nuestro país, o más bien, cuál es el elenco de valores que debe respetar y tratar de alcanzar cualquier sistema de manejo, adiestramiento, entretenimiento y educación de niños y adolescentes.

Este criterio puede orientarse precisamente en el texto de las Convenciones y Declaraciones Internacionales suscritas por México, iniciando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en sus artículos 25 fracción II y 26 fracciones II y III, establecen lo siguiente:

Art. 25.- II. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social.

Art. 26.- II. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del aspecto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

III. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

El pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de 1966 (Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 1981), precisa en su artículo 13, el concepto de los fines de la educación, estableciendo:

Art. 13. ... Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad,

y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981), precisa lo que ahora viene a ser el derecho a la identidad;

Art. 18.- Derecho al nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario.

Art. 19.- Derechos del niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Declaración de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de

noviembre de 1959 en su resolución 1386 (XIV), establece que:

El niño disfrutará de una protección especial, y se le proporcionarán las oportunidades y facilidades -bien por leyes o por otros medios- que le permitan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de una manera sana y normal y en condiciones de libertad y dignidad. En la promulgación de leyes a este respecto, deben gozar de primordial consideración los más altos intereses del niño. (principio dos).

En el presente caso, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) culminará las labores iniciadas hace diez años para lograr una Convención sobre los Derechos del Niño sobre la que se ha expresado en el Mensaje de los Premios Nobel al Grupo de Trabajo del UNICEF, además de encomendar la labor de dicho grupo, en la siguiente oración:

"La igualdad para los adultos sólo puede propiciarse a través de la justicia hacia los niños y reside en el interés de los Gobiernos, en su decisión de preocuparse por los jóvenes".

Al respecto René Cassin, citado por Karel Vasak, quien fue el principal redactor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ofreció una definición deductiva de la ciencia de los derechos humanos:

"La ciencia de los derechos humanos se define como una rama especial de las ciencias sociales, cuyo objeto es el estudio de las relaciones humanas a la luz de la dignidad humana, así como la determinación de los derechos y facultades que son necesarias como conjunto para el pleno desarrollo de la personalidad de cada ser humano".⁶¹

El Proyecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es muy amplio en su concepción, identificación y protección de los derechos humanos del niño, por lo que señalaremos los destacados textos entresacados del articulado:

"Los Estados Partes se comprometen:

Art. 8.- ... a respetar el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares...

Art. 11.- ... para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero...

Art. 34.- Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a)

⁶¹ Citado por Iden, pág. 201.

La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Art. 35.- ... Tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias.

Art. 36.- Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las otras formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

IV.3).- Formas de tráfico internacional de menores.

Las formas generalizadas de tráfico internacional de menores en nuestro país son las siguientes:

IV.3.a).- Beneficencia. (Caso A).

Es una casa de maternidad en algún lugar del Bajío, se reciben jovencitas próximas a parir, que por la presión social no pueden tener un lugar antes del matrimonio. La organización monjil recibe al niño como un expósito de la madre y padre desconocido y procura encontrarle prospectos de padres adoptivos, preferentemente

extranjeros, por que se considera mucho mejor la perspectiva de vida del menor.

En los casos detectados, la directora de la institución le da sus propios papeles al niño y lo presenta como expósito al Registro Civil ocultando su verdadera identidad, la cual sí se conoce en la institución. Asimismo, la directora de la institución concede la adopción del menor en favor de extranjeros con una clara incapacidad para adoptar.

Aparentemente estas organizaciones benéficas de beneficencia no se dan cuenta de la manipulación económica que sufren desde el extranjero, aunque ésta resulte evidente para los demás. Se han analizado unos ciento cincuenta casos.

IV.3.b).- Infantes de origen desconocido.

(Caso B)

Presentados al Registro Civil por una mujer que no se identifica plenamente, da nombre falso y domicilio inexistente. Esta misma mujer se presenta ante un notario y ratifica una carta poder por lo que concede a un abogado la facultad de dar en adopción al niño "B", sin que el notario la identifique plenamente. Se han identificado unos veinte casos dada la gran labor que requiere su comprobación, siendo que además se dan únicamente entre jueces y autoridades lejanas y fuera de toda competencia.

IV.3.c).- Elaborada obtención de menores.

(caso D).

En los casos C resulta muy marcada la dependencia de una "Agencia" de adopción estadounidense que no deja de estar presente en los casos A y B. Este punto lo detallamos más adecuadamente en este mismo apartado.

La "Institución mexicana" es una agencia de nombre rubricado tal como "Institución Protectora de las Hijas Desolada, S.A. Inventado", cuyas instalaciones no pasan de una pequeña oficina con teléfono, archivos, tres escritorios y una máquina de escribir. Esta "Institución protectora" carece de instalaciones para recibir y atender bebés y muchachos para atenderlos y para procurar su bienestar.

La organización "C" obtiene menores mediante el empleo de trabajadores sociales sin experiencia previa y con necesidad de trabajar que consisten en ir a pueblos, aldeas y rancharías y quienes están en posibilidad de contactar a presidentes, delegados municipales, maestros y otros locales quienes les procuran el acceso a las jóvenes y señoras embarazadas, que en una gran cantidad de casos tienen problemas respecto de la criatura por nacer.

Una vez detectadas las víctimas, los trabajadores sociales inician labor de convencimiento y de incitación para que se desprendan del bebé próximo a nacer. Regalos, promesas, presiones sociales y oficiales del presidente

municipal, de los ediles, del maestro y del cura hacen el resto.

En el momento del parto, empieza a operar otra parte del sistema. Un cierto sujeto, sea doctor, enfermera o trabajadora social reciben y retienen al recién nacido en la cuna del hospital, sanatorio o maternidad, con el consentimiento o sufrimiento de la recién parturienta.

El siguiente paso es el registro del recién nacido en el Registro Civil como hijo de una madre supuesta. En una investigación se logró determinar que la misma señora que hacía la limpieza de los pisos de una oficina, había firmado como madre de once menores ante el Registro Civil de una misma ciudad en el término de diez meses. El resultado de este acto es la pérdida de la individualidad, del nombre familiar y de la filiación del menor. A partir de este registro ilícito, el menor carece de identidad y de peso social, por lo que pasa a ser un simple objeto que es susceptible de ser comprado y vendido, puesto que en sí mismo es totalmente indefenso y carece de conciencia de su propio 'yo'. Al perder su nombre y su filiación pierde también su propia identidad.

IV.3.d).- Internado de abandonados. (Caso D)

Existen internados de niños que son entregados por padre o madre u otro familiar que no puede ya atenderlos y que los van olvidando, hasta que al paso del tiempo quedan definitivamente abandonados. Estos internados se convierten

así en lugares de verdadera explotación pues los preadolescentes y adolescentes no tienen a dónde ir. En una institución bien organizada y con intereses humanitarios, la propia institución promoverá los pasajes colectivos, los contactos con otras instituciones similares, los deportes deportivos. En cambio en algunas instituciones la organización tiende a la separación del mundo que los rodea, para darles una formación muy especial, consistente en un muy buen desarrollo físico y un mínimo desarrollo mental y de conocimientos, salvo en algún otro idioma como el inglés, un detrimento del español. Nada de historia patria ni de civismo. Habilidades y destreza manual.

Los preadolescentes y adolescentes salen del país en grupos de diez a veinte, con permiso judicial bajo la afirmación de que son becados por alguna institución del extranjero, la cual no se precisa. No se vuelve a saber de ellos. En estos casos no se afecta la identidad de los muchachos, sino su derecho a obtener una educación promedio en el seno de la sociedad, puesto que es a través de la formación educativa que se logra obtener como producto al hombre masa, que está reducido a ser fuerza de trabajo eficiente, sumisa y sin individualidad, destinable a cualquier tipo de trabajo o como 'carne de cañón' e inclusive a la prostitución.

Ante las situaciones antes descritas cabe analizar cuál es el resultado que se obtiene en el primer lugar, y es de concluirse que las formas de obtener un infante le privan de dos de los elementos fundamentales del ser humano, se

identidad y su filiación, y por consecuencia, lo priva de su peso social, o sea, del peso que todo ser humano tiene en la sociedad que lo rodea. Un ser humano sin identidad ni filiación no ocupa lugar ni peso en la sociedad, aunque sea mayor de edad y, tanto más, un recién nacido. Es claro que el recién nacido y hasta el infante de dos a tres años se convierten así en algo de lo que se puede disponer.

A su vez el preadolescente y el adolescente, que son sometidos a un sistema de internado absoluto, o casi, y a un sistema de educación y al método de estímulos y rechazos, dentro de un sistema de reclusión efectiva, tenderá a adoptar el modelo o patrón de conducta impuesto por sus captores, aunque este patrón sea servil o aunque contenga deformaciones morales profundas ya que se procura la despersonalización y la falta de información externa, sin grandes diferencias individuales.

En ambos tipos de casos encontramos un objeto común que es la disponibilidad del sujeto, como ser sin identidad, casi sin, o sin filiación, sin peso ni importancia en la sociedad, que al desaparecer no cause problemas, porque o nunca existió, o porque ya se olvidó su existencia.

Existe el caso independiente de la obtención de niños o infantes por la violencia ya sea física o por amenaza o por el constreñimiento y expresión de la miseria o de la necesidad apremiante.

El robo de infantes es una de esas modalidades. El infante robado puede ser presentado al Registro Civil por una supuesta madre, quien en seguida dispone del bebé o puede ser transportado subrepticamente al otro país sin identidad ninguna para fines desconocidos.

En la frontera misma se dan casos de increíble perversidad o de engaños burdos por parte de oficiales, o de total violencia para llevarse menores de nuestro país al extranjero. La compra de niños que se lleva a cabo ante los ojos de las autoridades que esperan a que estén del otro lado de la frontera, para 'decomisar' los niños y mandarlos a instituciones de protección a los menores del propio país, o con la promesa de inmigración legal si la madre inmigrante cede a sus hijos, 'mientras pasa la frontera'. También existe el paso de camionetas cerradas cargadas de niños sin identidad que se pierden en el desierto. De todo esto han informado los periódicos.

En resumen, todos los actos y sistemas de obtención de infantes, menores y de adolescentes aludidos en apartado tienden a un solo y mismo objetivo que es su disponibilidad absoluta, y por lo tanto su comerciabilidad, la cual tiene que corresponder a su vez a necesidades que irán de lo irregular a lo francamente perverso, pues solamente así puede explicarse la existencia de un mercado negro de niños y de adolescentes.

El conjunto de finalidades específicas conocidas hasta ahora podrían resumirse en los siguientes términos:

D.- La adopción "substantialmente irregular". - La adopción es recomendable cuando se dan características que permitan suponer que el menor se beneficiará con la misma, porque el o los adoptantes sean personas de adecuada personalidad, educación, moralidad y economía suficiente para hacerse cargo del menor.

Sin embargo, es muy frecuente que los solicitantes de adopción no reúnan esas características y que necesiten acudir al mercado de niños a través de agencias de adopción de niños extranjeros. Harry D. Krause cita que en audiencias ante un comité del Senado de los Estados Unidos demostró que en la mitad de los años setenta, el precio de un hermoso bebé adoptable iba de veinticinco mil dólares en adelante.⁶²

En cambio, parece ser que los requerimientos a las agencias privadas de adopción son mucho menores cuando los niños se obtienen en el extranjero, puesto que no realizan más que un trabajo de escritorio que conecta a los presuntos adoptantes con quienes pueden obtenerles la adopción, de acuerdo con consultas con diversos abogados estadounidenses. De hecho, las agencias de adopción de niños extranjeros se anuncian libremente en desplegados de los directorios telefónicos. Es un claro ejemplo de lo anterior, el Código de lo Criminal de Utah que penaliza la inducción a la madre a entregar a su hijo a cambio de pago, cuando ocurre en el Estado. (art. 76-7-203), así como las reglas de las agencias

⁶² Citado por *Idem*, pág. 204.

privadas de colocación de niños (adopción) de West Virginia (art. 55 Ba. 1 y 55 Ba. 2 (2)), que se aplica a las agencias que realizan la adopción en el mismo Estado pero no se refieren a las "oficinas de fomento infantil", puesto que será problema del Estado en el que se lleve a cabo la adopción.

Vale la pena citar dos ejemplos. Una agencia privada de adopciones de los Estados Unidos recibió la solicitud de un matrimonio indulto, de escasos recursos y de edad un tanto avanzada, pero con ahorros suficientes para alcanzar el precio solicitado. Obtuvieron que una maternidad y una tía menijil del centro de la República les entregara en adopción a un niño recién nacido, pero fueron detenidos en Laredo, Texas, por haberse quedado en la plaza pública sin saber qué hacer por haber agotado sus recursos económicos. El juez de Laredo privó de efectos la adopción y envió al niño a una casa de expósitos. El asunto fue publicado en los periódicos como caso de una adopción irresponsable.

En otro caso más se recibió en una casa hogar oficial la solicitud de una agencia privada extranjera para la adopción de una niña de ocho a diez años de parte de una señora de origen búlgaro, dos veces divorciada que vivía sola en el norte de los Estados Unidos y que según el informe socioeconómico y personal, muestra un alto estado de neurastenia y periódicas crisis de depresión seguidas de actitudes agresivas e histéricas. La solicitud fue denegada, pero no es de dudar que se haya vuelto a intentar en el sector privado que obra con liberalidad extrema cuando es

recto o que se actúa en la clandestinidad y por intereses bastardos cuando no lo es.

IV.3.e).- Expatriación de menores.

La expatriación de menores sin la compañía de sus padres, sólo puede ocurrir mediante pasaporte mexicano y visa del país de destino, por medio violento (espaldas mojadas) y por actos aparentemente legales.

La primera forma es difícil porque los funcionarios y empleados encargados de expedir pasaportes mexicanos son muy exigentes hasta el límite de las disposiciones legales.

En consecuencia, el punto débil tendría que encontrarse en otro lugar y éste ha resultado el de la legislación y el de la práctica ante los tribunales. Examinemos los tipos de preparación judicial de expatriación que resultan incontrastables frente a las limitadas facultades de los funcionarios mexicanos encargados de expedir pasaportes.

a).- La adopción procesalmente irregular.

Salvo los casos de expatriación violenta o de una falsificación de Registro Civil, la expatriación se realiza a través del sistema de adopción o de permiso judicial de viaje al extranjero. En la primera de estas hipótesis

encuentran los siguientes puntos débiles, que son utilizables para revertir de legalidad su tráfico infante:

• La ley.

El Código Civil sólo conoce de la adopción simple y no prevé la adopción plena. La adopción simple se reduce a un compromiso de velar por el adoptivo, por su alimentación y por su educación. El adoptivo adquiere relación filial legal del mismo, que puede incluso no incorporarlo a su hogar familiar. La adopción simple viene a ser únicamente una relación de padrinazgo, incompatible con la adopción que implique emigración.

Competencia judicial.

Por más absurdos e incomprensibles que parezcan los procedimientos judiciales seguidos tanto para adopción como para autorización de viaje al extranjero, se siguen siempre ante juez distinto al del domicilio del menor. En el caso de la maternidad y casa de cuna antes aludido, la adopción judicial se tramitó ante un juez familiar de un estado cercano pero distinto.

Resulta incomprensible, porque otra maternidad de carácter monjil del Estado donde se tramitó judicialmente la adopción anterior, acudió ante los tribunales del Estado donde está ubicada la otra maternidad monjil. Mas bien parece tratarse de la pérdida de identidad de cada aspecto del tráfico de menores, incluyendo la incertidumbre de cuál

hubiera sido el tribunal que decretó la adopción o el permiso de viaje. Si sólo uno es competente todos los demás son igualmente incompetentes y es difícil como imposible saber cuál fue el tribunal sentenciador.

- El valor jurídico de los documentos presentados.

En una forma sistemática, los documentos que se presentan para apoyar una solicitud de adopción ante los tribunales mexicanos consisten en lo siguiente:

- 1).- Acta de nacimiento del que va a ser adoptado,
- 2).- Actas de nacimiento y de matrimonio de los adoptantes,
- 3).- Carta de un supuesto banco estadounidense y carta de un supuesto sacerdote o pastor que dirige una iglesia o templo. Carta de un director de una escuela o de una empresa que asegura la regularidad de los depósitos y la regularidad de la conducta social y moral, así como el monto de los ingresos normales y antigüedad en el trabajo.

Estos documentos son privados y se ignora su valor jurídico puesto que, no se puede saber cuál sea la importancia real de la institución, iglesia o banco que los expide, y ni siquiera se puede llegar al conocimiento de su existencia efectiva.

4). - En la menor parte de los casos, jultes sido concedidos, se adjunta además la autorización que la Secretaría de Gobernación concede a los extranjeros para llevar a cabo los trámites de adopción.

5). - En muchos casos, se presentan testigos mexicanos para reforzar el convencimiento judicial de conveniencia de adopción, cuya incapacidad es la institución. Si el testigo no ha vivido en los Estados Unidos y los adoptantes jamás habían viajado a México, resulta difícil creer que los testigos sepan que los adoptantes sean gentes de impecable conducta.

6). - La intervención de las autoridades ha estado disposición procesal ni substantiva que involucre en el proceso de adopción a la institución oficial encargada de la protección del menor. Los códigos de la materia siguen el sistema decimonónico de conceder intervención al ministerio público, el cual a través de los agentes adscritos al juzgado familiar, siempre está sobrecargado de trabajo para ocuparse a fondo de estas cuestiones. La ley no le da intervención a la institución encargada del cuidado de la niñez.

- Permisos para salir del país.

El permiso para salir del país es substitutivo del permiso paterno, del materno o de ambos; pero no fue posible en función del director de un hospicio. Sin embargo, son frecuentes y además colectivos los casos en que un director

de una institución privada de "beneficencia" solicita este tipo de autorización judicial de viaje. Como la ley no dice nada en contrario, y como la institución oficial de protección a la niñez no tiene razón legal para intervenir y como el agente aduanero del ministerio público está demarcado ocupado se conceden sistemáticamente estas autorizaciones, sin conocer el destino, dirección en el extranjero, actividades programadas y término para el regreso.

IV.40.- Los fines antisociales del tráfico internacional de menores.

Los fines y necesidades antisociales son menos identificables que la adaptación substancialmente irregular. Estas finalidades pueden ser enunciadas sólo ejemplificativamente, ya que la criminalidad es siempre creativa y variante además de ser actividad clandestina, no sujeta ni a control ni a estadísticas:

a).- La prostitución de niños y adolescentes.

b).- La esclavitud y el estado servil en todas sus variantes, desde los muertos vivos de los barcos de bandera de conveniencia que relata R. Traven, y el empleo en las labores agrícolas a menores, de extrema peligrosidad, hasta la carne de cañón.

c).- La utilización del cuerpo de la víctima como reservorio de órganos sanos para su venta sobre pedido con

urgencia, ya los períodos de tiempo, cuando es difícil de
esta manera de disponer de los cuerpos, pero también pueden
ser utilizados para experimentos con fines de carácter de
investigación, descubrimientos y de procedimientos, sin
descartar la posibilidad de la utilización del cuerpo de
adolescentes femeninas para continuar el desarrollo de un
embrión humano, fecundado 'in vitro', o para fines
similares.

IV.5).- Los bienes tutelables y de protección judicial en el tráfico internacional de menores.

A contra luz y considerando por una parte los
deberes expuestos y las conductas que integran el tráfico de
menores, se destacan con toda claridad los bienes que son
vulnerados por esas últimas en contra de los menores que son
sus víctimas y que ya hemos venido exponiendo en páginas
anteriores y que ahora vamos a examinar de manera
sistemática:

A los infantes que no han llegado al conocimiento
diferenciado de sí mismos y de la sociedad inmediata que los
rodea, se les priva de su identidad, de su nombre familiar o
apellidos que les corresponda y de su filiación en todos sus
aspectos y en todas sus consecuencias. El registro apócrifo
del menor cuando es un infante, origina la desaparición de
personalidad. Como queda antes expuesto, en el artículo 36
del Proyecto de Convención sobre Derechos del Niño, ya que
se establece con toda claridad el derecho fundamental del

niños a esos tres elementos que crean su personalidad, pero falta uno que en el nivel dignitativo nacional queda explícitamente concedido y tutelado: los derechos.

Por otra parte, a los niños preadolescentes y adolescentes se les priva del acceso a una educación equilibrada y del tipo promedio y de la vida en relación con la sociedad, controlada por el Estado.

Desde luego, en estos casos se debe evitar en la comercialización de los niños y adolescentes, lo que implica la vulneración de su dignidad y de su libertad en todas las formas. En estos casos se vulnera su derecho a la vida y a la integridad corporal.

Además es claro que debe revisarse toda la legislación que tenga relación con los anteriores aspectos y derechos, así como también resulta necesario atender los aspectos jurídicos de los siguientes temas:

a).- La regulación y control efectivo de las instituciones privadas de beneficencia.

b).- La disposición legal de necesaria intervención de la institución de protección al menor, en los casos de adopción y de permisos judiciales de viaje al extranjero, sin que baste el consentimiento de un director o encargado de institución de beneficencia o un poder notarial otorgado por quien se dice madre del menor.

c).- La revisión de las disposiciones legales sobre adopción para concertar la adopción de infantes para efectos internacionales en adopción plena y para requerir que la comprobación de idoneidad de los adoptantes, consista en un análisis psicológico, social, cultural y económica, emitido oficialmente o por institución de prestigio.

d).- La revisión de las adopciones legales en materia de permisos de viaje, para exigir la comprobación eficaz del motivo del viaje, su destino y duración, y la exigencia de comprobación del retorno oportuno.

e).- La revisión de los sistemas procesales para establecer la competencia exclusiva del juez del domicilio del menor y para adoptar los requisitos antes indicados.

IV.6).- Regulación internacional para evitar el tráfico de menores.

El veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta, se firmó el "Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", con el objeto de proteger al menor, en el plano internacional, de los efectos perjudiciales que podría ocasionarle un traslado o una retención ilícita, y de establecer los procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes, se respeten en los demás Estados contratantes.

Se entiende por derecho de custodia, el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, y por derecho de visita, el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual (art. 50.).

El traslado o retención de un menor se consideran ilícitos cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual, inmediatamente antes de su traslado o retención; y, cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención (art. 50. incisos a) y b).

Para el cumplimiento de las obligaciones que impone este convenio, cada uno de los Estados contratantes designará una Autoridad Central y en el caso de que en un Estado determinada estuvieren vigentes más de un sistema de derecho, se designará más de una Autoridad Central (art. 60. primer párrafo).

A fin de garantizar la restitución inmediata, de los menores, las autoridades centrales deberán colaborar entre sí, promoviendo asimismo la colaboración entre las

autoridades competentes de sus respectivos Estados. Art. 20.º

Cuando una persona, organismo o institución sostengan que un menor ha sido objeto de traslado o retención, infringiendo el derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor o a la de cualquier otro Estado contratante, para que, con su asistencia, quede garantizada la restitución del menor. Art. 20.º primer párrafo.

La solicitud de restitución deberá reunir los siguientes requisitos: a).- Información relativa a la identidad del solicitante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor; b).- La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla; c).- Los motivos en que se basa el solicitante para reclamar la restitución del menor; d).- Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de la persona con la que se supone que está el menor; La solicitud podrá ir acompañada o complementada por: e).- Una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes; f).- Una certificación o declaración jurada expedida por una Autoridad Central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho vigente en esta materia de dicho Estado y g).- Cualquier otro documento pertinente.

En caso de que la Autoridad Central que haya recibido la solicitud de restitución tuviera razones para creer que el menor se encuentre en otro Estado Contratante, transmitirá la solicitud 'directamente y sin demora' a la Autoridad Central de ese Estado Contratante o informará a la Autoridad Central requirente, o en su caso, al solicitante (art. 26.1).

Con el fin de evitar conflictos, la Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor, adaptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución 'voluntaria' del menor (art. 10a.2).

Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados Contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores.

Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido, por iniciativa propia o a instancia de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha Autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al solicitante.

Por otro lado, la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido "no está obligada" a ordenar la restitución del menor, si la persona, institución u otro organismo que se opone a su restitución demuestra que: a).- la persona, institución u organismo que le hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; o, b).- Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable.

La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones.

Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya estén reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el solicitante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era ilícito en el sentido previsto, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado. Las autoridades Centrales de los Estados Contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia al solicitante para que obtenga una decisión o certificación de esa clase.

Los nacionales de los Estados Contratantes y las personas que residen en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente Convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado Contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

Cuando se trate de un Estado que en materia de custodia de menores tenga dos o más sistemas de derecho aplicables a diferentes categorías de personas, toda referencia a la ley de ese Estado se interpretará a que se refiere al sistema de derecho especificado por la ley de dicho Estado.

Por otra parte, en la Ciudad de Montevideo, Uruguay, el quince de julio de mil novecientos ochenta y

maso, en virtud de "Convención Interamericana sobre
restitución internacional de menores", que tiene por objeto
el igual que el convenio de La Haya, asegurar la pronta
restitución de menores que tengan residencia habitual en uno
de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente
desde cualquier Estado a un Estado Parte, o que habiendo
sido trasladados legalmente hubieran sido retenidos
ilegalmente. Asimismo, con el convenio se pretende hacer
respetar el ejercicio del derecho de visita y de custodia o
quien por parte de sus titulares (art. 10).

Para los efectos de esta convención, se considera
menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de
edad (art. 20).

Se considera ilegal el traslado o la retención de
un menor cuando se produzca en violación de los derechos que
ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o
guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes
de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la
residencia habitual del menor (art. 4).

Para los efectos de esta Convención, cada Estado
Parte designará una autoridad central encargada del
cumplimiento de las obligaciones que le establece esta
Convención, y comunicará dicha designación a la Secretaría
General de la Organización de los Estados Americanos.

En especial, la autoridad central colaborará con
los actores del procedimiento y con las autoridades

competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor; asimismo, llevará a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención.

Las autoridades centrales de los Estados Parte cooperarán entre sí e intercambiarán información sobre el funcionamiento de la Convención con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y los otros objetivos de esta Convención.

Los titulares del procedimiento de restitución podrán ejercitarlo, de la siguiente forma: a).- A través de exhorto o carta rogatoria; b).- Mediante solicitud a la autoridad central, o c).- Directamente, o por la vía diplomática o consular.

La solicitud o demanda a que se refiere el artículo anterior, deberá contener: a).- Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o retención; b).- La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y c).- Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

En la solicitud o demanda se deberá acompañar: a).- Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motivó; la comprobación numérica de la situación fáctica existente, o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable; b).- Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante; c).- Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado; d).- Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y e).- Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.

La autoridad competente podrá prescindir de alguno de los requisitos o de la presentación de los documentos exigidos en este artículo si, a su juicio, se justificare la restitución.

Los exhortos, las solicitudes y los documentos que los acompañaren no requerirán de legalización cuando se transmitan por la vía diplomática o consular, o por intermedio de la autoridad central.

La autoridad central, o las autoridades judiciales o administrativas de un Estado Parte, que a raíz de la solicitud, llegaren a conocer que en su jurisdicción se

encuentra un menor ilegalmente fuera de su residencia habitual, deberán adoptar de inmediato todas las medidas que sean conducentes para asegurar su salud y evitar su ocultamiento o traslado a otra jurisdicción.

La localización se comunicará a las autoridades del Estado requirente.

La presente Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya 'delito'.

El Instituto Interamericano del Niño tendrá a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de esta Convención, así como las atribuciones para recibir y evaluar información de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma.

Igualmente, tendrá a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia.

IV.7).- Legislación mexicana tendiente a evitar el tráfico de menores

Es sorprendente la limitación de legislación mexicana sobre la materia y por consecuencia la limitación

del derecho internacional sobre el tráfico de menores, así como del derecho positivo, específicamente aplicable.

Sin embargo, nuestro país es miembro o parte de las siguientes convenciones que guardan cercanía al tema:

Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Niños, Ginebra, 1931, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1936.

Convención Relativa a la Esclavitud, Ginebra, 1926, publicada en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1935.

Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, Ginebra, 1933, publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 1938.

Protocolo que Modifica el Convenio para la Represión para la Trata de Mujeres y Niños, concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1931 y el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, concluido en la misma ciudad el 11 de octubre de 1933, Lake Success, Nueva York, 1947, publicado en el Diario Oficial el 19 de octubre de 1949.

Convenio Sobre la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, Lake Success, Nueva York, 1950, publicado en el Diario Oficial el 19 de junio de 1956.

Como puede observarse, nada de esto se refiere al tráfico de menores en forma específica; tal parece que en esta materia ha sufrido un olvido o descuido totalmente inexplicable. Es la materia que aquí obra ya ha de haber estudiado y que debiera haber estado contemplada y regulada por el derecho nacional hace mucho tiempo. Al fin y al cabo resulta que nadie y que ninguna ley conoce este problema en forma directa.

El artículo 366 bis del Código Penal del Distrito Federal, alcanza una concepción semicompleta de lo que viene a ser el tráfico de menores, en los siguientes términos:

Art. 366 bis.- Al que con el consentimiento de un ascendiente ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días de multa".

La misma pena a que se refiere al párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la

poner aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito al que se refiere el presente artículo".

En cambio la legislación civil no conoce el problema más que a través de disposiciones aisladas como las siguientes:

"Art. 1825.- La cosa objeto del contrato debe:
1a.- Existir en la naturaleza; 2a.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;
3a.- Estar en el comercio.

Art. 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser: 1o.- Posible y 2o. Lícito.

Art. 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Esta materia queda sancionada con la nulidad absoluta del acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8o. del Código Civil que establece:

Art. 8o.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de intereses públicos serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

El régimen de la adopción en nuestra actual legislación sigue el régimen de adopción simple y en el articulado correspondiente no se contempla de ninguna manera el problema de la adopción para efectos internacionales, por lo cual resulta evidente que no existe disposición alguna que analice y regule este aspecto vital.

El sistema procesal de la adopción en el Código adjetivo del Distrito Federal no es menos pobre.

Las disposiciones del Código Civil han previsto desde hace mucho tiempo que el acta de nacimiento debe levantarse con inmediatez al nacimiento e inclusive preveen graves obligaciones a la institución, al médico, a la partera práctica, que intervengan en el nacimiento, a obtener con inmediata precisión la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. Si esto se llevara a cabo como está previsto en la ley, no hubiera necesidad de escribir este ensayo, pero no es así. La disposición general es un tanto imprecisa y además no se encuentra respaldada por disposiciones administrativas que lleven a cabo los ideales precisados. De todos modos no se ha llevado a plena realización y nos encontramos ante el vacío de una disposición legal eficaz que produzca una solución al problema que por ahora nos planteamos.

Estas disposiciones no han alcanzado en México un adecuado nivel de cumplimiento y no se alcanza el objetivo de la inmediatez entre el nacimiento y el registro que también aseguraría que cada niño tuviera asegurada su propia identidad, el nombre familiar que le corresponde y su propia filiación.

De hecho es usual que los niños sean registrados y bautizados varios meses después de ocurrido su nacimiento para dar lugar a un festejo invirtiendo así el sentido natural de las cosas; puesto que es más importante el asegurar la identidad, el nombre y la filiación que arraigadas costumbres que en condiciones normales aseguran

al niño la pertenencia a un núcleo familiar que lo circunda y lo protege. El problema se presenta cuando el niño es privado de su entorno familiar por una madre que se avergüenza de haberlo concebido o por una casa de maternidad que cubre los errores, la concupiscencia, la pobreza o la necesidad a cambio del despojo de la identidad y de la filiación.

IV.B).- Postura de los estudiosos de los Derechos del Niño y el tráfico internacional de -- menores.

Don Antonio Pérez Verdía y don Juan Aspiroz junto con muchos autores actuales, no llegaron al estudio de la adopción con efectos internacionales. El maestro don Eduardo Trigueros, por su temprana muerte sólo dejó publicado y publicable sus ensayos sobre la parte general del conflicto de leyes y sobre la historia del derecho internacional privado y su magnífico estudio sobre Nacionalidad Mexicana.

Rojina Villegas, dice que "tratándose de hijos legítimos, necesariamente deben llevar los apellidos de sus progenitores. Respecto de los hijos legitimados como adquieren la condición de legítimos por virtud del subsecuente matrimonio de sus padres... procede concluir que deberán llevar el apellido de aquéllos y si antes de la legitimación tenían otro en su acta de nacimiento, deberá hacerse el cambio".

Abunda en el estudio de los derechos o calidades del recién nacido el maestro Alberto Pacheco E., quien además se funda en Castán Tobenas, en Mario Ballesteros y Federico de Castro y alcanza así un buen estudio de los derechos de la personalidad, pero aun no alcanza el problema básico del tráfico de menores.

El propio autor ha venido trabajando en el tema a través de los años, no ha podido llegar hasta ahora a enfocar con mayor técnica el problema del tráfico de menores, puesto que los estudios han venido siendo orientados principalmente en función de la adopción.

La identidad, el nombre y la filiación forman una sola unidad que adquieren un nuevo perfil a la luz de la posibilidad de su vulneración. En la vida normal es suficiente decir que el menor tiene el derecho a su nombre como parte de su estatuto personal. Loussouarn y Borurel dicen que "la determinación del nombre de una persona es un elemento del estado de las personas relevante como el de su ley personal". No menos importante es el concepto de este autor respecto del registro civil en los siguientes términos:

"272.- ... el Código Civil organiza los registros del estado civil destinado a publicar los hechos y los actos más importantes de la vida de las personas. Se trata de un servicio público que facilita a los particulares el conocimiento y la prueba del estado y de la capacidad de las personas".

Sin embargo, este análisis resulta insuficiente en la condición extraordinaria de que un menor sea desviado de su propio registro civil y del nombre familiar que le corresponda. El infante secuestrado u obtenido es registrado a nombre de una persona que no es su madre y que fácilmente tampoco declarará su verdadero nombre. Así el documento obtenido no tendrá más elemento real que la huella digital del infante, a quien se le habrá inventado lugar y fecha de nacimiento, así como el nombre de su madre y su filiación, pues habrá pasado a formar parte de una familia 'López-García', por parte de madre y le será atribuida una familia paterna de nombre 'Pérez-Gómez'. Este registro civil apócrifo es condición necesaria para disponer de la persona del menor puesto que al cambiarle la identidad ya no habrá persona alguna que pueda oponerse al destino que sus captores le designen.

La Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado que labora bajo el nombre de Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado, ha venido desarrollando sus actividades en forma interna e incansable a través del tiempo, desarrollando una cada vez más intensa y acelerada investigación sobre problemas de derecho familiar en su rama de menores.

La Academia reúne actualmente la mejor y mayor parte de los estudiosos en esta rama del Derecho y está actuando de modo que sea el centro y el foro de todos los grandes pensadores; el seminario de los abogados y maestros

interesados y el conducto de difusión del pensamiento de todos y cada uno de ellos.

Un movimiento similar está ocurriendo en Uruguay y en Argentina; en el Brasil y en los Estados Unidos; en Venezuela y en Colombia. Existe realmente un renacimiento del Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, la materia específica del tráfico de menores aun no es del dominio común ni en los grupos de especialistas.

Nada tiene pues de raro que los autores más prestigiados como Miaja de la Muela, Wilson de Sousa, Campaos Batalha Zuccherino que se preocupan más de los problemas de nacionalidad de los menores y de los problemas de ley aplicable en sus distintas condiciones puesto que esta ramificación del derecho internacional privado está en una acelerada evolución.

Sin embargo debíase mencionar la extraordinaria penetración de Werner Goldschmidt quien a pesar de orientar sus estudios sobre el menor en la línea conflictual, encontró lugar para hallar el contraste de la regla general, y expuso que:

El ser humano puede ser reconocido como titular de derechos y de obligaciones. De ser así, el ser humano tiene personalidad, es persona, tiene capacidad de derecho o capacidad jurídica. Negar esta capacidad significa eliminar

al hombre del círculo de los sujetos jurídicos, considerándolo esclavo o imponiéndole la muerte civil. Hoy en día se admite que la justicia y el Derecho Natural que quiere llevar rostro humano, debe ser admitido como sujeto de derecho; inclusive el Derecho Internacional Privado lo proclama así en solemnes declaraciones. (Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10/11/1948).

Operti si se ha adelantado en la detección del problema. En 'Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de menores', dice lo siguiente:

En todo caso, se impone señalar que la C. de la Paz en una de sus normas pone en manos de las autoridades del país de origen del menor la facultad de autorizar la adopción, con lo cual se está ejerciendo una suerte de control sobre la salida de menores del país. Quienes quedan fuera de todo control 'a priori' son los menores objeto del tráfico ilegal para cuya disuación no alcanza con leyes internacionales de adopción.

Por otra parte, el tema del tráfico de menores apareció efectivamente a la luz pública a raíz de la Reunión de Expertos convocada en 1983 por el Instituto Interamericano del Niño, organismo especializado de la Organización de Estados Americanos. El fondo mismo de la Reunión pero aun el pensamiento quedó corto y fue centrado sobre la adopción para efectos internacionales; sin embargo, el coloquio entre especialistas fue agudizándose en la

materia del tráfico de menores. Desde luego se obtuvo de las negociaciones una excelente Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción Internacional de Menores.

En un segundo paso la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y el Instituto Interamericano del Niño, con el patrocinio del Gobierno de Costa Rica, convocaron a una reunión de expertos a reunirse en San José, Costa Rica, en mayo de 1989, para tratar sobre dos temas reactivos a menores, consistentes en Secuestro y Recuperación de Menores y proyecto de Convención sobre Alimentos para Menores. El primer tema se fue difiriendo en función de su aspecto civil de recuperación de menores, puesto que este asunto ya ha llegado a nivel de conciencia internacional, pero tampoco se logró definir plenamente el asunto y problema de tráfico de menores.

Sin embargo, en CIDIP-IV se llegó ya a la recomendación a la asamblea general para la inclusión en la temática de CIDIP-V un "Proyecto sobre Convención Interamericana sobre Control y Erradicación del Tráfico Internacional de Menores".

De ahora en adelante, los expertos en el Derecho de los Niños y de la familia tendrán que esforzarse en localizar el tráfico de menores, su característica antisocial y los posibles métodos para impedir legalmente su nacimiento y su función, por lo que creemos que la organización civil bien organizada y bien dirigida podrá

evitar la aparición de los actos y de las organizaciones delictivas. El derecho represivo no hace más que marcar las insuficiencias y las limitaciones del derecho civil.

Luego entonces, si el derecho no ha conocido totalmente el problema socioeconómico del tráfico de menores, malamente habría podido regularlo, controlarlo o impedirlo. El tráfico de menores no es una actividad delictiva, porque el derecho no ha tenido oportunidad de definirlo claramente como actividad típica de carácter criminal, pero no por ello podemos limitarnos a su consideración y estudio como una actividad claramente antisocial.

Además, hemos observado la pérdida de derechos y de posibilidades que ya han quedado analizadas en este capítulo y que deben llamar la atención de los estudiosos y de los legisladores sobre la materia que hemos traído a su atención.

CONCLUSIONES

El Derecho Familiar es el que regula lo referente a la constitución, régimen, organización y extinción de la familia y entre las instituciones familiares que se encuentran plenamente reconocidas en todos los códigos del orbe están: La patria potestad, la adopción y la tutela.

La primera es considerada como 'el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales' y se instituyó con la finalidad de asistir y proteger a los menores no emancipados, cuya filiación ha sido decretada legalmente; ya sea tratándose de hijos nacidos en matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos, respecto de los cuales quedó establecida legalmente la filiación: consanguínea o civil.

Ahora bien, esta figura tiene sus antecedentes en el Derecho Romano, donde la familia se organizó como agrupación patriarcal, conviviendo dos tipos de parientes: Los agnados -que tenían como característica el parentesco civil, fundado sobre la autoridad paternal o marital- y los cognados -parientes en virtud del parentesco que resulta de la misma naturaleza-.

El 'pater familias', ejercía un vasto poder sobre sus hijos y demás miembros del hogar, al estar investido de

conjunto de poderes y derechos en el ejercicio de su autoridad, fungiendo como sacerdote, juez o legislador, según el caso, llamándose a esta reunión de poderes y derechos: 'patria potestas'.

Asimismo, ejercía su poder doméstico no sólo sobre la mujer propia y los hijos, sino sobre las esposas de ellos, los nietos, los adoptados o arrogados y los esclavos.

El poder ejercido sobre la mujer se denominó 'manus', que puede equipararse a una naturalización doméstica de la mujer a la 'domus' del marido y que podía verificarse con independencia de todo matrimonio.

El conueni 'in manus' se efectuaba de tres modos:

a).- Como consecuencia automática de un matrimonio celebrado en forma de la 'conferratio', ceremonia religiosa en honor a Júpiter y durante la cual, los cónyuges debían comer un pastel de trigo.

b).- Acto solemne en que intervenían el antiguo 'pater familias' de la novia y el nuevo y que algunos autores consideran como un recuerdo de la compra de la esposa: 'co-emptio'.

c).- Asimismo, podía resultar del 'usus', por el cual una esposa, por el hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año, cambiaba su nacionalidad doméstica. No se trataba de un

convenio que operara por el mero transcurso del tiempo, sino que se necesitaba para este cambio de la condición jurídica de la mujer el consentimiento formal del original 'pater familias' o del tutor de la mujer.

Otra forma de autoridad ejercida por el 'pater familias' era la 'mancipium', siendo los casos principales: a).- Cuando el jefe de familia pobre confería con frecuencia a un tercero el derecho sobre su hijo, mediante un precio a título de garantía y b).- Cuando el hijo 'alieni juris' ⁴³ había causado por un delito, algún daño a otro, el padre podía cedérselo.

La patria potestad se extinguía por las siguientes causas: a). Por la muerte del padre; b). Por la muerte del hijo; c). Por la adopción del hijo por otro 'pater familias'; d). Por el nombramiento del hijo para ciertas altas funciones religiosas, o en el derecho Justiniano, también burocráticos y e).- Por emancipación, figura que evolucionó desde ser un castigo (expulsión de la 'domus') hasta convertirse en una ventaja concedida al hijo a solicitud suya.

En tiempos de la República, la 'emancipatio' se hizo mediante tres ventas ficticias, y así se practicó todavía en tiempos imperiales, hasta que Anastasio dispuso que se necesitaba para ella un 'rescripto' imperial. Poco después, Justiniano dispone que bastaba una declaración ante un magistrado.

⁴³ Persona sometida a la autoridad de otro.

f). Por disposición judicial, como castigo del padre, o automáticamente, por haber expuesto al hijo, cosa frecuente en tiempos del Bajo Imperio, caracterizado por su pobreza general.

Como se aprecia, la base sobre la que descansa la organización de la familia romana, difiere enteramente de la familia moderna. En efecto, en la actualidad, el grupo familiar está constituido por los parientes consanguíneos y toma su origen del concepto de descendencia, sino solamente indica una organización autónoma como un poder de mando.

Por otro lado, la adopción es la institución jurídica mediante la cual una persona declara su propósito de considerar como hijo suyo a un menor, cumpliendo una doble finalidad: atribuir una descendencia ficticia a quienes no han tenido hijos de su propia carne y establecer la posibilidad de que los menores o incapacitados encuentren de esta manera el cuidado y la protección que requiere su estado.

Donde mayor importancia tuvo en la antigüedad fue entre los Romanos, quienes la consideraban necesaria en los siguientes casos: a). Para continuar con el culto doméstico; b). Para perpetuar el nombre; c). Para obtener beneficios en razón de los concedidos por el número de hijos que se tenían y d). Para legitimar a los hijos ilegítimos.

Los romanos distinguían dos clases de adopción: La adrogación que era la adopción de una persona 'sui juris' y b) La adopción propiamente dicha, cuando el sujeto era una persona 'alieni juris'.

Siendo un acto grave el hacer pasar a un ciudadano 'sui juris' (posiblemente padre de familia, bajo la autoridad de otro jefe, se hacía necesario una información realizada por los pontífices y en virtud de una decisión de los comicios per curias, se decretaba la adrogación.

Tanto el Estado como la religión se interesaban en la adrogación ya que, podía provocar la desaparición de una familia y la extinción de un culto privado, por lo que era necesaria la información de los pontífices respecto a la procedencia de la misma y en el caso de que la opinión fuese favorable, la adrogación se sometía y sancionaba su aprobación.

En virtud de la trascendencia de la adrogación el proceso únicamente se podía llevar a cabo en Roma, lugar donde se reunían las curias; sin embargo, este era un mero requisito formal, ya que el factor que determinaba consumada la adopción, era la autoridad de los pontífices.

En un principio, las mujeres no podían ser adrogadas, pero durante el imperio de Diocleciano, se decretó que las mismas también podían ser sujetas a la adrogación y además esta fue posible, tanto en Roma como en las provincias.

La adrogación de los impúberes fue regulada de manera especial, ya que se temía que en virtud de la falta de reflexión para apreciar las consecuencias de un acto tan grave para sí y para su familia, quedara a la deriva.

Los pontífices debían realizar una información con severidad especial, debiendo enterarse estrictamente de la fortuna y edad del adrogante, si era honrado y si la adrogación resultaría positiva para el pupilo; todos los tutores del impúbero debían dar su aprobación; para proteger los derechos de los presuntos herederos del pupilo, el heredero debía prometer y garantizar devolver los bienes del adrogado si éste muriese impúbero, quedando libre de este compromiso cuando el adrogado llegase a la pubertad.

Por su parte, la adopción propiamente dicha, fue más reciente que la adrogación, resultando ser un acto de menor gravedad y que no exigía la intervención de los pontífices, ni del pueblo, pues al ser el adoptado 'alieni juris', no desaparecía una familia ni se extinguía un culto. Asimismo, la adopción se aplicaba tanto a los hijos como a las hijas, de donde se deduce, que para el adoptante consistía en un medio de obtener un heredero de uno u otro sexo, mas bien que para asegurar la perpetuidad de su familia o de su 'gens'.

La adopción se llevaba a cabo a través de la autoridad de un magistrado quien debía efectuar dos acciones: 1). Romper la autoridad del padre natural y 2).

Hacer pasar al hijo bajo la del padre adoptivo. Para obtener el primer resultado se aplicaba la disposición de las XII Tablas que declaraba caduca la autoridad del padre que hubiere mancipado a su hijo tres veces y con el objeto de que el adoptante adquiriera sobre el hijo la autoridad paterna, se llevaba a cabo una cuarta mancipación en donde éste cede al hijo a su padre natural, yendo todos después al magistrado, donde tenía lugar la ficción del proceso: el padre adoptivo sostenía que tenía la autoridad paterna sobre su hijo y como el padre natural no lo contradecía, el magistrado sancionaba la pretensión.

Es necesario hacer notar que en tiempos de Justiniano, se simplificó el procedimiento de adopción, quedando consumada por una sencilla declaración de las partes delante del magistrado.

Los efectos de la adopción eran los siguientes:

En el Derecho clásico, el adoptado salía de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos de agnación, para conservar únicamente la cualidad de cognado, aunque entrando en la familia del padre adoptivo, adquiría éste sobre él la autoridad paterna, siendo modificado su nombre como si fuera el caso de adrogación; v.gr. el hijo de Aemilius Paulus, adoptado por Publius Cornelius Scipio, toma el nombre de Publius Cornelius Scipio Aemilianus; pero bajo el Imperio fue abandonada esta costumbre; el adoptado al tomar el nombre del adoptante, añadía sencillamente uno de los nombres de su padre natural, guardando casi siempre el

apellido y alguna de las denominaciones que llevaban antes de la adopción.

La adopción conllevaba riesgo para el adoptado puesto que, perdía el derecho de sucesión de su familia natural, aunado a la cualidad de 'agnado'; y además, si con el tiempo, el padre adoptivo, le emancipaba después de la muerte del padre natural, perdía también la esperanza de la herencia del adoptante.

Para remediar este inconveniente, Justiniano realizó en el año 530, la siguiente reforma: En lo sucesivo debía hacerse una distinción: a). Siendo el adoptante un 'extraneus', la autoridad paterna continuaba, el adoptado, no cambiaba de familia; adquiría únicamente derechos 'ab intestato' del adoptante y b).- Por el contrario, si el adoptante era un ascendiente del adoptado, seguirían vigentes los efectos de la adopción, siendo menor el peligro para el adoptado, pues en el caso de que lo emanciparan, quedaba unido el adoptante por un lazo de sangre y el pretor tenía en cuenta esta circunstancia para hacerle participe de la herencia.

La tutela, es una manera de dar protección social a los débiles y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano.

Ahora bien, entre los Romanos, la tutela se daba en dos casos: 1º. Respecto de los impúberes 'sui juris' de uno u otro sexo, según la edad y 2º. De las mujeres púberes 'sui juris', por razón de su sexo.

En el primer supuesto, el impúbero tenía necesidad de un protector al haber nacido 'sui juris', ya fuera de matrimonio legítimo, o bien, si nacido bajo la potestad paterna, hubiese salido de ella antes de la pubertad; llamándose a este protector 'tutor'.

En tiempos de Servio Sulpicio, definió a la tutela como "un poder dado y permitido por el Derecho civil sobre una cabeza libre para proteger a quien, a causa de su edad, no podía defenderse por sí mismo.

También se dice que la tutela 'se da para proteger'; con el objeto de distinguirla de la patria potestad, indicando que a diferencia de ésta -que daba al padre de familia la propiedad de los bienes, y primitivamente hasta la de la persona del que estaba sometido a ella-, la tutela, simple poder protector, sólo tenía como finalidad conservar los bienes del pupilo y defender su persona.

Así, el poder concedido al tutor no constituía una verdadera potestad ya que difería notablemente de la potestad paterna; por lo que el impúbero sometido a la tutela no quedaba menos 'sui juris'; el tutor no tenía el

derecho de corrección ni autoridad sobre la persona del 'pupillus', concluyendo la tutela en la pubertad.

Los tipos de tutela que prevalecían, eran:

1). Tutela testamentaria; 2). Tutela legítima de los agnados; 3). Tutela legítima de los gentiles y 4). Tutela diferida por el magistrado.

La primera, era la tutela más importante. El derecho a nombrar tutor testamentario, en su origen, era atributo de la potestad paterna, pues sólo podía hacer uso de ello el padre de familia para los impúberos, que si a su muerte se convertían en 'sui juris'; sin embargo, en la época clásica, se tenían también en cuenta la cualidad de ascendiente o los sentimientos de afecto del testador y para esto, se dieron las siguientes soluciones: a). Cuando un padre hubiere nombrado a un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debía ser confirmado por el magistrado, sin información previa alguna; b). En el caso de que la madre fuera designada tutor, la confirmación del cargo sólo tendría lugar después de una información sobre la honradez y habilidad de la misma y c). Si la designación de tutor recaía en el patrono del impúbero o en un 'extranus', el magistrado debía confirmar también el nombramiento, pero después de la información y únicamente si el impúbero, no teniendo más fortuna, hubiese sido instituido heredero por el testador.

La segunda -tutela legítima de los agnados-, se establecía a través del agnado más próximo del 'pupillus' y en el caso de que hubiera varios en el mismo grado, todos eran nombrados tutores.

Una característica especial en este tipo de tutela se verificó cuando, Justiniano, al crear un nuevo sistema de sucesiones 'ab intestato', al modificar los principios de esta tutela y desde entonces los derechos de la familia natural aventajaban a los de la familia civil.

La tutela legítima de los gentiles- tercera clase de tutela-, se verificaba cuando, no habiendo agnado, pasaba la sucesión a los gentiles ** y por ende, la tutela debía serles concedida.

La cuarta especie de tutela, la que era diferida por el magistrado, surgió cuando cayó en desuso la gentilidad y preocupados por llenar este vacío, los romanos asignaron un tutor al impúbero que no tenía agnados.

El nombramiento de tutor por el magistrado se verificaba por un estado de necesidad, al no existir un tutor testamentario ni legítimo; sin embargo, cuando hubiere tutor testamentario en función de un término o condición, pero si estaba prisionero del enemigo o enfermo de locura, se procedía a abrir la tutela legítima de los agnados

** Persona que era considerada pariente en una familia en razón del 'nomen gentilium'; es decir, en razón del nombre de la 'gens'.

mientras se esperaba el término fijado, la vuelta de su cautiverio o su curación.

Ahora bien, respecto a la tutela de las mujeres 'sui juris' por razón de su sexo, cabe hacer los siguientes comentarios:

La tutela para las mujeres púberes 'sui juris' era permanente al considerar la ligereza del carácter de la mujer y su inexperiencia en los negocios; sin embargo es de hacerse notar que este tipo de tutela tenía más bien por objeto resguardar la fortuna en favor de los agnados y no su protección personal, evitando de esta forma que la mujer hiciera enajenaciones entre vivos o testar en perjuicio de las personas que debían heredarla 'ab intestato'.

La función fundamental del tutor de la mujer púbera radicaba en autorizar ciertos actos, y como para enajenar las 'res Mancipi'; esto es, los objetos más preciados para hacer testamento; para aceptar una herencia; para contraer una obligación; para hacer una remisión de deuda; para sostener en proceso regulado por el Derecho civil, entre otras; sin embargo, tenían capacidad más amplia que el 'pupillus', pudiendo obrar por su cuenta, al enajenar sus 'res nec Mancipi', es decir, prestar su dinero o hacer o recibir un pago.

Ahora bien, en las legislaciones modernas se advierte una completa transformación de la estructura de las instituciones familiares -que tratamos con anterioridad-,

acentuándose el pensamiento jurídico de que las mismas, deben responder a las exigencias de la comunidad social, conforme a los principios de la naturaleza humana; es decir, su configuración no ha de dejarse a la disposición arbitraria de la ley, sino que ha de ser reflejo de la ordenación jurídica que requiere la comunidad, observando las diferencias naturales que existen en la misma y que sólo un Derecho adecuado puede captarlo al ser expresión genuina de los mandatos de la ley natural.

Así, esta idea ha sido asimilada por diversas legislaciones y vemos que en Francia, no se encuentra definida que es la autoridad parental o patria potestad; sin embargo, incluye normas reguladoras como las siguientes:

Respecto al hijo natural, la autoridad parental será ejercida por el padre o la madre que lo hayan reconocido voluntariamente. Si ambos lo han reconocido, la autoridad parental será ejercida enteramente por la madre (art. 374).

Las causas para perder el ejercicio de la autoridad parental se anotan en el artículo 373 que establece: I. Cuando los padres se encontrasen incapacitados para manifestar su voluntad en razón de ausencia, alejamiento u otra causa; II. Si los padres han consentido delegación de sus derechos de acuerdo a las reglas legales; III. Si son condenados con cargas de abandono de familia, en tanto no reasuma sus obligaciones durante seis meses por lo menos; IV. Si se ha pronunciado sentencia de degradación o

suspensión en virtud de que hayan perdido sus derechos (ciudadanos) o les hayan sido retirados.

La autoridad parental que se otorga a los padres es para proteger al hijo menor en su seguridad, salud y moralidad; teniendo el derecho y deber de guarda, vigilancia y educación (art. 371-2).

El o los hijos no podrán, sin autorización de su padre y madre, abandonar la vivienda familiar, no pudiendo ser retirado -el hijo- de sus padres, sino sólo en caso de necesidad que determine la ley.

Es importante destacar que, en caso de que el hijo natural sea reconocido por ambos padres, la autoridad parental, será ejercida enteramente por la madre; situación acertada que más que ser una norma reguladora en derecho positivo, obedece al derecho natural, porque quién más capaz de cuidar al hijo que la propia madre.

En España tampoco se define lo que se debe entender como patria potestad; sin embargo, enumera las obligaciones que les corresponden a los padres en el ejercicio de la misma, a saber:

1: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2: Representarlos y administrar sus bienes. Si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten. Los padres

podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir razonable y moderadamente a los hijos.

Debemos hacer notar que se establece que las obligaciones de los padres deberán ser desarrolladas 'de acuerdo a la personalidad del hijo', medida que acarrea resultados positivos, ya que tomando en consideración que las personas tenemos caracteres diferentes, la aplicación de las normas en concordancia a las características personales del hijo, lo llevará a convertirse en un hombre de bien: fin primordial de los padres.

La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio, y en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva, sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor, o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio (art. 156).

Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos o hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el juez por motivos especiales, proveyere de otro modo (art. 159).

La extinción de la patria potestad procede de acuerdo al artículo 169, por los siguientes causas: a).- Por la muerte de los padres o del hijo; b).- Por la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; c).- Por emancipación del hijo; y d).- Por la adopción del hijo.

Ahora bien, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad mediante sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a aquélla o por sentencia dictada en causa criminal o matrimonial. La ley no dice 'condenatoria'; hay pues, algo olvidado en el texto legal, ya que si la sentencia es absolutoria no habrá posibilidad de privación

de la patria potestad, y puede existir recuperación de la patria potestad, dice la norma, y siempre en interés o beneficio del hijo, cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación (art. 170). Existe una prórroga legal de la patria potestad (art. 171) y es en el caso de hijos incapacitados por deficiencias o anomalías psíquicas o sordomudez; quedará prorrogada la patria potestad por imperio de la ley hasta alcanzar estos incapacitados su mayoría de edad legal.

A su vez, la patria potestad prorrogada termina:

- a) Por la muerte de los padres o del hijo;
- b) Por la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de los padres o del hijo;
- c) Por la adopción del hijo;
- d) Por haberse declarado la cesación de la incapacidad;
- e) Por haber contraído matrimonio el incapacitado.

Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacidad, se constituirá la tutela legal.

En Italia, el Código Civil utiliza la frase: "De la potestad de los progenitores", para referirse a la patria potestad.

La potestad sobre el hijo se mantiene hasta la mayoría de edad o hasta la emancipación. Se ejerce de común acuerdo entre el padre y la madre; en caso de desacuerdo con respecto a cuestiones de particular importancia, cualquiera de los progenitores puede recurrir al juez, sin

formalidades, indicando el procedimiento que considera idóneo. Si existe un inminente peligro de un grave perjuicio para el hijo, el padre puede adoptar la providencia urgente que estime conveniente. El juez debe oír al progenitor y al hijo si éste fuera mayor de catorce años de edad y sugerir la determinación que considere más útil a los intereses del hijo y a la unidad familiar. Si se mantiene el desacuerdo, el juez decidirá teniendo presente lo que resulte más idóneo para los intereses del hijo (art. 316).

Al progenitor que ha reconocido al hijo natural le corresponde la potestad sobre el hijo. Si el reconocimiento lo han hecho ambos progenitores, el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos en su conjunto, siempre que convivan juntos. Si no conviven, el ejercicio corresponde al progenitor con quien convive el hijo; si el hijo no convive con ninguno de sus progenitores, el ejercicio de la potestad corresponde al que primero lo ha reconocido. El juez puede, en exclusivo interés del hijo, disponer y excluir el ejercicio a ambos progenitores, proveyendo así la tutela. El progenitor que no tiene el ejercicio de la patria potestad, tiene a su favor el poder de vigilancia que encierra la instrucción, la educación y las condiciones de vida del hijo menor (art. 317).

Curiosamente se afirma que el juez podrá, en exclusivo interés del hijo, disponer y excluir el ejercicio a ambos progenitores, proveyendo así la tutela; estipulación que nos muestra que los valores de la sociedad italiana se encuentran en decadencia, puesto que no se puede concebir

que 'judicialmente' se pueda privar de la patria potestad a quien por derecho natural le corresponde; si bien es cierto que en algunos casos sí pudiera proceder este supuesto, no es menos cierto que, el hecho de que se contemple dentro de un cuerpo legal, denota que los valores morales si no se han extinguido totalmente, sí se encuentran en franca decadencia.

Por lo que se refiere a la adopción vemos que, en Chile se contempla la legitimación adoptiva; esta institución fue establecida para hacer del hijo adoptado el hijo de los adoptantes; para asimilar así los efectos de la legitimación adoptiva a los de la filiación legítima, ha sido necesario modificar profundamente la fisonomía de la adopción. Ha sido preciso que la legitimación adoptiva esté fundada sobre el matrimonio de los adoptantes, que sea irrevocable, que no sea posible sino para los niños de corta edad, que rompa automáticamente todo vínculo con la familia de origen, que cree entre el hijo y las familias de los adoptantes verdaderos vínculos de parentesco.

En términos generales, la legitimación adoptiva puede ser definida como una institución de carácter judicial que tiene por objeto crear lazos de filiación legítima, en forma irrevocable, entre un matrimonio y un menor que se encuentra en determinada situación familiar.

Ahora bien, uno de los principales fundamentos de la legitimación adoptiva es evitar el traumatismo moral a que están expuestos los menores que viven como hijos propios

en hogar ajeno, cuando descubren, de súbito que aquellas personas a quienes habían llamado padre o madre y a los cuales profesaban el cariño de tales, no eran sus verdaderos progenitores.

La legitimación adoptiva presenta las siguientes características: a) Es una forma de crear el estado civil de hijo legítimo con posterioridad a la concepción y al nacimiento, con todas las consecuencias que dicho estado civil genera y sin que existan verdaderas relaciones de filiación o consanguinidad entre el legitimado o los legitimantes adoptivos; b) Extingue los vínculos de filiación anterior del legitimado adoptivo. Subsisten, empero, los vínculos de consanguinidad y, consiguientemente, el impedimento matrimonial de parentesco; c) Es irrevocable; d) Es de carácter judicial; y e) No es incompatible con la adopción ordinaria.

Ahora bien, la legitimación adoptiva y la adopción presentan las siguientes semejanzas: a) Constituyen una relación de filiación que carece de la base biológica de la procreación; b) Los solicitantes deben reunir determinados requisitos de edad mínima y de diferencia de edad con el beneficiado; y, c) Ambas requieren autorización judicial con conocimiento de causa y sólo proceden cuando, existiendo justos motivos, ofrezcan ventajas para el beneficiado.

No obstante, entre ambas instituciones es dable advertir las siguientes diferencias que destaca la moción que dio origen a la ley:

a) La legitimación adoptiva da origen al estado civil de hijo legítimo de los legitimantes, con todas las consecuencias que de ello se derivan. La adopción corriente sólo establece relaciones jurídicas entre adoptante y adoptado;

b) En la primera desaparecen los vínculos de filiación anterior del menor legitimado adoptivamente. En la segunda, subsisten;

c) La legitimación adoptiva no puede ser llevada a efecto sino por matrimonios. La adopción corriente puede ser el acto de una sola persona;

d) Sólo los menores de cierta edad y en determinadas condiciones pueden ser objeto de la legitimación adoptiva. En la adopción común, cualquiera persona puede ser objeto de ella, sea cual sea su edad o situación; y

e) La legitimación adoptiva es irrevocable: la adopción común puede ser dejada sin efecto. También existen diferencias en cuanto al procedimiento, ya que en la legitimación adoptiva es secreta, requiere autorización judicial y no nace de convención alguna. En cambio, la adopción común supone una convención autorizada judicialmente y su establecimiento no tiene el carácter de reservado o secreto.

Sin duda, la diferencia esencial reside en que la adopción simple no produce efectos constitutivos de estado civil mientras que la legitimación adoptiva da origen al estado de hijo legítimo de los legitimantes.

Atendidas las anteriores consideraciones, estimamos que la legitimación adoptiva es una institución autónoma, con fisonomía propia, que no puede ser asimilada cabalmente ni a la legitimación propiamente como tal ni a la adopción ordinaria, puesto que resulta de una mixtificación de ambos institutos.

Por otra parte, la tutela en Argentina se define como: el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil (art. 377).

La tutela es una institución de amparo, que procura, dentro de lo humanamente posible, que alguien llene el vacío dejado por la falta de padres, que cuide del menor, velando por su salud moral, atendiendo a su educación, administrando sus bienes, que supla su incapacidad llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural.

Ahora bien, la tutela reviste caracteres particulares, entre los cuales se hallan:

Como función representativa, se establece en los artículos 300 y 411 del Código Civil, que disponen respectivamente: "El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles". "El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad".

Como potestad subsidiaria, la tutela es un poder sucedáneo que entra solamente en función a falta de la autoridad paterna o materna, salvo en la tutela especial cuando median conflictos de intereses entre los padres y los hijos menores de edad (art. 61). "Cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial, estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare". Y artículo 397: "Los jueces darán a los menores, tutores especiales, en los casos siguientes: 1) cuando los intereses de ellos estén en oposición con los de sus padres, bajo cuyo poder se encuentren; ... 4) cuando los intereses de los menores estuvieren en oposición con los de su tutor especial".

Como cargo personalísimo.- Es decir, que el cargo de la tutela es intransferible. Dispone el artículo 379 del Código Civil: "La tutela es un cargo personal, que no pasa a los herederos...".

Como carga pública.- Ello resulta del artículo 379, in fine: "... y del cual nadie puede excusarse sin causa suficiente".

Como desempeño unipersonal.- La tutela es cumplida por una sola persona; así lo dispone el artículo 386 del Código Civil: "La tutela debe servirse por una sola persona...".

Como control del Estado.- Dispone el artículo 381: "La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del ministerio de menores".

Fundamento.- "Mientras la patria potestad es un derecho natural, la tutela es una institución emanada de la ley y fundada en su condición de instituto puramente legal".

No solo la diferencia estriba en sus respectivos orígenes entre la patria potestad y la tutela, sino que aquella reposa en una razón biológica; en cambio, la tutela descansa sobre un mandato o especie de mandato instituido por la ley. También existen diferencias fundamentales: el padre y la madre actúan en sus caracteres de tales con respecto al hijo menor de edad; en cambio, el tutor actúa a falta del padre o la madre, esto es, frente a la inexistencia de la patria potestad.

En otro orden distinto de ideas, no es necesaria una profunda investigación en nuestro Derecho positivo, para comprobar, que constitucionalmente el fundamento para dar un

trato especial a los menores, a través de normas distintas de las que son aplicables a los mayores, es sumamente endeble. El constituyente de 1857 preocupado primordialmente por los derechos fundamentales del hombre, olvidó al ciudadano en formación y nada dijo de los menores.

El Constituyente de 1917, que indudablemente tuvo el acierto de señalar nuevos rumbos a la vida nacional, a través de situaciones jurídicas que eran indispensables para lograr una vida digna, dentro de un marco de libertad y justicia, que liberara al obrero de las tristes condiciones a que lo encadenaba un trabajo inhumano, y que permitiera al campesino laborar sus propias tierras, no llegó en cambio a vislumbrar la necesidad de garantizar al pueblo una preparación previa en la formación de sus elementos, durante ese periodo transitorio de la vida que es la minoridad, pues a este respecto, con relación a la Constitución anterior, introdujo unas cuantas disposiciones, muy importantes esas sí, pero insuficientes.

Encontramos que el constituyente del 17, no logró constituir un verdadero sistema proteccionista del menor, pues las prevenciones programadas que no obedecen a una ideología concreta, son aisladas, dando por resultado una acción defensora incompleta e imprecisa, que no garantiza una situación jurídica integral para el infante o el adolescente, pues solamente se ocupa en forma parcial, de los menores infractores, de los hijos o pupilos de mexicanos, de los concebidos o recién nacidos de madres que trabajan y de los menores que pueden ser sujetos de una

relación laboral, quedando al margen, una serie de situaciones importantes que permanecen desatendidas.

Para proteger al menor, se han instituido las siguientes regulaciones:

En primer lugar, la fracción I del artículo 31 Constitucional, impone a los mexicanos la obligación de hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas para obtener educación primaria y secundaria, así como la militar, en su caso, medida que la Comisión redactora del Constituyente consideró como necesaria para la conservación, prestigio y engrandecimiento de nuestro país. Ahora bien, al establecer esa obligación a cargo de las personas de quienes depende el niño o adolescente, indudablemente que el legislador estuvo en lo correcto, ya que efectivamente el menor, no puede comprender los alcances de su determinación de ir o no a las escuelas a recibir su preparación elemental.

Por su parte, la Ley Federal del Trabajo establece la prohibición de contratar el trabajo de los menores de 14 años (art. 5o. fracc. I), que indiscutiblemente tuvo una finalidad muy noble, como fue la de proteger el crecimiento y educación del niño en esa etapa de su desarrollo; sin embargo, en la práctica ha generado un estado de verdadera injusticia social, pues en tanto que el menor, pudiendo encontrar la solución a alguna de sus necesidades primarias, por la vía de un trabajo remunerado, con decoro y dedicación, que le permita sentirse copartícipe de las

responsabilidades de sus mayores, por virtud de esa prohibición 'proteccionista' y sólo porque en algunos casos los padres podrían no responder al esfuerzo de su hijo, convirtiéndose en unos desobligados; se le priva de ganar en forma honesta, muchas veces, el pan para él y para sus hermanitos, viéndose así precisado a realizar las mismas labores, al margen de toda vigilancia que lo favorezca, con la esperanza de obtener algún ingreso, ya no como retribución al servicio prestado, sino como una dádiva o limosna que le mutila todo sentido de dignidad.

Es necesario admitir con franqueza, que cuando una ley inspirada en los más altos ideales, al ser aplicada mediante su interpretación correcta por parte de la autoridad, produce resultados negativos, la misma, con toda su bondad es incorrecta y que si la protección buscada no se logra, es porque se pretendió llevar la acción del Estado al margen de sus posibilidades, sin tomar en cuenta la verdadera situación que impera en el medio social de que se trata y que subordina necesariamente el comportamiento de las gentes.

Si bien al hombre formado se le puede imponer hasta cierto punto, un actuar que responda más por conveniencia a ciertas apariencias que a una realidad, al niño no se le puede encauzar hacia la observancia de exigencias meramente artificiales, pues no lo comprenderá y se le cierra un camino honesto para la satisfacción de sus necesidades fundamentales, sólo porque alguien dice que ese tiempo lo debe dedicar a jugar, buscará otro, que aun cuando

a los ojos de los mayores parezca indecoroso, le permitirá vivir. El menor tendrá que pensar, que si la aplicación de una ley que se dice dictada en su beneficio, únicamente lo perjudica, debe eludirla y en esa forma responderá con engaño, al fraude de que se le hace objeto.

Nuestro Código Civil, organiza un conjunto de reglas de seguridad general para el ser humano que abarca desde su concepción hasta después de su muerte. Así puede afirmarse que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley, pudiendo hacer valer sus derechos, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el ordenamiento citado (art. 22).

Asimismo, nuestro ordenamiento sustantivo fija como domicilio del menor no emancipado, el que tengan las personas a cuya patria potestad esté sujeto y en defecto de ésta, el de sus tutores (art. 31 fracciones I y II).

Enseguida se determinan métodos para fijar su filiación y por conducto del Registro Civil, se exige la declaración de su nacimiento en un término perentorio de seis meses, a los padres y a falta de éstos a los abuelos paternos y maternos respectivamente, y de 24 horas siguientes para los médicos cirujanos o matronas que intervinieron y para el jefe de familia en cuya casa tuvo lugar el alumbramiento si ella no fuere la paterna (arts. 54 y 55).

Se asegura la custodia de los menores en la forma mas conveniente para estos, cuando haya nulidad de matrimonio (ars. 259 y 260) y se incluyen como causal de divorcio los actos inmorales positivos o su tolerancia con los que se trata de corromper a los hijos (arts. 267 fracción V y 270).

También se garantiza permanentemente la subsistencia y cuidado personal de los menores en caso de divorcio voluntario o necesario y la condición en que deberán quedar sus personas y bienes cuando se declare culpabilidad en alguno de los cónyuges, pudiéndose tomar medidas accesorias de protección provenientes de los demás familiares y sin perjuicio de reconocer que aunque los padres divorciados pierdan la patria potestad quedan obligados frente a sus hijos en todos los privilegios que la ley les confiere (art. 284 y 285).

En materia de alimentos, la protección legal surge con vigor, pues aparte de ratificarse en diversas disposiciones que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos y que ante la imposibilidad de aquellos, ella recae sucesivamente en sus ascendientes por ambas líneas, hermanos y demás parientes colaterales hasta el cuarto grado (art. 303 y siguientes), se determina que tratándose de menores, los alimentos comprenden no sólo la comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad, sino también los gastos que requiera la educación primaria y el aprendizaje de algún oficio, arte o profesión honesta y adecuada (arts. 308 y 314).

Se faculta al propio menor para pedir el aseguramiento judicial de sus alimentos por conducto de un tutor interino, de sus familiares o del Ministerio Público, llegándose a prevenir expresamente que el deudor alimentario será responsable de las deudas contraídas por sus acuerdos alimentarios para cubrir sus alimentos en la cuantía estrictamente necesaria (arts. 315 y 322).

En cuanto a la filiación se fijan normas para asegurarle tanto la maternidad como la paternidad dentro y fuera del matrimonio, confiriéndose al menor la posibilidad de ser oído por conducto de un tutor especial y ampliándose los casos de investigación de la paternidad con la sola limitación de evitar escándalos; y en cuanto a la maternidad se concede al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigarla, estableciéndose la presunción legal de que los hijos nacidos dentro del concubinato son de los integrantes de dicha relación (art. 324 y siguientes).

Por lo que se refiere a la adopción, el Código Civil la regula del numeral 390 al 410, donde encontramos las siguientes disposiciones:

Una persona mayor de veinticinco años, libre de matrimonio y en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun siendo mayor de edad, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que el adoptante tenga diecisiete años más de edad que el adoptado; b) Que acredite contar con

medios suficientes para sufragar los gastos de educación y subsistencia del adoptado; c) Que la adopción resulte benéfica para el adoptado; y d) Que el adoptante sea una persona de buenas costumbres (art. 390).

La adopción, asimismo se puede verificar cuando el marido y la mujer están de acuerdo en considerar al adoptado como hijo propio, cumpliendo el requisito de edad -es decir, diecisiete años mayor que el adoptado-; sin embargo, cuando uno de los consortes reuna el requisito anterior, podrá llevarse a cabo la misma (art. 391).

Tanto las obligaciones como los derechos de que gozan los padres respecto de los hijos, se adquieren a través de la adopción; así, los adoptantes tienen la obligación de hacer del adoptado un hombre de bien y por su parte, el adoptado tiene la obligación de respetar a los adoptados como si fuesen sus padres legítimos (art. 394).

Cuando el menor a adoptarse tuviere catorce años, se requiere el consentimiento de éste para llevarla a cabo (art. 392); pero si el adoptado quisiere impugnar la adopción, podrá hacerlo dentro del año siguiente a la mayoría de edad (art. 394).

Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como del parentesco que de ella resulte, se limitan únicamente al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, donde se dispone que el adoptante no puede contraer matrimonio con el

adoptado y sus descendientes, en tanto que dure el vínculo jurídico derivado de la adopción (arts. 402 y 433).

Asimismo, los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante; pero en el supuesto de que el adoptante estuviera casado con alguno de los progenitores del adoptado, la patria potestad será ejercida por ambos (art. 403).

El capítulo de la patria potestad, ordena cuidadosamente los derechos de los hijos, con un espíritu más ético que jurídico y sujeta el ejercicio de aquéllos en cuanto a la guarda y educación de los menores.

En múltiples disposiciones se señalan los derechos y obligaciones de la patria potestad, comenzando por otorgar el ejercicio de ésta conjuntamente a los padres y supletoriamente a los abuelos paternos y maternos en forma sucesiva (art. 414), dejando al arbitrio del juez la conveniencia de otorgar la custodia inmediata, a los ascendientes que vivan separados cuando se trate de hijos extramatrimoniales (art. 417).

Se fijan las obligaciones de los hijos de no dejar la casa sin permiso paternal o de la autoridad competente, así como de no comparecer a juicio ni contraer compromiso alguno sin la intervención del que ejerza sobre él, la patria potestad o del juez en su defecto (arts. 421 y 431). Asimismo se consolidan los derechos de ser educados

convenientemente por sus padres o tutores, contando estos con el apoyo de la autoridad competente para corregir y castigarlos con mesura (Arts. 422 y 423).

En el supuesto de que el hijo haya nacido fuera del matrimonio, se observará lo siguiente: a) Si ha sido reconocido por los dos progenitores, ambos ejercerán la patria potestad, siempre y cuando estuvieren de acuerdo; b) En caso de desacuerdo, el juez de lo Familiar del lugar, después de oír a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor; c) Cuando el reconocimiento se haya efectuado sucesivamente, la patria potestad será ejercida por quien lo hubiere reconocido en primer lugar; sin embargo, puede ejercerse conjuntamente si los padres así lo conviniere (Arts. 380 y 381).

En el artículo 443, se especifican los casos cuando termina la patria potestad, a saber: I. Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; II. Con la emancipación derivada del matrimonio y III. Por la mayor edad del hijo.

Ahora bien, la patria potestad se pierde, de acuerdo al artículo 444: I. Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283⁶⁵; III. Cuando por las costumbres depravadas

⁶⁵ Art. 283. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el juez tendrá de

de los padres, malos trabajos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV. Por la exposición que el padre o la madre hicieron de sus hijos, o porque los dejan abandonados por más de sesenta meses.

La madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad (art. 415) y el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior (art. 416).

La suspensión de la patria potestad procede: I. Por incapacidad declarada judicialmente; II. Por la ausencia declarada en forma; III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión (art. 417).

La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse: I. Cuando tengan sesenta años cumplidos y II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño (art. 418).

Las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El juez observará las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quienes legalmente tengan derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

Art. 234. Antes de que se prevea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

Art. 205. El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Ahora bien, posiblemente la más regulada de las instituciones civiles con que se protege al menor sea la tutela y aunque no la define, indica que el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad de gobernarse natural o legalmente (art. 449); y del contenido de esta disposición se derivan sus características más importantes como son las de su permanencia por cuanto se mantiene mientras es necesaria, y de su generalidad por que se extiende a todos los actos de la vida del pupilo, complementando su personalidad o afectando sus bienes, por lo que se previene que cuando falleciere una persona que estuviere ejerciendo la patria potestad sobre un incapacitado a quien deba nombrarse tutor, los parientes como las personas con las que haya vivido, al igual que el ejecutor testamentario, los jueces del Registro Civil y las autoridades administrativas y judiciales, están obligados a denunciar tal irregularidad en el plazo de ocho días bajo pena de multa (art. 460).

El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil, sordomudo que no sepa leer ni escribir, el ciego consuetudinario o que habitualmente use drogas enervantes, quedará sujeto a la tutela mientras no llegue a su mayoría, y sus hijos menores quedarán bajo la potestad de los ascendientes o tutores a quienes corresponda (arts. 464, 465 y 491).

Otras importantes obligaciones con sus correlativos derechos impone la ley a los tutores en forma

muy similar a las de los ascendientes, sobre todo en cuanto a la administración y enajenación de bienes, rendición de cuentas y control de su personal, pero basta decir que se debía en todos de pleno derecho todos los actos de administración ejecutados por los incapaces sin la autorización de sus representantes aun cuando fuesen emancipados; no obstante los menores de edad no pueden alegar nulidad de los actos que celebraren si son peticos en materia relacionada o hubieren usado certificados falsos del Registro Civil o si se hubieren hecho aparecer como mayores (arts. 635, 636, 639 y 640). Por último, el menor emancipado tiene la libre administración de sus bienes pero durante su minoría de edad requiere autorización judicial para enajenar o gravar bienes raíces, así como de un tutor para negocios judiciales (art. 643).

Como los menores de edad tienen incapacidad natural y legal simultáneamente, la tutela les es aplicable cuando fatalmente carecen o se ignoren sus ascendientes que puedan ejercitar sobre ellos la patria potestad, y dicho control se manifiesta en tres formas que son: la testamentaria, la legítima y la dativa (art. 446).

La tutela testamentaria permite la atención del menor por medio de una persona designada arbitrariamente por el cónyuge supérstite en ejercicio de la patria potestad (art. 470), excluyendo a los ascendientes de ulteriores grados del ejercicio de la patria potestad (art. 471)

Por su parte, la tutela legítima se verifica cuando: I. No haya quien ejerza la patria potestad ni hubiere tutor testamentario; II. Deba nombrarse tutor en virtud de divorcio (art. 482) y corresponde a los hermanos, prefiriéndose a los que sean por ambas líneas y en caso de incapacidad o falta de los anteriores, corresponde a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive (art. 483).

Cuando hubiere varios parientes del mismo grado, el juez otorgará al más apto para el cargo; pero si el menor tuviere dieciséis años, éste hará la designación (art. 484).

La tutela dativa, consiste a su vez, en el desempeño de dicha función por terceras personas nombradas ya sea por el menor que ha cumplido dieciséis años o por el Juez de lo Familiar en su defecto, cuando hubiere justa causa para reprobear tal designación (art. 490), así como en los casos que no exista tutor testamentario o persona a quien le correspondiere la tutela legítima o también cuando el tutor testamentario estuviere impedido temporalmente de ejercer su cargo y no habiendo hermanos ni parientes hasta el cuarto grado del menor (art. 492).

El tutor dativo será nombrado a petición del Consejo Local de Tutelas, del Ministerio Público, del mismo menor y aun de oficio por el Juez Familiar, debiendo desempeñar mientras duran en su cargo, dicha función, las siguientes personas: 1) El Presidente Municipal del domicilio del menor; 2) Los demás regidores del

Ayuntamiento; 3º Las personas que desempeñan autoridad administrativa en los lugares donde no hubiere Ayuntamiento; 4º Los profesores o titulares de enseñanza primaria, secundaria o profesional del lugar donde vive el menor; 5º Los miembros de las Juntas de Beneficencia Pública o Privada que disfruten sueldo del erario; y 6º Los Directores de establecimientos de Beneficencia Pública; todos ellos designados por el Juez de lo Familiar en forma equitativa, y sin perjuicio de que también puedan ser nombrados tutores las personas que figuren en las listas formadas anualmente por los Consejos Locales de Tutelas cuando estén conformes a desempeñarlas gratuitamente (Arts. 500 y 501).

Ahora bien, no pueden ser tutores: a) Los menores de edad; b) Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela; c) Los que hubieran sido removidos de otra tutela en virtud de haberse conducido mal respecto de la persona o de la administración de los bienes del menor; d) Los que hubieran sido condenados a la privación o inhabilitación del cargo, en razón de sentencia ejecutoria; e) Quien fuese condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad; f) Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o se conducen notoriamente con mala conducta; g) Los que al diferirse la tutela, tengan pendiente con el menor; h) Los deudores del menor; i) Los jueces, magistrados y demás funcionarios de la administración de justicia; k) Los empleados públicos de Hacienda cuando tengan responsabilidades pecuniarias vigentes, o que las hubieran tenido y no las hubieren

cubierto; D. Los que padezcan enfermedad crónica contagiosa y no los demás a quienes prohíbe la ley (art. 503).

Por su parte, el artículo 504 enumera los casos en que deba ser separado de la tutela quien la ejerciera, a saber: I. Los que sin haber caucionado su manejo, conforme a la ley, ejerzan la administración de la tutela; II. Los que se conducen mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona o de la administración de los bienes del menor; III. Los tutores que no rindan sus cuentas dentro del término fijado por el artículo 500 ⁶⁶; IV. Los comprendidos en el artículo anterior, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad; V. El tutor que se encuentre en el caso previsto en el artículo 159 ⁶⁷; y VI. El tutor que permanezca ausente por más de seis meses del lugar en que debe desempeñar la tutela, así como el tutor que fuese procesado por cualquier delito, quedará suspenso del ejercicio del encargo desde el momento en que se dicto auto de formal prisión y hasta que se pronuncie sentencia irrevocable (art. 509); sin embargo, el tutor podrá volver al ejercicio de su cargo, siempre y cuando no se le hubiere condenado a la privación de la tutela o en caso de que la pena impuesta no exceda de un año de prisión (art. 510).

⁶⁶ Art. 500. El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta, en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del tutor.

⁶⁷ Art. 159. El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el presidente municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela. Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

Desde nuestro punto de vista, debería modificarse el artículo anterior en el sentido de que, quien haya sido condenado a prisión se le retire del campo ya que, la experiencia de estar en la cárcel afecta el estado emocional del sujeto procesado, y no obstante el recuperar su libertad antes del período de un año, deja huella tan profunda en el individuo que de una u otra forma, afectará la relación con su tutelado.

No podemos ignorar el desatido tanto físico como emocional en que se encuentran los presos en nuestro país, por lo que no se hace prudente la medida regulada en el numeral comentado.

En un diverso orden de ideas y tratando el asunto del tráfico internacional de menores, pareciera que es una idea de las que se captan y parecen evidentes, pero que al tratar de asirlas y expresarlas presentan una enorme dificultad, puesto que resulta una idea con límites imprecisos y difusos que parece sobreponerse a otras ideas afines o similares, como pueden ser los abusos en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela que en ocasiones llegan a parecer parte del tráfico de menores. En materia penal el secuestro de menores seguido de amenazas o de otros delitos puede formar parte del tráfico de menores.

Sin embargo, para determinar la axiología del tráfico internacional de menores, debemos identificar las necesidades fundamentales del niño y del adolescente, para

de allí, seleccionar el elenco de valores jurídicos que deben ser protegidos.

El niño es un ser humano altamente expuesto al medio exterior: en mayor grado, mientras es recién nacido y decreciente hasta los dieciséis años de edad en que fijamos, un tanto arbitrariamente, el límite de nuestra estudio.

El niño en desarrollo puede considerarse adecuadamente en términos conceptuales como un manejo de respuestas interrelacionadas en interacción con estímulos. Algunos de estos estímulos emanar del medio externo, otros de la propia conducta del niño y otros más de la estructura y funcionamiento biológico del niño. Por lo tanto, el niño no es solamente una fuente de respuestas, sino que es también fuente de algunos estímulos. Desde este punto de vista, una parte del medio del niño está dentro de su propio cuerpo.

El niño a partir de su nacimiento entra en contacto con el mundo exterior, pero inicia sus experiencias con la diferencia entre el 'yo' y el 'no yo', obviamente la noción de su identidad entre individuos de la misma especie y condición es de alta sofisticación al que no alcanza la mera diferenciación entre lo caliente que lo lastimó y que es el 'no yo' y el 'yo' que sufre el dolor.

Clara bien, el espacio normal del niño cabe en su familia, en su grupo social o en la organización oficial o

privada que lo recoja. En principio un niño no puede quedar desvinculado de la sociedad y no puede caer en este espacio y entorno, ya que el niño desvinculado cae de plano en el lumpen o subcultura de la infradivisión, consistente en la mera supervivencia de momento a momento que se lleva en la calle, bajo los puentes y en los basureros y caer en manos de criminales o gentes antisociales, que forman y adiestran para sus propios fines, dando lugar a la posibilidad de crear niños monstruosos en la moral porque caerán en las manos de 'educadores' criminales, o ya sea porque tienen que vivir y 'educarse' en el lumpen como parias sociales.

Por otra parte, el infante menor de dos años, está sujeto a la simple determinación física que le impongan sus tenedores. Si a una parturienta se le priva del contacto con su hijo, éste se convertirá en un pequeño paqueto utilizable. El hecho mismo de la separación de la madre cambia al bebé de identidad, y como persona, para convertirlo en un objeto.

Una vez convertido, el niño queda absolutamente disponible. Los periódicos y otros medios masivos de información nos han hecho saber de sistemas estadounidenses y europeos de recepción de niños latinoamericanos para conservarlos a disposición de los mejores hospitales y clínicas privadas, en calidad de reservatorio de órganos vivos que puedan ser extraídos.

La prensa mexicana con informador en años anteriores de la utilización de niños en prácticas teatrales, cantando en las que se celebraban la vida de niños y la adoración del demonio. Estos actos no llegaron al conocimiento público porque esos niños no han obtenido de forma que no deja espacio, ni peso social vacío alguno, ya que cuando llegaron a existir ante la sociedad y por ello no se notará su ausencia.

Por otro lado, debemos preguntarnos cuál es el repertorio de valores de la sociedad actual, partiendo del punto de vista general de la sociedad internacional a la que pertenece nuestro país, dado que nos estamos refiriendo a un problema de carácter internacional.

Es de considerarse al respecto que las declaraciones internacionales de derechos nos permiten fijar un marco bastante claro acerca de lo que son los ideales de la sociedad internacional a la que pertenece nuestro país, o más bien, cuál es el elenco de valores que debe respetar y tratar de alcanzar cualquier sistema de manejo, adiestramiento, entretenimiento y educación de niños y adolescentes.

Este criterio puede orientarse precisamente en el texto de las Convenciones y Declaraciones Internacionales suscritas por México, iniciando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en sus artículos 25 fracción II y 26 fracciones II y III, establece lo siguiente:

Art. 25.- II. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social.

Art. 26.- II. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

III. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

El pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de 1966 (Diario Oficial de la Federación de 12 de mayo de 1981), precisa en su artículo 13, el concepto de los fines de la educación, estableciendo:

Art. 13. ... Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad,

y debe fomentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981), precisa lo que ahora viene a ser el derecho a la identidad;

Art. 18.- Derecho al nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos si fuere necesario.

Art. 19.- Derechos del niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Declaración de los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de

noviembre de 1959 en su resolución 1386 (XIV), estableció que:

El niño disfrutará de una protección especial, y se le proporcionarán las oportunidades y facilidades —bien por leyes o por otros medios— que le permitan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de una manera sana y normal y en condiciones de libertad y dignidad. En la promulgación de leyes a este respecto, deben gozar de primordial consideración los más altos intereses del niño. (principio dos).

En el presente caso, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) culminará las labores iniciadas hace diez años para lograr una Convención sobre los Derechos del Niño sobre la que se ha expresado en el Mensaje de los Premios Nobel al Grupo de Trabajo del UNICEF, además de encomendar la labor de dicho grupo, en la siguiente oración:

"La igualdad para los adultos sólo puede propiciarse a través de la justicia hacia los niños y reside en el interés de los gobiernos, en su decisión de preocuparse por los jóvenes".

El Proyecto de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es muy amplio en su concepción, identificación y protección de los derechos humanos del niño y hace referencia a lo siguiente:

"Los Estados Partes se comprometen:

Art. 8.- ... a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares...

Art. 11.- ... para luchar contra los tráficos ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero...

Art. 34.- Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.

Art. 35.- ... Tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias.

Art. 36.- Los Estados Partes protegerán al niño contra todas las otras formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Sin embargo, a pesar de las regulaciones existentes para la protección de los menores, organizaciones que el Tratado Internacional se haya a cabo de manera generalizada en las formas siguientes:

Beneficencia. (Case A).

En una casa de maternidad en algún lugar del Bajío, se reciben jovencitas próximas a parir, que por la presión social no pueden tener un lugar antes del matrimonio. La organización móvil recibe al niño como un expósito de la madre y padre desconocido y procura encontrarle prospectos de padres adoptivos, preferentemente extranjeros porque se considera mucho mejor la perspectiva de vida del menor.

En los casos detectados, la directora de la institución le da sus propios apellidos al niño y lo presenta como expósito al Registro Civil ocultando su verdadera identidad, la cual si se conoce en la institución. Asimismo, la directora de la institución concede la adopción del menor en favor de extranjeros con una clara incapacidad para adoptar.

Aparentemente estas organizaciones móviles de beneficencia no se dan cuenta de la manipulación económica que sufren desde el extranjero, aunque ésta resulte evidente para los demás. Se han analizado unos ciento cincuenta casos.

Infantes de origen desconocido. (Caso B)

Presentados al Registro Civil por una mujer que no se identifica plenamente, da nombre falso y domicilio inexistente. Esta misma mujer se presenta ante un notario y ratifica una carta poder por lo que concede a un abogado la facultad de dar en adopción al niño 'B', sin que el notario la identifique plenamente. Se han identificado unos veinte casos dada la gran labor que requiere su comprobación, siendo que además se dan únicamente entre juecos y autoridades lejanas y fuera de toda competencia.

Elaborada obtención de menores. (Caso C).

En los casos C resulta muy marcada la dependencia de una 'agencia' de adopción extranjera que no deja de estar presente en los casos A y B. Este punto lo trataremos más adecuadamente en este mismo apartado.

La 'institución mexicana' es una agencia de nombre rimbombante tal como 'Institución Protectora de la Niñez Desolada, A.C.' (inventado), cuyas instalaciones no pasan de una pequeña oficina con teléfono, archivos, tres escritorios y una máquina de escribir. Esta 'institución protectora' carece de instalaciones para recibir y atender bebés y mucho menos para atenderlos y para procurar su bienestar.

La organización 'C' obtiene menores mediante el empleo de trabajadores sociales sin experiencia previa y con

necesidad de trabajar que concurren en tre a pueblos, aldeas y cañerías y quienes están en posibilidad de comprender a presidentes, delegados municipales, alcaldes y juntas locales quienes les procuran el acceso a las jóvenes y a las embarazadas, que en una gran cantidad de casos tienen problemas respecto de la cesatura por nacer.

Una vez detectadas las víctimas, las trabajadoras sociales inician labor de convencimiento y de incitación para que se desprendan del bebé próximo a nacer. Rogatos, promesas, presiones sociales y oficiales del presidente municipal, de los ediles, del maestro y del cura hacen el resto.

En el momento del parto, empieza a operar otra parte del sistema. Un cierto sujeto, sea doctor, enfermera o trabajadora social reciben y retienen al recién nacido en la cuna del hospital, sanatorio o maternidad, con el consentimiento o sufrimiento de la recién parturienta.

El siguiente paso es el registro del recién nacido en el Registro Civil como hijo de una madre supuesta. En una investigación se logró determinar que la misma señora que hacía la limpieza de los pisos de una oficina, había firmado como madre de once menores ante el Registro Civil de una misma ciudad en el término de diez meses. El resultado de este acto es la pérdida de la individualidad, del nombre familiar y de la filiación del menor. A partir de este registro ilícito, el menor carece de identidad y de posesión social, por lo que pasa a ser un simple objeto que es

aceptable de ser comprado y vendido, puesto que en sí mismo es totalmente indefenso y carece de conciencia de su propio 'yo'. Al perder su nombre y su filiación pierde también su propia identidad.

Internado de abandonados. (Caso D)

Existen internados de niños que son entregados por padre o madre u otro familiar que no puede ya atenderlos y que los van olvidando, hasta que al paso del tiempo quedan definitivamente abandonados. Estos internados se convierten así en lugares de verdadera reclusión pues los preadolescentes y adolescentes no tienen a dónde ir. En un institución bien organizada y con interés humanitario, la propia institución promoverá los paseos colectivos, los contactos con otras instituciones similares, los torneos deportivos. En cambio en algunas instituciones la organización tiende a la separación del mundo que los rodea, para darles una formación muy especial, consistente en un muy buen desarrollo físico y un mínimo desarrollo mental y de conocimientos, salvo en algún otro idioma como el inglés, en detrimento del español. Nada de historia patria ni de civismo. Habilidades y destreza manual.

Los preadolescentes y adolescentes salen del país en grupos de diez a veinte, con permiso judicial bajo la afirmación de que son becados por alguna institución del extranjero, la cual no se precisa. No se vuelve a saber de ellos. En estos casos no se afecta la identidad de los muchachos, sino su derecho a obtener una educación promedio.

en el seno de la sociedad, puesto que es a través de la formación educativa que se logra obtener como producto al hombre maso, que está reducido a ser fuerza de trabajo eficiente, sumisa y sin individualidad, destinable a cualquier tipo de trabajo o como objeto de explotación inclusive a la prostitución.

Entre las situaciones antes descritas cabe mencionar cuál es el resultado que se obtiene en el primer lugar, y es de concluirse que las formas de obtener un infante le privan de dos de los elementos fundamentales del ser humano: su identidad y su filiación, y por consecuencia, le privan de su peso social, o sea, del peso que todo ser humano tiene en la sociedad que lo rodea. Un ser humano sin identidad ni filiación no ocupa lugar ni peso en la sociedad, aunque sea mayor de edad y, tanto más, un recién nacido. Es claro que el recién nacido y hasta el infante de dos a tres años se convierten así en algo de lo que se puede disponer.

A su vez el preadolescente y el adolescente, que son sometidos a un sistema de internado absoluto, o casi, y a un sistema de educación y al método de estímulos y rechazos, dentro de un sistema de reclusión efectiva, tenderá a adoptar el modelo o patrón de conducta impuesto por sus captores, aunque este patrón sea débil o aunque contenga deformaciones morales profundas ya que se produce la despersonalización y la falta de información externa, sin grandes diferencias individuales.

En ambos tipos de casos encontramos un objeto común que es la disponibilidad del sujeto, como ser sin identidad, casi sin, o sin filiación, sin peso ni importancia en la sociedad, que al desaparecer no cause problemas, porque o nunca existió, o porque ya se olvidó su existencia.

Existe el caso independiente de la obtención de niños o infantes por la violencia ya sea física o por amenaza o por el constreñimiento y opresión de la miseria o de la necesidad apremiante.

El robo de infantes es una de esas modalidades. El infante robado puede ser presentado al Registro Civil por una supuesta madre, quien en seguida dispone del bebé; o puede ser transportado subrepticamente a otro país sin identidad ninguna para fines desconocidos.

En la frontera misma se dan casos de increíble perversidad o de engaños burdos pero eficaces, o de total violencia para llevarse menores de nuestro país al vecino. La compra de niños que se lleva a cabo ante los ojos de las autoridades que esperan a que estén del otro lado de la frontera, para 'decomisar' los niños y mandarlos a instituciones de protección a los menores del propio país, o con la promesa de inmigración legal si la madre inmigrante cede a sus hijos, 'mientras pasa la frontera'. También existe el paso de camionetas cerradas cargadas de niños sin identidad que se pierden en el desierto. De todo esto han informado los periódicos.

En resumen, todos los actos y sistemas de obtención de infantes, menores y de adolescentes aludidos en apartado tienden a un solo y mismo objetivo que es su disponibilidad absoluta, y por lo tanto su comerciabilidad, la cual tiene que corresponder a su vez a necesidades que irán de lo irregular a lo francamente perverso, pues solamente así puede explicarse la existencia de un mercado negro de niños y de adolescentes.

El conjunto de finalidades específicas conocidas hasta ahora podrían resumirse en los siguientes términos:

1).- La adopción substancialmente irregular.- La adopción es recomendable cuando se dan características que permitan suponer que el menor se beneficiará con la misma, porque el o los adoptantes sean personas de adecuada personalidad, educación, moralidad y economía suficiente para hacerse cargo del menor.

Sin embargo, es muy frecuente que los solicitantes de adopción no reúnan esas características y que necesiten acudir al mercado de niños a través de agencias de adopción de niños extranjeros. Harry D. Krause cita que en audiencias ante un comité del Senado de los Estados Unidos demostró que en la mitad de los años setenta, el precio de un hermoso bebé adoptable iba de veinticinco mil dólares en adelante.

ee

** Citado por Idea, pág. 204.

En cambio, parece ser que los requerimientos a las agencias privadas de adopción son mucho menores cuando los niños se obtienen en el extranjero, puesto que no realizan más que un trabajo de escritorio que conecta a los presuntos adoptantes con quienes pueden obtenerles la adopción, de acuerdo con consultas con diversos abogados estadounidenses. De hecho, las agencias de adopción de niños extranjeros se anuncian libremente en desplegados de los directorios telefónicos. Es un claro ejemplo de lo anterior, el Código de lo Criminal de Utah que penaliza la inducción a la madre a entregar a su hijo a cambio de pago, cuando ocurre en el Estado. (art. 76-7-203), así como las reglas de las agencias privadas de colocación de niños (adopción) de West Virginia. (art. 55 Ba. 4 y 55 Ba. 2 (2), que se aplica a las agencias que realizan la adopción en el mismo Estado pero no se refieren a las oficinas de 'mero enlace', puesto que será problema del Estado en el que se lleve a cabo la adopción.

Vale la pena citar dos ejemplos. Una agencia privada de adopciones de los Estados Unidos recibió la solicitud de un matrimonio inculto, de escasos recursos y de edad un tanto avanzada, pero con ahorros suficientes para alcanzar el precio solicitado. Obtuvieron que una maternidad y una cuna monjil del centro de la República les entregara en adopción a un niño recién nacido, pero fueron detenidos en Laredo, Texas, por haberse quedado en la plaza pública sin saber qué hacer por haber agotado sus recursos económicos. El juez de Laredo privó de efectos la adopción y envió al niño a una casa de expósitos. El asunto fue

publicado en los periódicos como caso de una adopción irresponsable.

En otro caso más se recibió en una casa hogar oficial la solicitud de una agencia privada extranjera para la adopción de una niña de ocho a diez años de parte de una señora de origen búlgaro, dos veces divorciada que vivía sola en el norte de los Estados Unidos y que según el informe socioeconómico y personal, muestra un alto estado de neurastenia y periódicas crisis de depresión seguidas de actitudes agresivas e histéricas. La solicitud fue denegada, pero no es de dudar que se haya vuelto a intentar en el sector privado que obra con liberalidad extrema cuando es recto o que se actúa en la clandestinidad y por intereses bastardos cuando no lo es.

Ahora bien, las finalidades antisociales del tráfico internacional de menores, sólo pueden ser enunciadas ejemplificativamente, ya que la criminalidad es siempre creativa y variante además de ser actividad clandestina, no sujeta ni a control ni a estadísticas:

a).- La prostitución de niños y adolescentes.

b).- La esclavitud y el estado servil en todas sus variantes, desde los muertos vivos de los barcos de bandera de conveniencia que relata B. Traven, y el empleo en las labores agrícolas a menores, de extrema peligrosidad, hasta la carne de cañón.

cl.- La utilización del cuerpo de la víctima como reservorio de órganos sanos para su venta sobre pedido con urgencia. Ya los periódicos han dado cuenta amplísima de esta manera de disponer de los menores, pero también podrían ser utilizados para experimentar en vivo todo género de invenciones, descubrimientos y de procedimientos, sin descontar la posibilidad de la utilización del cuerpo de adolescentes femeninas para continuar el desarrollo de un embrión humano, fecundado 'in vitro', o para fines similares.

Por otro lado y considerando -por una parte- los ideales expuestos y -por otra- las conductas que integran el tráfico de menores, se destacan con toda claridad los bienes que son vulnerados por esas últimas en contra de los menores que son sus víctimas y que ya hemos venido exponiendo en páginas anteriores y que ahora vamos a examinar de manera sistemática:

A los infantes que no han llegado al conocimiento diferenciado de sí mismos y de la sociedad inmediata que los rodea, se les priva de su identidad, de su nombre familiar o apellidos que les corresponda y de su filiación en todos sus aspectos y en todas sus consecuencias. El registro apócrifo del menor cuando es un infante, origina la desaparición de personalidad. Como queda antes expuesto, en el artículo 8o. del Proyecto de Convención sobre Derechos del Niño, ya que se establece con toda claridad el derecho fundamental del niño a esos tres elementos que crean su personalidad, pero

falta aun que en el nivel legislativo nacional quede explícitamente concedido y tutelado tal derecho.

Por otra parte, a los niños preadolescentes y adolescentes se les priva del acceso a una educación equilibrada y del tipo promedio y de la vida en relación con la sociedad, controlada por el Estado.

Desde luego, en ambos casos se desemboca en la comerciabilidad de los niños y adolescentes, lo que implica la vulneración de su dignidad y de su libertad en todas las formas. En estos casos se vulnera su derecho a la vida y a la integridad corporal.

Además es claro que debe revisarse toda la legislación que tenga relación con los anteriores aspectos y derechos, así como también resulta necesario atender los aspectos jurídicos de los siguientes temas:

a).- La regulación y control efectivo de las instituciones privadas de beneficencia.

b).- La disposición legal de necesaria intervención de la institución de protección al menor, en los casos de adopción y de permisos judiciales de viaje al extranjero, sin que baste el consentimiento de un director o encargado de institución de beneficencia o un poder notarial otorgado por quien se dice madre del menor.

c).- La revisión de las disposiciones legales sobre adopción para convertir la adopción de infantes para efectos internacionales en adopción plena y para requerir que la comprobación de idoneidad de los adoptantes consiste en un análisis psicológico, social, cultural y económico, emitido oficialmente o por institución de prestigio.

d).- La revisión de las adopciones legales en materia de permisos de viaje, para exigir la comprobación eficaz del motivo del viaje, su destino y duración, y la exigencia de comprobación del retorno oportuno.

e).- La revisión de los sistemas procesales para establecer la competencia exclusiva del juez del domicilio del menor y para adoptar los requisitos antes indicados.

Por otro lado, es sorprendente la limitación de legislación mexicana sobre la materia y por consecuencia la limitación del derecho convencional sobre el tráfico de menores, así como del derecho positivo, específicamente aplicable.

Sin embargo, nuestro país es miembro o parte de las siguientes convenciones que guardan cercanía al tema:

Convención Internacional para la Supresión de la Trata de Mujeres y Menores, Ginebra, 1921, Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1936.

Convención Relativa a la Esclavitud, Ginebra, 1926, publicada en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1935.

Convención Internacional Relativa a la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, Ginebra, 1933, publicada en el Diario Oficial el 21 de junio de 1938.

Protocolo que Modifica el Convenio para la Represión para la Trata de Mujeres y Niños, concluido en Ginebra el 30 de septiembre de 1931 y el Convenio para la Represión de la Trata de Mujeres Mayores de Edad, concluido en la misma ciudad el 11 de octubre de 1933, Lake Success, Nueva York, 1947, publicado en el Diario Oficial el 19 de octubre de 1949.

Convenio Sobre la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena. Lake Success, Nueva York, 1950, publicado en el Diario Oficial el 19 de junio de 1956.

Como puede observarse, nada de esto se refiere al tráfico de menores en forma específica; tal parecería que esta materia ha sufrido un olvido o descuido totalmente inexplicable. Es la materia que algún otro ya ha de haber estudiado y que debiera haber estado contemplada y regulada por el derecho nacional hace mucho tiempo. Al fin y al cabo resulta que nadie y que ninguna ley conoce este problema en forma directa.

El artículo 366 bis del Código Penal del Distrito Federal, alcanza una concepción semicompleta de lo que viene a ser el tráfico de menores, en los siguientes términos:

Art. 366 bis.- Al que con el consentimiento de un ascendiente ejerza la patria potestad o de quien tenga a su cargo la custodia de un menor, aunque ésta no haya sido declarada, ilegítimamente lo entregue a un tercero para su custodia definitiva, a cambio de un beneficio económico, se le aplicará pena de prisión de dos a nueve años y de doscientos a quinientos días de multa".

La misma pena a que se refiere al párrafo anterior se aplicará a los que otorguen el consentimiento a que alude este numeral y al tercero que reciba al menor.

Si la entrega definitiva del menor se hace sin la finalidad de obtener un beneficio económico, la pena aplicable al que lo entrega será de uno a tres años de prisión.

Si se acredita que quien recibió al menor lo hizo para incorporarlo a su núcleo familiar y otorgarle los beneficios propios de tal incorporación, la pena se reducirá hasta la cuarta parte de la prevista en el párrafo anterior.

Cuando en la comisión del delito no exista el consentimiento a que se refiere el párrafo inicial, la pena se aumentará hasta el doble de la prevista en aquél.

Además de las sanciones señaladas, se privará de los derechos de patria potestad, tutela o custodia, en su caso, a quienes teniendo el ejercicio de éstos, cometan el delito al que se refiere el presente artículo".

En cambio la legislación civil no conoce el problema más que a través de disposiciones aisladas como las siguientes:

"Art. 1825.- La cosa objeto del contrato debe:
1o.- Existir en la naturaleza; 2o.- Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;
3o.- Estar en el comercio.

Art. 1827.- El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser: 1o.- Posible y 2o. Lícito.

Art. 1830.- Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Art. 1831.- El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser

contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres".

Esta materia queda sancionada con la nulidad absoluta del acuerdo con lo dispuesto por el artículo 80. del Código Civil que establece:

Art. 80.- Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de intereses públicos serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

El régimen de la adopción en nuestra actual legislación sigue el régimen de adopción simple y en el articulado correspondiente no se contempla de ninguna manera el problema de la adopción para efectos internacionales, por lo cual resulta evidente que no existe disposición alguna que analice y regule este aspecto vital.

El sistema procesal de la adopción en el Código adjetivo del Distrito Federal no es menos pobre.

Las disposiciones del Código Civil han previsto desde hace mucho tiempo que el acta de nacimiento debe levantarse con inmediatez al nacimiento e inclusive prevén graves obligaciones a la institución, al médico, a la partera práctica, que intervengan en el nacimiento, a obtener con inmediata precisión la inscripción del nacimiento en el Registro Civil. La disposición general es un tanto imprecisa y además no se encuentra respaldada por

disposiciones administrativas que lleven a cabo los ideales precisados. De todos modos no se ha llevado a plena realización y nos encontramos ante el vacío de una disposición legal eficaz que produzca una solución al problema que por ahora nos planteamos.

Estas disposiciones no han alcanzado en México un adecuado nivel de cumplimiento y no se alcanza el objetivo de la inmediatez entre el nacimiento y el registro que también aseguraría que cada niño tuviera asegurada su propia identidad, el nombre familiar que le corresponde y su propia filiación.

De hecho es usual que los niños sean registrados y bautizados varios meses después de ocurrido su nacimiento para dar lugar a un festejo invirtiendo así el sentido natural de las cosas; puesto que es más importante el asegurar la identidad, el nombre y la filiación que arraigadas costumbres que en condiciones normales aseguran al niño la pertenencia a un núcleo familiar que lo circunda y lo protege. El problema se presenta cuando el niño es privado de su entorno familiar por una madre que se avergüenza de haberlo concebido o por una casa de maternidad que cubre los errores, la concupiscencia, la pobreza o la necesidad a cambio del despojo de la identidad y de la filiación.

Como se aprecia de la investigación, si bien es cierto que a través de la historia de la humanidad se han instituido figuras jurídicas a fin de proteger al menor, no

es menos cierto que en la actualidad, la legislación tendiente a ese objetivo ha quedado obsoleta en virtud del tráfico internacional de menores.

Si sabemos que los niños son el futuro de cualquier país, se debe legislar con gran rigor el tráfico internacional de menores puesto que, por las características particulares de los mismos, son presa fácil de personas que no teniendo entrañas ni conciencia, se prestan a realizar esta repugnante actividad.

Mientras que en los foros se siga discutiendo la problemática del tráfico internacional de menores y no se den soluciones pragmáticas al problema, todos y cada uno de los habitantes de nuestro país, debemos ser conscientes de esta actividad aberrante, y en el momento mismo de que tengamos conocimiento del hecho, debemos denunciarlo a las autoridades competentes para que tomen cartas en el asunto.

Sin embargo, es preciso que se legisle respecto al tráfico internacional de menores en materia penal, tipificando dicha conducta con todo el rigor de la ley, a fin de que quienes practican esta actividad, lo piensen un poco ya que, si las penas que se otorguen son severas, podrá atemorizarse -aunque sea un poco-, a los individuos que se prestan para el tráfico internacional de menores, mientras que se logra obtener una solución más eficaz y radical, que ponga fin a situación tan triste y lamentable.

BIBLIOGRAFIA

- 1).- ALVAREZ VIGNOLI DE DEMICHELLI, Sofia, La Legitimación adoptiva de niños, Revista de la Facultad de Derecho, Tomo III, 1952, Montevideo.
- 2).- ADARCA LANDERO, Ricardo, Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Universidad Autónoma Metropolitana, 1992, México.
- 3).- BLOCH, Ernst, Derecho Natural y Dignidad Humana, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, Madrid.
- 4).- BOCKLE, Franz, El Derecho Natural, Editorial Herder, 1971, Barcelona.
- 5).- BRUNNER, A., Historia del Derecho Germánico, 8a. ed., Editorial Labor, S.A., Traducc. de Alvarez López, 1936, Madrid.
- 6).- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, 8a. ed., Editorial Heliasta, S.R.L., Tomos I, II, III y IV, Buenos Aires.
- 7).- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho Penal Mexicano, 9a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1970, México.

8).- CARBONNIER, Jean, Derecho Civil, Casa Editorial Bosch, Tomo I, Volumen II, 1961, Barcelona.

9).- COULANGES, Fustel de, La Ciudad Antigua: Estudio sobre el culto, el derecho y las instituciones en Grecia y Roma, 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1983, México.

10).- CUELLO CALON, Eugenio, La Moderna Penología: Represión del Delito y Tratamiento de los delincuentes. Penas y Medidas, Editorial Bosch, S.A., 1958, Barcelona.

11).- DE DIEGO Y ESCOBAR, L., Estudios de Derecho Civil, Bosch, Casa Editorial, S.A. Tomo VII, 1927, Barcelona.

12).- FERNANDEZ CLERIGO, G., El Derecho de Familia Comparado, Editorial Porrúa, S.A., 1947, México.

13).- GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, 0a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1987, México.

14).- GATTI, Hugo E., La legitimación adoptiva. Estudios sobre Derecho de Familia, Centro de Estudiantes de Derecho, 1964, Montevideo.

- 15).- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano: Los Delitos, 23a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1990, México.
- 16).- JIMENEZ DE ASUA, Luis y CARSI ZACARES, Francisco, Códigos Penales Iberoamericanos, Editorial Andrés Bello, 1946, Caracas.
- 17).- JIMENEZ HUERTA, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., 1972, México.
- 18).- JOSSEERAND, Louis, Derecho Civil, Editorial Bosch y Cía, Tomo I, Volumen II, 1950, Buenos Aires.
- 19).- LARRINAGA CASTILLO, Ignacio, El robo del infante, Escuela Nacional de Jurisprudencia, Seminario de Derecho Penal, 1966, México.
- 20).- LE BALLE, Robert, La legitimación adoptiva en el Derecho Comparado Franco-Belga-Uruguayo, Jornadas de Derecho Comparado realizadas en 1954 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, Imprenta Florensa y Lofón, 1961, Montevideo.
- 21).- LOPEZ DEL CARRILL, Julio, J., Patria Potestad, Tutela y Curatela, Ediciones Depalma, 1993, Buenos Aires.

- 22).- LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., Revista de la Universidad de Buenos Aires, diciembre de 1980.
- 23).- MARGADANT S., Guillermo F., Derecho Romano, 10a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1992, México.
- 24).- MARTINEZ, Victor H., La tutela en el Derecho Civil Argentina, Ediciones Depalma, S.A., 1990, Buenos Aires.
- 25).- MAZEAUD, Henri y LEON ET JEAN, Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Parte I, Volumen III, 1959, Buenos Aires.
- 26).- MORENO, Antonio de P., Derecho Penal Mexicano. De los Delitos en particular, 2a. ed., Editorial Porrúa, S.A., Tomo I, 1968, México.
- 27).- PEREZ Y CASTAN, R., Notas de Derecho Civil de Enneccerus, Bosch, Casa Editorial, S.A., Tomo IV, Volumen II, 1960, Barcelona.
- 28).- PETIT, Eugene, Derecho Romano, 4a. ed., Editorial Porrúa, S.A., 1988, México.
- 29).- PEIDRO y RODRIGUEZ-ARIAS, Hacia una concepción comunitaria del Derecho, Revista de la Facultad de Derecho, 1949, Madrid.

30).- PUMIPIM, Guillermo, Ley sobre Legitimación Adoptiva. Problemas y dudas. Artículo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LXIV, Primera Parte, 1970, Santiago de Chile.

31).- REYNAUD, Pierre, La evolución de la noción de legitimación, en estudios en Honor de G. Ripert, Librería General de Derecho y Jurisprudencia, Tomo I, 1950, París.

32).- RODRIGUEZ, L. y ARIAS BUSTAMANTE, La tutela, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1954, Barcelona. +++

33).- ROMMEN, Enrique, Derecho Natural, Historia-Doctrinal, Editorial Jus, S.A., Traducc. al español de Héctor González Uribe, 1950, México.

34).- SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios de Derecho Civil: Derecho de Familia, 2a. ed., Editorial Civitas, S.A., Tomo VI, Volumen III, 1912, Madrid.

35).- SANCHEZ ROMAN, Felipe, Derecho Civil Español, Editorial Civitas, S.A., Tomo V, Volumen II, Madrid.

36).- SAVATIER, M., Curso de Derecho Civil, 2a. ed., Editorial Bosch y Cia, Tomo I, Buenos Aires, 1947.

37).- VALLE PONCE, Sergio, De la legitimación adoptiva en nuestra legislación positiva (antecedentes y análisis de la Ley No. 16.346), Editorial Jurídica de Chile, 1970, Santiago de Chile.

38).- VALVERDE VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, 4a. ed., Editorial Valladolid, Tomo IV, Parte Especial: Derecho de Familia, 1938, Valladolid.

39).- VAZ FERREIRA, Eduardo, La legitimación adoptiva, Jornadas de Derecho Comparado realizadas en 1954 en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo, Imprenta Florensa y Lofón, 1961, Montevideo.

40).- VELIOUNSKY R., La legitimación adoptiva, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1952.

41).- VICUÑA FUENTES, Carlos, La Familia en la Civilización Occidental, Imprenta Renacimiento, 1914, Santiago de Chile.

LEGISLACION:

I. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

II. LEY FEDERAL DEL TRABAJO.

III. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.