



Universidad Nacional Autónoma de México

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
A R A G O N

LA CUSTODIA DE LOS MENORES

T E S I S

Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO

presenta

SONIA GONZALEZ CONCHA

Asesor: LIC. JORGE ARANDA NAVARRO

San Juan de Aragón, Edo. de México

1983



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.

Der-341

Universidad Nacional Autónoma de México



Escuela Nacional de Estudios Profesionales
A R A G A

LA CUSTODIA DE LOS RENOVES

2 1 2 3 7

Los datos obtenidos en virtud de
este procedimiento son confidenciales

SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA

SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA

SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA

A MIS PADRES
ROBERTO GONZÁLEZ M. Y AMELIA CONCHA DE G.
CUYA EXPERIENCIA, COMPRENSIÓN Y
APOYO ME PERMITIRON SUPERAR LOS
MOMENTOS DE FLAQUEZA Y LOGRARON
MI REALIZACIÓN PROFESIONAL.

GRACIAS

A MI ESPOSO
FERNANDO OSNAYA GALLARDO
CON PROFUNDO AGRADECIMIENTO POR
LAS MUESTRAS DE AMOR, APOYO Y
COMPRENSIÓN QUE SIEMPRE ME HA
BRINDADO.

A MIS HIJAS
ASSIYADETH PENELOPE Y SONIA IVETTE
POR SU INGENUIDAD, PACIENCIA, INOCENCIA
Y TERNURA.

A MI HERMANA
PATY
POR EL EJEMPLO, LA AMISTAD Y LA
AYUDA QUE SIEMPRE ME HA MOSTRADO.

A MIS HERMANOS
MELLOS, LUCERO, TÑO Y BETO
DE QUIENES HE RECIBIDO ENSEÑANZAS,
COOPERACIÓN Y AMISTAD.

AL LIC. JORGE ARANDA NAVARRO
MI AGRADECIMIENTO POR LA AYUDA,
COMPRENSIÓN, APOYO Y ASESORÍA
BRINDADA, HACIENDO POSIBLE LA
REALIZACIÓN DE ESTA TESIS.

AL LIC. SERGIO ROSAS ROMERO
POR LAS MUESTRAS DE AYUDA Y
AMISTAD.

AL LIC. ADOLFO ALVAREZ CORONA
POR QUE EN LOS MOMENTOS DIFÍCILES
DE MI VIDA, ME AYUDÓ A SUPERARLOS.

AL LIC. GUMESINDO PADILLA
POR SU ASESORÍA EN EL DESARROLLO DEL
TEMA CORRESPONDIENTE AL DERECHO
ROMANO.

I N D I C E

| | PAG. |
|---|------|
| INTRODUCCION | 1 |
| 1. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD, TUTELA Y SUS EFECTOS | 3 |
| 1.1 R O M A | 3 |
| 1.1.1. Patria Potestad. Concepto..... | 7 |
| 1.1.2. Situación Jurídica del Hijo de Familia..... | 12 |
| 1.1.3. Extinción de la Patria Potestad..... | 13 |
| 1.1.4. Concepto de Tutela..... | 16 |
| 1.1.5. Tutela Testamentaria..... | 20 |
| 1.1.6. Tutela Legítima..... | 21 |
| 1.1.7. Tutela Dativa..... | 23 |
| 1.1.8. Tutela Mulierum..... | 25 |
| 1.1.9. Responsabilidad del Tutor..... | 26 |
| 1.1.10. Cese y Extinción de la Tutela..... | 27 |
| 1.2 F R A N C I A | 28 |
| 1.2.1. Ley del 14 de diciembre de 1964..... | 34 |
| 1.3 M É X I C O | 37 |
| 1.3.1. Filiación..... | 37 |
| 1.3.2. Patria Potestad..... | 39 |
| 1.3.3. Tutela..... | 43 |
| 2. LA FILIACION Y SUS EFECTOS EN RELACION A LA CUSTODIA DE LOS MENORES EN MEXICO | 47 |
| 2.1 HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO | 47 |
| 2.2. HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO | 58 |
| 2.3 EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO | 68 |

| | | |
|----------------|--|-----|
| 2.3.1. | La legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer divorciada o simplemente separada de su marido..... | 68 |
| 2.3.2. | Efectos en cuanto a la Patria Potestad..... | 73 |
| 2.3.3. | Obligación de dar alimentos..... | 75 |
| 3. | LA CUSTODIA DE LOS EXPOSITOS Y DE LOS NIÑOS MALTRATADOS.. | 77 |
| 3.1 | DE LOS EXPÓSITOS Y NIÑOS ABANDONADOS..... | 77 |
| 3.1.1. | Niños maltratados..... | 84 |
| Cuadro No. 1. | Relación del niño agredido con el - - agresor..... | 85 |
| Cuadro No. 2. | Edad y sexo de los agresores..... | 86 |
| Cuadro No. 3. | Residencia habitual del niño agredido | 86 |
| Cuadro No. 4. | Causas principales de la agresión.... | 88 |
| Cuadro No. 5. | Número de cuartos por vivienda..... | 88 |
| Cuadro No. 6. | Número de hermanos del niño agredido. | 89 |
| Cuadro No. 7. | Condición de actividad del agresor... | 89 |
| Cuadro No. 8. | Tipo de lesiones que no causaron la - muerte..... | 91 |
| Cuadro No. 9. | Tipo de lesiones que causaron la muer te..... | 92 |
| Cuadro No. 10. | Edad y sexo de los niños agredidos... | 92 |
| Cuadro No. 11. | Localización del niño agredido..... | 95 |
| Cuadro No. 12. | Quién denunció el caso. | 96 |
| Cuadro No. 13. | Mortalidad de los niños agredidos.... | 96 |
| 3.2 | CUSTODIA DEL EXPÓSITO POR MEDIO DE PARTICULARES..... | 97 |
| 3.3 | EL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE AL PROBLEMA DEL NIÑO — MALTRATADO..... | 99 |
| 4. | INSTITUCIONES FEDERALES QUE REALIZAN CUSTODIA DE MENORES. | 105 |
| 4.1 | POLÍTICAS LEGALES DEL D.I.F. | 106 |
| 4.2 | POLÍTICAS INSTITUCIONALES DEL D.I.F..... | 108 |
| 4.3 | INSTITUTO NACIONAL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA E - - INSTITUTO MEXICANO DE ASISTENCIA A LA NIÑEZ..... | 111 |

| | | |
|-----|---|-----|
| 4.4 | DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA..... | 114 |
| | Cuadro A. Diagrama secuencial o ruta del niño abandonado..... | 117 |
| | Cuadro B. Dinámica interna de la Casa Cuna de Coyocacán..... | 118 |
| | Cuadro C. El niño como Centro de Asistencia Integral..... | 118 |
| | Cuadro D. Rehabilitación del niño..... | 120 |
| 5. | CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... | 124 |
| 6. | BIBLIOGRAFIA..... | 127 |

I N T R O D U C C I O N

Al comenzar la realización de esta tesis, mi principal inquietud fue la Custodia de Menores enfocado a los niños maltratados y abandonados, problemática social que se repite desde tiempos muy remotos, - así Aristóteles decía "un hijo o un esclavo son propiedad y nada de lo que se hace con la propiedad es injusto"; en Roma y muchos otros países de la antigüedad, el padre podía vender o matar a su hijo.

Ante las situaciones que provoca el abandono y el maltrato de -- los niños, no es válido refugiarse en simples actitudes condenatorias que no son más que un medio de evasión, es necesario participar activamente en la lucha contra estas conductas, es necesario actuar y no sólo reflexionar; como indicaba Rousseau "vamos a dejar de pensar me nos en las obligaciones de los niños y más en sus derechos".

Las relaciones afectivas de la infancia, condicionarán la vida - amorosa del adulto, de esto se desprende que los padres tienen una -- responsabilidad profunda, el niño espera de su madre fundamentalmente amor, aunque no desprovisto de toda autoridad y de su padre, autori-- dad que de ningún modo puede estar vacía de un amor profundo.

El acontecimiento que hizo reflexionar a la humanidad sobre el - problema del niño maltratado, fué el referente a Mary Ellen (1874), -

niña de cuatro años de edad que constantemente era golpeada y maltrata da por sus padres, motivo por el cual sus vecinos decidieron llevar el caso ante los tribunales, sin embargo, los padres no recibieron -- ningún castigo, debido a que en esa época el abuso o maltrato a los - niños no era considerado como un acto delictuoso; a consecuencia de - lo anterior se presentó el caso ante la Corte, pero esta vez apoyado- por la "sociedad protectora de animales", considerando irónicamente - que la niña supuestamente pertenecía a esta escala zoológica, los ar- gumentos se consideraron válidos y los agresores recibieron su casti- go.

Es necesario concientizar a todos los individuos sobre el proble_ ma del "síndrome del niño maltratado", del abandono y del expuesto, - obteniendo con esta medida la prevención de estos problemas y por lo tanto su disminución; en dado caso que se presente esta situación es conveniente llevar a cabo las medidas de rehabilitación más apropia-- das para el caso concreto, tanto para el agredido como para el o los agresores.

1. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD, TUTELA Y SUS EFECTOS

1.1 ROMA.

La familia en Roma está compuesta por el conjunto de personas que integran la domus y que se encuentran bajo la potestad del pater familias.

La familia es definida por Ulpiano en D.50,16,195,2 como: "IURE - PROPIO FAMILIAM DICIMUS PLURES PERSONAS, QVAE SUNT SUB UNIOS POTESTATE AUT NATURA AUT IURE SUBIECTAE". (Conjunto de personas que están bajo una misma potestad, sujetas a ellas por nacimiento o por un acto de de recho).

El principio de la familia romana no se halla en la generación exclusivamente, ni en el afecto natural, esto lo demuestra, por ejemplo el hecho de que la hermana no es en la familia lo que el hermano, que el hijo emancipado o la hija casada cesan completamente de formar parte de ella; el derecho romano no toma en cuenta el afecto natural, aun que puede existir en el fondo de los corazones, nada representa en el derecho.

"Lo que une a los miembros de la familia romana es algo más poderoso que el nacimiento, que el sentimiento, que la fuerza física: es la religión del hogar y de los antepasados. La familia es una aso-

ciación religiosa más que una asociación natural". (1) A consecuencia de lo anterior la mujer no formará parte de la familia hasta que se ha lla llevado a cabo la ceremonia sagrada del casamiento, iniciándola en el culto familiar, el hijo tampoco figurará si ha renunciado al culto o se ha emancipado; mientras que el adoptado será en cambio un verdadero hijo, que no posee el vínculo de sangre pero tiene algo mejor, la - comunidad del culto. Sin duda, la religión no ha creado a la familia, pero seguramente es ella quien le ha dado sus reglas.

Los romanos se gloriaban de ser el pueblo más religioso del mundo - y así Cicerón decía: "Si nos comparamos con los demás pueblos, resul - tamos iguales o inferiores en diversos terrenos, excepto en el de la - religión, que significa el culto de los dioses, en que les somos supe - riores y en mucho". (2)

La familia romana se constituye mediante el matrimonio, por la - unión de hombre y mujer en una comunidad permanente de vida; pero no - es suficiente una unión sexual cualquiera, sino que se necesita un ma - trimonio legítimo, que sea monogámico, además entre personas capaces - para contraerlo y celebrado en la debida forma.

En cuanto a la celebración del matrimonio, el rapto de la mujer se - ría sin duda el punto de partida entre los romanos. En la compra de -

(1) Fustel de Coulanges, Numa. La Ciudad Antigua. Tr. Martin A. Carlos. Barcelona, España, Ed. Gráficas Diamante. p.54

(2) Guillen, José. Vida y Costumbre de los Romanos. URSB Roma. Religión y Ejército. Ed. Sigüeme, Salamanca. Tomo III. 1980. p.17.

la novia, se presenta una modificación al antiguo matrimonio por raptó y el matrimonio por usus es quizá el residuo de un estadio de evolución más arcaico aún. La compra de la mujer, llamada coemptio, era una venta real de la novia hecha al novio por el padre o el tutor.

Muy antigua, aunque desde luego más reciente que la coemptio, es también la confarreatio, "celebración del matrimonio en forma de ofrenda de un pan de escanda a Júpiter, con ciertas palabras sacramentales como eran VERBA CERTA ET SOLLEMNIA, ante diez testigos como representantes de las diez curias y ante el pontifex maximus y el flamen Dialis". (3) El matrimonio así constituido sujetaba a la mujer al poder del marido, y este poder al que se halla sometida se denomina manus.

En Roma el matrimonio no es considerado como una relación jurídica, sino como un hecho social, de tal manera los principios referentes a la celebración, disolución y protección del matrimonio están en el campo de la ética y no como una regulación propiamente jurídica.

"El matrimonio según el ius civile, supone que los cónyuges son -- ciudadanos romanos, o por lo menos que lo es el hombre, el cual habrá de poseer el conubium (capacidad jurídica, o sea, ser libre y ciudadano) con la mujer con quien contrae matrimonio. Sólo los hijos procreados en estos matrimonios son ciudadanos romanos y están sometidos a la patria potestas del padre, adquiriendo la condición de sui heredes --

(3) Von Mayr, Robert. Historia del Derecho Romano. Tr. Roces Wenceslao. Barcelona. Ed. Labor, S.A. 1926, tomo I, p.146.

cuando el padre muere". (4)

Los padres familias son sujetos plenos en el derecho privado, "sui iuris", mientras que los sometidos a él, "alieni iuris", carecen de esa personalidad. La mujer casada ocupa una posición digna dentro de la casa, pero no tiene potestad, aunque, si no sigue bajo la potestad de su padre, ni ha entrado bajo la manus de su marido, es sui iuris.

Como todos los poderes domésticos romanos, el poder marital del pater familia es un poder pleno. Comprende el ius vitae necisque y el derecho de castigar a la mujer.

El matrimonio romano del que nos habla Gayo en 1,55 establece: - - Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreauimus, quod ius proprium civium romanorum est, idque dini Hadriani edito, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo ciuitatem romanam petebant, significatur, nec me galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse. (También están en nuestra potestad - - nuestros hijos, los habidos en legítimo matrimonio. Derecho este que es particular de los ciudadanos romanos, y así se dice en un edicto -- que dió Adriano sobre aquellos que le pedían para sí y sus hijos la -- ciudadanía romana. No me olvido, sin embargo, que los gálatas creen - que los hijos están en potestad de los padres).

De lo anterior escrito se desprende que el matrimonio romano como

(4) Kaser, *Mar. Derecho Romano Privado*. Tr. Santa Cruz, José.-Madrid, España. Instituto Editorial Rens, S.A., 1968. p. 257.

hecho social, produce dos efectos:

1. La mujer recibía el honor matrimonii y con él el reconocimiento de su posición social, y.
2. Los hijos nacidos del matrimonio eran considerados descendientes legítimos, aptos para perpetuar la familia.

1.1.1. PATRIA POTESTAD, CONCEPTO.

Berger en su excelente diccionario dice que la patria potestad es "el poder de la cabeza de una familia sobre sus miembros: sus hijos, - naturales y adoptivos, su esposa, y si el matrimonio fue combinado con una conventio in manu, las esposas de aquellos hijos que permanecen bajo el poder del pater familia". (5)

La patria potestas surge cuando el hijo es concebido en iustum matrimonium, o bien, cuando el padre e hijos están sujetos al ordenamiento jurídico romano, en cuanto a lo primero el hijo debe de nacer durante el séptimo mes siguiente a la celebración del matrimonio o durante el décimo mes siguiente a la disolución del mismo. Con lo que respecta al padre e hijos que están sujetos al ordenamiento jurídico romano, los padres deben ser ambos ciudadanos romanos o debe ser el padre ciudadano romano y tener el conubium con la madre y además el matrimonio debe ser civilmente válido.

(5) Berger, Adolf. Encyclopedy Dictionary of Roman Law. p.621.

En Instituciones 9,2 se menciona: *Jus autem potestatis, quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum; nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem quam nos habemus.* (La patria potestad que tenemos sobre nuestros hijos es una institución peculiar de los romanos, ya que los demás no tienen sobre sus descendientes un poder igual al que nosotros tenemos).

Algunos autores como Max Kaser y Alvaro D'ors manifiestan que la patria potestad se adquiere también mediante la adopción, la cual consiste: "en la incorporación de una persona extraña dentro de la familia agnaticia del adoptante, en posición de hijo o de descendiente de ulterior grado; el adoptado rompe en todo caso su agnación con la familia de origen sufriendo así una *capitis diminutio* y entra plenamente en la familia adoptiva".

Siendo la adopción un acto jurídico por virtud del cual un extraño ingresa como *filius* en una familia, es necesario conocer si el adoptado es *sui iuris*, o bien, *alieni iuris*, puesto que la adopción se presenta en dos formas: *adoptio* y *adrogatio*, en la primera el adoptado es *alieni iuris* y en la segunda es *sui iuris* e implica la absorción de una familia por otra, por lo tanto el adrogado y su familia, entrarán bajo la potestas de un nuevo pater familia.

La adopción generalmente se presenta en calidad de hijo, sin embargo en las Instituciones 1,11,5, se menciona: *licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, neptis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat.* (Se puede adoptar a una persona en ca

lidad de nieto o nieta, biznieto o biznieta y grados ulteriores, aún - sin tener hijos el adoptante). Al presentarse la adopción en calidad de nieto se requiere el consentimiento del hijo propio bajo cuya potestad va a quedar el adoptado a la muerte del adoptante. Más adelante - en Instituciones 1,11,7 se establece: Sed si qui nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet; eo casu et filius consentire debet, - ne ei invito suus heres agnascatur; sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non es necesse filium consentire. (Mas si se adopta un nieto, suponiéndolo habido de un hijo ya adoptado, o de un hijo natural que se tiene bajo su potestad, en este caso debe también consentir en la adopción este hijo, para que dicha adopción no le dé contra su voluntad un heredero suyo; más por el contrario, si el -- abuelo da en adopción a su nieto, no necesita el consentimiento de su hijo).

Originalmente la patria potestas era ilimitada pero gradualmente - se convirtió en un poder de interés para las personas que se encontraban sujetas a ella y fue concebida incluyendo deberes de protección, - mantenimiento y de asistencia o ayuda.

En Instituciones 1,9 pr se manifiesta: In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex justis nuptis procreavimus. (Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, a quienes procreamos en justas nupcias) y más adelante en 1,9,3. Qui igitur ex te et uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo et uxore ejus nascitur, id -

est nepos tuus et neptis, aequae in tua sunt potestate; et pronepos, - et proneptis, et deinceps caeteri. Qui autem ex filia tua nascitur, - in potestate tua non est, sed in patris ejus. (Así, pues, el que nace de tí y de tu esposa se halla bajo tu potestad. También el que nace de tu hijo y de su esposa, es decir, tu nieto o tu nieta, y de la misma manera tu biznieto o biznieta, y así los demás. Más el que nace de tu hija no se halla bajo tu potestad, sino bajo la de su propio padre).

De lo anterior se desprende cuáles son las personas que componen - la familia agnaticia, es decir, los parientes que se unen por línea -- masculina, o bien, todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo pater familias, o que se encontrarían, si éste no hubiese fallecido. En cuanto al parentesco cognaticio se funda en los vínculos de sangre y no en la patria potestad.

Algunos autores entre ellos Max Kaser manifiestan que existen ciertas atribuciones o facultades en la patria potestad, siendo éstas: "el ius vitae necisque, el enajenar al hijo y la venta del recién nacido". En cuanto al derecho de vida y muerte, constituye el más alto exponente del poder de coerción del padre. Adriano castiga con la deportatio in insulam al pater que mata al hijo. Hacia fines del II siglo de la era Cristiana, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección, en efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen a la pena de muerte, no podía hacerlo por sí solo, tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia. Bajo Constantino fué abolido este derecho y la muerte -

de un hijo y de otros parientes cercanos constituye un delito de homicidio cualificado y castigado con la pena de muerte. Ya en el derecho de Justineano solo era una reminiscencia histórica.

El pater familias puede enajenar al hijo. No se sabe con certeza cuáles eran los motivos que conducían al pater familias a la venta de su hijo, sin embargo, hay autores que mencionan que era debido a la -- cuestión económica puesto que el comprador se obligaba a mantenerlo, -- además de haber pagado un precio efectivo en dinero. Era frecuente el pacto de que el padre pueda readquirir al hijo.

En las Instituciones de Gayo 1,132 se establece: Si pater ter filium uenum duit, a patre filius liber esto. (Si un padre vende tres veces al hijo, el hijo quedará libre del padre). Esto es, se extingue su poder paterno sobre su hijo definitivamente, sin que reviva cuando el hijo es manumitido; en el derecho de Justineano "vender a un hijo -- se admitía en caso de extrema pobreza de los padres, pero el niño podía redimirse y convertirse en libre pagando al comprador el precio -- que una vez le habían pagado a su padre". (6)

Con lo que respecta a la venta real del recién nacido, ésta es frecuente durante la crisis económica del siglo IV d. de C., y tolerada -- por Constantino para evitar la exposición de los hijos. El padre tiene la facultad, mediante el pago de una suma de dinero o la transmisión de un esclavo, de redimir al hijo vendido.

(6) Berger, Adolf. Ob. Cit. p.621.

1.1.2 SITUACIÓN JURÍDICA DEL HIJO DE FAMILIA

En cuanto a su persona el hijo de familia, es jurídicamente libre, puede contraer válido matrimonio y tener hijos legítimos, sin embargo, no tiene "capacidad jurídica" con lo que respecta al patrimonio, y esto se debe a que sólo las personas sui iuris pueden ser propietarias de un patrimonio y tener en nombre propio relaciones patrimoniales. El patrimonio familiar pertenece al pater familias, pero pudo considerarse en tiempos primitivos titular de los derechos patrimoniales a la comunidad familiar, esto es, el conjunto de los miembros libres de la misma. Con ello era compatible que el ejercicio de tales derechos, se reservase al pater familias, sin embargo, en la medida en que los hijos son capaces de hacer declaraciones válidas, es decir, que tienen capacidad de obrar, pueden actuar en los negocios, en provecho siempre de sus padres, pues todo lo que adquieran entrará al patrimonio paterno.

El pater familias suele entregar a sus hijos un peculium, esto es, "una porción de bienes que continúa siendo propiedad del pater familias, pero que administra el filius familias. De la renta de estos bienes suele disponer el hijo". (7)

El pater familias podía en cualquier momento, retirar el peculio (adimere peculium) como suyo, pero frecuentemente este peculio se reservaba en el testamento, además tanto la costumbre como los usos sociales, desaprobaban la revocación que se hiciera en forma caprichosa.

(7) Kaser, Max. Ob. Cit. p. 279

Desde fines de la República, los hijos de familia podían disponer libremente de los bienes que adquirieron con ocasión del servicio de las armas, denominado peculio castrense, a consecuencia de éste se empieza a reconocer cierta capacidad patrimonial a los hijos de familia. "Se admitió que el hijo podía intervenir independientemente de su padre en las acciones relativas al peculio castrense, y aún llegó a admitir la Jurisprudencia que el hijo de familia, de manera general, se podía obligar civilmente y responder de sus deudas con este peculio"- (8). Sin embargo, la plena capacidad patrimonial del hijo de familia, ni siquiera en tiempos tardíos fué reconocida.

1.1.3 EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Existen diversas situaciones para que se extinga la patria potestad, entre los casos en que la ruptura no determina el ingreso en una nueva familia, sino la constitución de la persona en cabeza independiente son:

1. La muerte de la cabeza de familia, a este respecto en Instituciones de Gayo 1, 127 se establece: *Nam mortuo patre sane omni modo filii filiaeque sui iuris efficiuntur; mortuo vero avo non omni modo nepotes neptesque sui iuris fiunt, sed ita si post mortem aui in pa*

(8) D'ors, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano. Pamplona, España. Ed. Universidad de Navarra, S.A., 2 ed. 1975, p. 133-134.

tris sui postestatem recasuri nom sunt. Itaque si moriente auo pater eorum et vivat et in potestate patris fuerit, tunc post obitum aui in patris sui potestate fiunt. (Pues cuando muere el padre, ciertamente los hijos y las hijas se hacen en todo caso independientes; pero cuando muere el abuelo, los nietos y las nietas no se hacen en todo caso independientes, sino únicamente cuando después de morir el abuelo no han de recaer en la potestad de su padre). De lo anterior se desprende que los sometidos directamente al pater familias se hacen sui iuris a la muerte de éste, mientras que los sometidos indirectamente, es decir, el nieto, la nieta o la nuera, quedan bajo el poder de la persona intermedia que sobrevive al difunto.

2. La capitis deminutio, que puede ser máxima o media por parte del filius. Existe cierta oscuridad en cuanto al origen de la capitis deminutio, así Don Alvaro D'ors manifiesta "es probable que el término (conocido ya en época de Cicerón) se remonte a los supuestos de pena "capital" (9). Durante la época clásica la institución de la capitis deminutio estaba relacionada con la situación familiar, mientras que en el período de Gayo se clasifica en tres clases, la máxima consistente en la pérdida de la libertad, la media que es la pérdida de la ciudadanía y la mínima la cual se refiere a los cambios que se presentan en la situación familiar.

En Instituciones 1, 16, 1, se establece la capitis deminutio máxi

(9) D'ors, Alvaro. Derecho Privado Romano. Pamplona, España, Ed. Universidad de Navarra, S.A. 3ra. ed., 1977. p.266.

ma, tiene lugar cuando se pierde al mismo tiempo la ciudadanía y la libertad, que es lo que sucede a aquellos que en virtud de una sentencia muy grave se convierten en esclavos de la pena; a los libertos condena dos por ingrátitud hacia sus patronos.

Hay disminución menor o media (Instituciones 1,16,2) cuando perdién dose la ciudadanía se conserva la libertad, lo que le ocurre a aquél - a quien se hubiere castigado con la prohibición del agua y del fuego - o con la deportación a una isla.

3. La emancipación, en donde opera una capitis deminutio mínima - del filius, apoyándose también en el precepto Decenviral que consiste en la triple venta del hijo por su pater familia, perdiendo ésta la patria potestad. El emancipado queda libre del poder paterno y tiene capacidad patrimonial. Así en Gayo 1,132 se establece: si un padre ven de tres veces al hijo, el hijo quedará libre del padre.

4. La entrada en el sacerdocio para el flamin dialis, que significa sacerdote de Júpiter en el caso del hijo, mientras que la hija en - virgen vestal.

5. La prostitución de la mujer, así como la exposición que se haga del hijo, y

6. Cuando se celebre un matrimonio incestuoso por parte del padre.

Los casos en que se rompe el vínculo familiar y por ende se pasa a formar parte de una nueva familia son:

1. La adopción y la conventio in manu;

2. "La arrogación, que hace cambiar de pater familias a todos los sometidos al arrogado, como nietos, o biznietos del adrogante" (10), - sin embargo, cuando el adrogante muere o sufra una capitis deminutio, - sea máxima o media, los sometidos al arrogado pasan nuevamente bajo el poder de éste.

1.1.4 CONCEPTO DE TUTELA

En D. 26,1,1 pr = Instituciones 1,13,1 se establece: *est autem tutela, ut Servius definivit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa.* (La definición dada por el jurista Republicano Servius, dice: Tutela es la fuerza y el poder en una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger a aquél que por causa de su edad no puede defenderse a sí mismo).

De tal manera en D. 26,1,1 = Inst. 1,13,2 se menciona: *tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, ex quo ipsa re nomen ceperunt: itaque appellantur tutores, quasi tutores atque defensores.* --

(10) *Ibid.* p. 284.

(Son tutores las personas que tienen tal poder y potestad y de ello mismo asumieron tal nombre; así pues, se llaman tutores por ser protectores y defensores.

El tutor tenía que proteger la persona y las propiedades del pupillus y sus funciones eran calificadas como un poder o potestas, aunque no era tan extenso como el poder paternal, o sea, como la patria potestas. Un tutor no sólo administra la propiedad denominada res pupilli, sino que también tiene cuidado de su comportamiento moral.

D. 26,1,16 pr "La tutela es oficio viril, casi siempre", así las mujeres no podían ser tutrices como en los derechos modernos, salvo que solicitaran especialmente del Príncipe la tutela de los hijos.

Toca al tutor proveer a la educación, instrucción y manutención del pupilo, pero sólo en el sentido de asignar a tales efectos las cantidades necesarias, en consonancia con la originaria naturaleza de la tutela, "el tutor es considerado como dominus del patrimonio pupilar, o sea, tutor domini loco habetur". (11)

El tutor puede realizar toda suerte de negocios como enajenar y pignorar los bienes, colocar los capitales, hacer y recibir pagos; otras obligaciones propias de su oficio son la de emplear el capital, de ser posible, en la adquisición de inmuebles o en negocios que sean producti

(11) Iglesias, Juan. Derecho Romano. Madrid, España. Ed. Ariel, 6ta. - ed. 1972. p.584.

vos de los cuales se obtenga un interés, enajenar las cosas que estén - deterioradas o superfluas, debe cumplir con las obligaciones que pesen sobre el pupilo así como la de cobrar los créditos que se encuentren -- pendientes. La confección de un inventario antes solamente recomendada, pasa a ser obligatoria con vistas a la rendición de cuentas que tiene - lugar al terminar la tutela y sino cumple con esta obligación incurre - en dolo y se le hace responsable del daño eventual sufrido por el impu- ber, además el tutor no puede hacer ni autorizar donaciones a costa del patrimonio pupilar, a no ser las motivadas por razones sociales o mora- les, pero nunca deben ser en perjuicio del interés del pupilo.

En un principio, la defensa del patrimonio podía entenderse también en el sentido de que el tutor defendía sus propios intereses, pues era el posible heredero de aquel patrimonio; pero la transformación de la - tutela a causa de la intervención pública tiende a eliminar ese aspecto egoísta de la tutela para convertirla en un deber o carga pública que - recae sobre el que es nombrado tutor. Como quiera que éste está al cui dado, no sólo del patrimonio, sino también de la vida del pupilo debe - de considerar todas las situaciones que se le presenten en beneficio -- del pupilo.

En D. 26,7,12,3 se menciona: el tutor fijará en primer lugar las retribuciones para los preceptores, no las mínimas posibles, sino según la posibilidad del patrimonio y la dignidad del abolengo, proporcionará alimentos a los esclavos y a los libertos, y en ocasiones también a los extraños, si conviniera al pupilo.

Es necesario conocer cuáles son las personas que se pueden nombrar como tutores y así en Instituciones 1,14 pr se menciona: *dari autem potest tutor non solum pater familias, sed etiam filius familias.* (Se puede nombrar tutor no sólo al padre de familia, sino también al hijo de familia).

También puede ser tutor su propio esclavo manumitiéndole; pero si no se menciona esta situación, se reputa tácita su libertad pudiendo - de esta forma ejercer válidamente la tutela. En caso de que sea esclavo de otra persona se debe de poner la condición de cuando sea libre.- En cuanto al furiosi o menor de 25 años que sea nombrado tutor por testamento es necesario que recobre su juicio, o bien, que sea mayor de - los 25 años.

A partir del siglo III a. de J.C., empieza a transformarse el régimen de las tutelas debido a la intervención pública, eliminándose ciertos aspectos egoístas para convertirla en un deber por parte del tutor, de tal manera, el cargo se convirtió en una función pública a la cual el tutor no podía rehusarse, salvo que existiera una causa justificada denominada excusatio, entre las cuales tenemos la ancianidad, enfermedad, residencia muy alejada, enemistad con la familia, etc. También - se tendió a desplazar la tutela legítima por el tutor directamente nombrado por el magistrado, así como se establecieron ciertas limitaciones a los poderes dispositivos del tutor, además se aseguraron los derechos del pupilo denominados "satisdatio o cautio rem pupilli salvanfore" consistente en que el tutor no testamentario debía dar una cau-

ción de indemnizar los perjuicios causados por él en el patrimonio del pupilo. También se creó la "actio tutelae", siendo una nueva acción - de buena fe y de condena infamante, "mediante la cual se podía exigir, al terminar la tutela, una indemnización por el comportamiento negligente del tutor". (12)

1.1.5 TUTELA TESTAMENTARIA

El pater familias puede designar tutor en su testamento denominado tutor testamentarius, para las personas que con la muerte del testador sean sui iuris.

En D.26,2,1 se establece: se permitió a los padres nombraran tutores en el testamento para sus hijos, tanto mujeres como varones, con tal que estuvieran bajo su potestad.

El tutor testamentario adquiere su función con la entrada en vigor del testamento que contiene su designación. A partir del siglo I d. - de J.C., el tutor puede ser constreñido a asumir la tutela y sólo podrá ser dispensado, si lo solicita, alegando determinadas razones o excusaciones. Además "un tutor no puede ser dado para una cierta cosa o para un negocio especial, porque se da a la persona y no al negocio -- ni a la cosa" (certae autem rei vel causae tutor dari non potest, quia personae, non causae vel rei datur). (13)

(12) D'ors, Alvaro. Ob. Cit. p. 348.

(13) Instituciones. 1,14,4.

No se debe de ignorar que aquel que tendría un hijo bajo potestad y un nieto de él igualmente bajo potestad, si hubiere nombrado tutor para el nieto parece que se le nombró debidamente siempre que el nieto, después de la muerte del abuelo, no hubiera de recaer bajo la potestad de su propio padre, lo cual ocurre si, en vida del testador, el hijo hubiere dejado de estar bajo su potestad.

Se consideran como tutores nombrados en el testamento también a -- aquellos que fueron escritos en codicilos que están confirmados en el testamento y que se hallan hecho conforme a derecho.

En D.26,2,4 se menciona: el padre puede nombrar un tutor para su hijo tanto si lo instituye heredero como si lo deshereda, mientras que la madre sólo al instituido, como si nombrara al tutor más para el patrimonio que para la persona.

1.1.6 TUTELA LEGÍTIMA

En D.26,4,1 se establece que "las tutelas legítimas fueron diferidas por la Ley de las XII Tablas a los agnados, parientes paternos, y también a los patronos, es decir, a los que pueden ser llamados a la herencia legítima". A falta de tutor dado por testamento, se confiere la tutela, a los agnados, que se llaman tutores legítimos, la adgnatio es "el vínculo jurídico que une a los parientes por línea -

masculina", es decir, une a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo pater familias, o que se encontrarían, si éste no hubiese fallecido, por ejemplo, el hermano nacido del mismo padre, su hijo, y el hijo de este hijo, de la misma manera el tío paterno, su hijo, o el hijo de éste.

Mientras tanto la cognatio es "el vínculo de sangre que une a -- las personas descendientes de un tronco común, y tanto puede darse en la línea masculina como en la femenina". Así los cognados unidos por el sexo femenino, no son agnados, sino sólo cognados por derecho natural, de tal manera en Instituciones 1,15,1 se menciona "el hijo de una tía paterna no es tu agnado, sino tu cognado; y recíprocamente no te hallas tú ligado a él sino por este título, porque los hijos siguen la familia del padre, y no la de la madre".

En el derecho romano se permitió que varios agnados del mismo grado desempeñaran la tutela en común, pero si los agnados eran impúberes, el ejercicio de la tutela que les corresponde queda en suspenso hasta que alcancen la pubertad.

El derecho de agnación se extingue por toda capitis deminutio, la cual se presente en tres formas:

1. Grande o máxima, cuando se pierde tanto la ciudad como la libertad;

2. Menor o media, cuando se pierde la ciudad pero no la libertad;

y

3. Mínima, cuando no se pierde la ciudad ni la libertad, pero el estado del hombre varía.

1.1.7 TUTELA DATIVA.

El término tutor dativo que se da a veces a este tutor oficial es equívoco; proviene de Gayo 1,154 que distingue los tutores dativi (impuestos por el testador) de los optivi (dejados al arbitrio de la mujer), y en las fuentes tardías designa unas veces al testamentario y otras al oficial.

La facultad de los magistrados para designar tutores a quienes los necesitan aparece a finales del siglo III a. de J.C., con la Ley Atiliana, que encargó al Pretor urbano el cuidado de las tutelas y el nombramiento, de acuerdo con la mayoría de los tribunos de la plebe, de un tutor para el incapaz que carecía de él (tutor Atiliano).

A falta de tutor testamentario y legítimo, el magistrado nombrará un tutor denominado dativo, este tutor es nombrado cuando el pupilo necesita de uno y carece de él, el nombramiento tiene lugar a instancias de cualquiera y el pariente más próximo especialmente la madre, se ha-

llan jurídicamente obligados a solicitar el nombramiento, esto se hace en la época clásica por el pretor urbano, con la asistencia de la mayoría de los tribunos de la plebe o por el gobernador provincial; ya en el derecho de Justiniano, son competentes para designar tutor el praefectus urbi o el praetor en la capital y en las provincias los praeses de las mismas o bien los magistrados locales y los obispos, sino son muchos los bienes del pupilo, es decir, que no excedan de 500 sólidos.

En la tutela dativa se acentúa sobre las demás tutelas el carácter de deber impuesto al tutor, éste no puede ceder la tutela ni rechazarla y puede ser constreñido a su desempeño por el magistrado. Como - - atenuación de este rigor, con ocasión de esta tutela, desarróllase el derecho de excusarse, luego extendido a las demás especies tutelares. Entre las excusas más importantes fueron:

Inst. 1,25 pr "las más veces por el número de hijos que tienen, ya bajo su potestad, ya emancipados. El que tiene en Roma tres hijos-vivos"

Inst. 1,25,1 "el que administra el fisco puede excusarse de la tutela por el tiempo de su administración".

D.27,1,10 = Inst. 1,25,2 "También los ausentes por causa de la República se hallan excusados de la tutela".

D.27,1,21 = Inst. 1,25,4 "Por un litigio que tenga con el pupilo o el adulto, no puede excusarse el tutor, a menos que la controversia se extienda a todos los bienes o a una herencia".

D.27,1,3 = Inst. 1,25,5 "El tener ya tres tutelas excusa de otra más".

D.27,1,7 = Inst. 1,25,6 "La pobreza da exención ciertamente....".

Inst. 1,25,7 "Más; por una salud quebrantada".

Inst. 1,25,8 "Igualmente, el que no sabe escribir....".

D.27,1,2 = Inst. 1,25,13 "El mayor de 70 años....".

El tutor, alegando ciertos motivos de índole personal o pública puede solicitar y conseguir ser relevado de la tutela; para decidir la admisibilidad de tales motivos, interviene el praetor tutelarius.

1.1.8 TUTELA MULIERUM

Las mujeres sui iuris, en la época clásica están sujetas a la común tutela impuberum, cuando son impúberes, o a la especial tutela mulierum, si han alcanzado la pubertad.

Las mujeres carecían en el antiguo derecho, y en parte también en el clásico de la plena capacidad negocial. Las mujeres sui iuris, se hallaban sujetas a tutela y con la progresiva independización de la mujer en la vida social va menguando la importancia de este género de tutela y así al entrar en quiebra la unidad compacta de la familia commu-

ni iure, la potestad sobre los impúberes y sobre las mujeres se independiza de los poderes familiares, adquiriendo propia fisonomía y propia denominación; la tutela impuberum y mulierum se confieren por ley al proximus adgnatus, es decir, al más próximo heredero varón del tute lado, el llamamiento del próximo agnado, ya sea a la herencia, ya a la tutela, deriva de su posición en la familia.

Carente de razón de ser, la tutela entra pronto en franca decadencia. Aún antes de desaparecer, se ingeniaron varios medios para liberar a la mujer de la tutela; en la época republicana se admitió la posibilidad de que el marido bajo cuya manus se encuentra la mujer confiase a ésta la facultad de elegir, luego de muerto aquél, el propio tutor llamado tutor optivus; y por una o varias veces o por cuantas --quiera, de suerte que renueve la elección a su antojo.

"En la Constitución de Dioclesiano todavía se menciona la tutela de las mujeres, pero es probable que desapareciera en seguida, ya que el Código Teodosiano no queda ninguna huella". (14)

1.1.9 RESPONSABILIDAD DEL TUTOR

Los medios protectores del pupilo contra los abusos de poder cometidos por el tutor fueron primeramente distintos para los diversos tipos de tutela.

(14) Iglesias, Juan. Ob. Cit. p.588.

Las XII Tablas establecen la *accusatio* (*postulatio*) *suspecti tutoris*, la cual lleva aparejada la nota de infamia y se inicia un proceso penal contra el tutor testamentario sospechoso de haber cometido un delito. Dentro del derecho de Justineano, puede dirigirse la *accusatio* contra toda clase de tutores, quienes incurren en infamia en el sólo caso de haber obrado con dolo.

Del mismo modo contra el tutor *legitimus* conocen las XII Tablas -- una *actio* de *rationibus distrahendis*, "por los fraudes cometidos en los bienes pupilares, valor de lo defraudado". En el derecho de Justineano se aminora su carácter penal, pudiendo dirigirse contra cualquier tutor, y no ya sólo contra el legítimo.

Hacia fines de la República se introduce una acción general, la *actio tutelae*; es también infamante, esta acción se creó para ejercitarse contra el tutor dativo y se extendió después a los demás tutores.

1.1.10 CESE Y EXTINCIÓN DE LA TUTELA

La tutela se extingue por la llegada del pupilo o pupila a la pubertad, siendo en el varón a los catorce años cumplidos y en las hembras después de los doce años.

En Instituciones 1,22,3 se establece "del mismo modo concluye la

tutela por muerte de los pupilos o de los tutores", también la disminución de cabeza del pupilo o de la pupila incluso la mínima ocasiona la extinción de la tutela.

Cesa el oficio de un tutor, para dar comienzo el de otro en los - casos siguientes:

1. Muerte del tutor;
2. Capitis deminutio, máxima o media del tutor;
3. Inst. 1,22,2 "Más si alguno ha sido nombrado tutor por testamento bajo cierta condición, deja de serlo verificada que sea la condición".
4. Inst. 1,22,5 "Además, los tutores dados en testamento hasta un tiempo determinado, concluido éste, dejan la tutela".
5. Excusatio a coepta tutela en los casos en que se admita.

1.2 FRANCIA.

En la Francia prerevolucionaria, los hijos abandonados recaían, - por lo que hacía a su alimentación y cuidado, en el personal de la parroquia respectiva. Naturalmente que el párroco realizaba esfuerzos - extraordinarios para descubrir de quién era aquel hijo abandonado, para forzar al padre a cumplir con sus deberes.

El derecho revolucionario francés prohibió toda investigación de la paternidad natural confiriendo al padre el derecho discrecional de reconocer o no a su hijo. El Código Civil Francés admitió la investigación de la maternidad natural; pero sometiéndola a reglas de prueba sumamente estrictas, en tanto que la investigación de la paternidad -- permanecía prohibida, salvo caso de raptó. Los redactores del Código de Napoleón otorgaron así un amplísimo lugar al concepto, según el -- cual el establecimiento de la filiación natural resulta de la voluntad de los padres.

La Ley francesa sólo reglamentó la investigación de un modo provisional, dejando al Código de Napoleón el cuidado de legislar de un modo definitivo, este código dijo primitivamente en su artículo 340 "La investigación de la paternidad está prohibida. En caso de raptó, cuando la época de ésta coincida con el de la concepción, el raptor podrá ser declarado padre del niño a petición de una de las partes interesadas".

El artículo 340 del Código antes citado originó varias discusiones. "Los argumentos de quienes lo apoyaron son:

- Los procesos de investigación escandalosos y arbitrarios ponen en peligro la tranquilidad de las familias; y

- No puede admitirse la investigación de la paternidad natural -- por la imposibilidad fisiológica de probarla. Cuando el matrimonio no

existe, no hay tampoco signo material ni legal de aquél; la paternidad se nos ofrece como lo que es ante la ley y ante los hombres: un misterio impenetrable". (15)

En cambio otros juristas defienden el principio de investigación de la paternidad:

- "Alegaron que estaba en contradicción formal con los datos suministrados por la historia, que no demostraban la existencia de procesos escandalosos, ni de protestas airadas motivadas por la investigación de la paternidad.

- Que era contrario al derecho natural, ya que eximía al padre de responsabilidad por un hecho suyo que debía serle imputable.

- Que contraría los derechos con los hijos naturales.

- Que produce una desigualdad irritante respecto de la madre, sobre quien cae toda la responsabilidad, siendo así que tiene la misma o menor culpa.

- Que contraría al interés social, ya que en el aumentado crecimiento de los hijos ilegítimos tiene mucha parte la prohibición de investigar la paternidad, que da impunidad al padre, aumenta la mortalidad de los infantes, disminuyendo el número de matrimonios, pues éstos

(15) De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S.A. México, p. 345.

llevan consigo responsabilidades que la unión libre no tiene para el hombre". (16)

El movimiento de protesta iniciado por juristas e incluso novelistas y dramaturgos franceses y por la jurisprudencia contra el precepto del artículo 340 del Código de Napoleón, motivó su reforma por ley del 16 de noviembre de 1912, la cual suprimió el principio de la prohibición absoluta de la investigación de la paternidad fuera del matrimonio y lo reemplazó por la regla de la investigación en justicia, permitida y organizada en los siguientes casos:

- En el caso de raptó o violación, cuando la época del raptó o de la violación coincida con el de la concepción;

- En el caso de seducción realizada mediante actos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, si existe un comienzo de prueba por escrito;

- En el caso de que existan cartas u otro escrito privado cualquier del pretendido padre y de las cuales resulte una confesión inequívoca de paternidad;

- En el caso en el que el pretendido padre haya provisto o participado en calidad de padre, al mantenimiento y educación del hijo.

(16) Ibid. p.346

No serán admisibles según los párrafos 8, 9 y 10 del mismo artículo 340 del Código de Napoleón, la acción de investigación de la paternidad si se prueba que durante el período legal de la concepción la madre observó mala conducta notoria o tuvo comercio carnal con otro individuo; ni si al pretendido padre, ya por separación, ya por efecto de cualquier accidente en que se encontrara durante el mismo período, le fue físicamente imposible ser padre del niño.

En cuanto a la patria potestad, el derecho francés no permite más que a los padres ejercerla y jamás a los abuelos; siendo la educación un deber que impone la patria potestad, los padres tienen el derecho de aplicar correctivos, sin embargo, en el antiguo derecho francés, el padre podía hacer encarcelar a su hijo sin dar la menor explicación; pero los abusos cometidos llegaron a un grado tal que los parlamentos, apoyados por el rey, reaccionaron. Por un decreto de reglamento, el Parlamento de París decidió el 9 de marzo de 1673 que el padre no podía hacer encarcelar a un hijo mayor de 25 años, sin una carta sellada expedida por el Rey, quién ejercía así su control.

En resumen, la encarcelación dió siempre lugar a gravísimos abusos, pues el derecho a llevar a efecto era ejercitado en la mayoría de los casos por padres indignos, muy mediocres como educadores. Por otra parte, la cárcel significaba para el menor un terrible aumento de corrupción, mezclado como quedaba, con otros detenidos por gran cantidad de delitos; por ello las autoridades desde hace siglos han luchado contra ese derecho de encarcelación.

Antiguamente en el derecho francés, sólo se consideraba la pérdida de la patria potestad por un solo motivo: cuando los padres incitaban, o cuando conducían habitualmente a sus hijos a la corrupción. Naturalmente, ello no era suficiente. El legislador no había medido la extensión del problema: muchos padres se mostraban indignos de la confianza en ellos depositada por la ley y maltrataban o abandonaban a sus hijos o los especializaban en el robo, convirtiéndolos en precoces raterillos, o los enseñaban a mendigar.

Habiendo intervenido en Francia los Parlamentos para reprimir los abusos, quedaron plenamente apoyados por una declaración de Luis XIV - de 8 de marzo de 1704. Los redactores del Código Civil Francés, aún - cuando Bonaparte propuso indirectamente el problema, no organizaron -- control alguno de la patria potestad.

Con la llegada de los habitantes del campo hacia las ciudades, la concentración de la población en las ciudades industriales, la extrema miseria de la clase obrera, la jurisprudencia se esfuerza en establecer un control de la patria potestad. En Francia la ley de 15 de - - abril de 1943 reorganizó bajo el rubro de asistencia a la infancia, -- servicios de asistencia pública que se ocupan de los niños, y ha trazado grandes líneas del estatuto jurídico de la niñez desventurada que - hoy figuran en el Código de la Familia y de la Ayuda Social, cuyo título segundo lleva como rubro la protección social de la niñez.

La tutela en Francia dice Planiol, "es un mecanismo con tres rue-

das: el Consejo de familia, en quien reside la potencia tutelar; en segundo término, el tutor que obra, y después el subroge tuteur, que vigila a aquél y le reemplaza en caso necesario. Es, pues, la tutela un pequeño gobierno que tiene su asamblea deliberante, su poder ejecutivo y hasta su pequeño censor".

En el Código Civil Francés la falta de alguno de los padres trae consigo la apertura de la tutela; abierta la tutela de algún hijo legítimo por el fallecimiento del primero de sus padres, el supérstite - - ciertamente sigue ejerciendo la patria potestad, pero únicamente en lo que concierne a la persona del hijo; en esta forma se establece que no administrará los bienes de éste más que en calidad de tutor y no como administrador legal.

En Francia el nombramiento de tutor puede ser hecho por el Consejo de familia, asamblea compuesta de parientes del menor, y que en todo caso preside un juez de paz; tal institución emana en Francia de las costumbres locales en las provincias septentrionales, pues las meridionales poco la conocieron. El Código de Napoleón le dió plena importancia: Pothier el principal inspirador del Código, apenas llegó a hablar de ella.

1.2.1 LA LEY DE 14 DE DICIEMBRE DE 1964

Modifica los capítulos relativos a la tutela y a la emancipación.

Una de las principales reformas son las funciones del juez de tutela, las cuales se encomiendan al juez del tribunal de instancia, competente en el lugar en que el menor tiene su domicilio. El juez de tutelas ejerce vigilancia general sobre las administraciones legales y las tutelas que le corresponden. Otra reforma es la concerniente a "la admnistración legal cuyo régimen es aplicable, a los hijos legítimos y naturales menores en tanto que sus padres no hayan muerto o no hayan sido privados del ejercicio de la patria potestad" (17) (arts. 389 a - - 392). Aquel de los padres legítimos o naturales que ejerce la patria potestad es administrador legal de los bienes de sus hijos menores no emancipados. La administración legal es pura y simple cuando el menor es un hijo legítimo, cuyos padres viven, no están divorciados o separados de cuerpos y no se encuentran privados del ejercicio de la patria potestad. En las otras hipótesis, la administración está sujeta al -- control del juez de tutelas.

En la administración legal bajo control judicial, el juez de tutelas puede en todo momento resolver la apertura de la tutela. También lo puede, pero sólo por causa grave, cuando la administración legal es pura y simple. El Consejo de familia convocado en esa oportunidad podrá designar tutor al administrador legal o a otra persona.

La tercera modificación son las reglas relativas a los diversos órganos de la tutela subsisten con modificaciones menos importantes. Pe

(17) Orús, Manuel. Jurisprudencia Argentina. Serie Moderna. Buenos Aires 20 de julio de 1965, No. 2291, Año XXVII.

ro conviene observar que las reglas aplicables a los hijos legítimos y a los naturales son idénticas (arts. 397 a 406).

"El tutor puede ser testamentario (designado por el último de los padres que haya muerto, si ha conservado hasta el día de su deceso el ejercicio de la administración legal de la tutela), legal (aquel de -- los ascendientes que esté en el grado más próximo) o dativo (nombrado por el Consejo de familia, si no hay tutor testamentario, ni ascendiente tutor o si aquél designado en tal calidad cesara en sus funciones). Si la tutela vacare, el juez de tutelas la deferirá al Estado (art. -- 343). El tutor se designa por la duración de la tutela; el Consejo de familia puede no obstante proveer a su reemplazo si graves circunstancias lo requieren, y sin perjuicio de la existencia de casos de excusa ción, incapacidad o destitución (arts. 427 a 448)". (18)

Las disposiciones concernientes al funcionamiento de la tutela -- constan en los arts. 449 a 468 y las que se refieren a las cuentas de ésa y las responsabilidades en los arts. 469 a 475. Esos artículos es tablecen especialmente las obligaciones que pesan sobre los tutores -- desde la apertura de la tutela y durante su curso, así como los pode-- res del tutor.

Esta ley entró en vigor a los seis meses de publicada en el Bole-- tín Oficial. Con reserva de algunas disposiciones transitorias, la -- Ley se aplicará a las administraciones legales y tutelas ya abiertas.

(18) Ibid.

1.3 MÉXICO.

En cuanto a los antecedentes históricos de nuestra legislación vigente, es conveniente mencionar, el Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California de 1870 y 1884, así como la ley sobre Relaciones Familiares de 1917.

1.3.1 FILIACION

La filiación se presenta en dos formas: como hecho natural y como hecho jurídico, en cuanto al primero la filiación existe siempre, pues to que todo individuo es siempre hijo de un padre y de una madre, diferente al hecho jurídico, puesto que el derecho necesita asegurarse de la paternidad y de la maternidad para reconocer los efectos jurídicos--por el hecho de la procreación.

Tanto el Código Civil de 1870 y 1884 en sus artículos 314 y 290 -- respectivamente, establecen: "Se presumen por derecho legítimos:

I. Los hijos nacidos después de los 180 días contados desde la --celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido".

Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los -- primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

La Ley sobre Relaciones Familiares (art. 210) expresa que "el reconocimiento solamente confiere al reconocido el derecho de llevar el apellido del que lo hace". La condición de hijo natural puede transformarse en la hijo legítimo, cuando la ley autoriza la legitimación; el hijo queda entonces legitimado.

Para Planio1 "la filiación tomada en el sentido natural de la palabra no es otra cosa más que una descendencia en línea recta: comprende toda la serie de intermediarios que ligan a una persona determinada con alguno de sus antecesores, así sea sumamente alejado. Pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido mucho más estrecho y se extiende exclusivamente a la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Esta precisión se justifica porque esa relación se reproduce idéntica a sí misma en todas las generaciones. La relación de filiación toma también los nombres de paternidad y de maternidad, ya sea que se considere del lado del padre o del de la madre.

Por consiguiente, la filiación puede definirse como la relación -- que existe entre dos personas de las cuales una de ellas es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea un parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grado". (19)

(19) De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. p.301

Es evidente, de acuerdo a Planiol, que la naturaleza de la filiación se determina conforme a la situación jurídica en que se hallan -- los padres en el momento de la concepción del hijo: es entonces cuando hay que calificar.

La filiación natural es "la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación. De ella deriva el parentesco consanguíneo, -- punto de referencia para fijar un complejo de relaciones jurídicas con los miembros de la familia que en su estructura sociojurídica es un -- conjunto de factores tanto psicológicos, sociales, morales, económicos, religiosos, etcétera. (20)

Fueyo Laneri, manifiesta que "el hijo natural tiene un estado civil que constituye una situación jurídica de carácter permanente de la cual derivan derechos y obligaciones ajenos a la capacidad del sujeto. (21)

1.3.2 PATRIA POTESTAD

La ley sobre Relaciones Familiares, el Código de 1870 y de 1884, -- se abstienen de definir a la patria potestad. En la ley sobre Relaciones Familiares tratan de la patria potestad los artículos 238 al 270; -- en el Código de 1870 sus artículos 389 al 429; en el Código de 1884 -- sus artículos 363 al 403.

(20) Galindo Garfias, Ignacio. La Filiación y la Paternidad. Rev. de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXVIII, No. 110.

(21) Fueyo Laneri, Fernando. Derecho Civil, Tomo VI, La Familia, Vol. I. Imprenta y Litografía Uribe, S.A. Santiago de Chile, 1959, p.435

La patria potestad en los Códigos antes mencionados establece que los hijos cualesquiera que sea su estado, edad y condición deben honrar y respetar a sus padres y demás descendientes, los que sean menores de edad y no estén emancipados, deben estar sujetos a la patria potestad mientras exista alguno de sus ascendientes a quienes les corresponda ejercerla, siendo éstos el padre, la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna.

La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos, su ejercicio queda sujeto en cuanto a la guarda y educación conveniente de los menores. El padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente; la patria potestad que impone el derecho de educar, impone también la obligación de hacerlo en forma serena, justa, verdadera y comprensiva. "Siempre seguirá siendo el arte de las artes educar a un niño, ya que el niño será lo que sus padres le ayuden a ser" (22). Si los padres tienen la obligación de velar porque sus hijos se instruyan, tienen el derecho y el deber de educarlos. La educación y la instrucción, nos explica Mazeaud (1148), están ligados íntima y necesariamente: "la persona encargada de la instrucción del niño tendrá un papel decisivo sobre su educación".

Toda persona que ejerza la patria potestad es el legítimo representante de los que están bajo de ella y administrador legal de los bienes que les pertenecen.

(22) De Ibarrola, Antonio. Ob. Cit. p. 363

Según el Código Civil de 1870 (art. 401), los bienes del hijo mientras están bajo la patria potestad se dividen en cinco clases:

- I. Bienes que proceden de donación del padre;
- II. Bienes que proceden de donación de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad;
- III. Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales ó de personas extrañas, aunque éstos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre;
- IV. Bienes debido a don de la fortuna;
- V. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cualquiera.

De acuerdo al Código de 1884 (art. 375), los bienes de los hijos, se dividen en seis clases:

- I. Bienes que proceden de donación del padre;
- II. Bienes que proceden de herencia o legado del padre;
- III. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aun cuando aquella o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad;

IV. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre;

V. Bienes debido á don de la fortuna; y

VI. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.

Ambos Códigos hacen una complicada división de los bienes del hijo, situación diferente a nuestra legislación vigente, que sólo considera a los bienes en dos clases; los que adquiriera por su trabajo y los que adquiriera por cualquier otro título.

Decía el art. 249 de la Ley sobre Relaciones Familiares: "los que ejerzan la patria potestad tendrán sobre los bienes del hijo, mientras dure la administración, la mitad del usufructo de ellos. Claro que -- los padres pueden renunciar sobre su derecho de la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda, considerándose como una donación.

La patria potestad se acaba (Códigos 1870 y 1884) por la muerte -- del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por la -- emancipación o por la mayor edad del hijo.

La Ley sobre Relaciones Familiares (art. 261) establece: "Los tri-

bunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce o modificar su ejercicio, si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos inmorales o les da ejemplos - o consejos corruptores". Su antecesor, el art. 389 del Código de 1884 establecía que: "la patria potestad se pierde:

I. Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho;

II. En los casos señalados en los artículos 245 y 248". Los cuales expresan: "ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor"

"El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido declarado por motivo de enfermedad; pero los recobrará muerto aquél...."

1.3.3. TUTELA

El objeto de la tutela en los multicitados códigos, así como en la ley sobre Relaciones Familiares, es definida como: "la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, -

tienen incapacidad natural y legal ó solo la segunda, para gobernarse por sí mismos". Agregando el Código de 1884 y la ley de Relaciones - Familiares, "la tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley".

El art. 305 de la ley sobre Relaciones Familiares establece: "la tutela es un cargo personal, de que ninguno puede eximirse por causa legítima".

Tienen incapacidad natural y legal, los menores de edad no emancipados; los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo, o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer ni escribir.

La tutela se desempeña por el tutor, con intervención del curador, en los términos establecidos por la ley, además es un cargo personal, de que ninguno puede eximirse por causa legítima, ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor definitivo y un curador".- El cargo de tutor se difiere: en testamento; por elección del mismo - menor confirmada por el juez; por el nombramiento exclusivo del juez - y por la ley" (art. 307 LRF).

"Los que ejercen la patria potestad aunque sean menores, tienen derecho a nombrar tutor en su testamento, a aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del póstumo, agregando el Código de 1870 al -- desheredado". (art. 428 Cód. de 1884)

El nombramiento de tutor testamentario hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados.

Naturalmente, si los ascendientes excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela.

La tutela legítima se presenta en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad o de impedimento del que debe ejercerla; cuando no hay tutor testamentario y; cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.

Explica luego la ley a quiénes corresponde ejercer la tutela legítima:

"I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;

II. Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive". (art. 446 del Cód. de 1884)

Si hubiese parientes del mismo grado, el Juez eligirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido 14 años, él hará la elección.

En cuanto a la tutela legítima de los hijos abandonados, la ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya recogido, la cual tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban niños abandonados, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo -- que prevengan los estatutos del establecimiento.

El tutor dativo, será nombrado por el juez, si el menor no ha cumplido 14 años; si es mayor de esta edad, él mismo nombrará a el tutor y el juez confirmará el nombramiento, sino tiene justa causa en contrario.

Antes de la vigencia del código actual se decía que también se extinguía la tutela por la muerte del tutor; por su ausencia declarada en la forma legal; por su remoción, o por excusa o impedimento superveniente. Sin embargo, se consideró que la muerte del tutor o su ausencia no extingue la tutela. El tutor fallecido es sustituido inmediatamente por otro conforme a la ley, lo mismo ocurre en caso de ausencia, de remoción o de excusa o impedimento superveniente. De tal manera el artículo 606 del código Civil vigente establece: "La tutela se extin-gue:

- I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad;
- II. Cuando el incapacitado sujeto a tutela entra a la patria potestad por reconocimiento o por adopción".

2. LA FILIACION Y SUS EFECTOS EN RELACION A LA CUSTODIA DE LOS MENORES EN MEXICO

2.1 HIJOS NACIDOS DENTRO DEL MATRIMONIO

El maestro Rojina Villegas manifiesta que "en la actualidad, dos - son las fuentes principales del derecho de familia: el parentesco y la filiación". (23) Sin embargo, en nuestra legislación tanto la filiación como el parentesco son correlativos, puesto que el primero trae - como consecuencia o deduce al segundo.

La filiación en sentido amplio es el vínculo jurídico que existe - entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado, o sea, en - tre personas que descienden las unas de las otras, y no solo en líneas ascendentes (padres, abuelos, etc.), sino también en línea descendente (hijos, nietos, etc.); en sentido amplio se entiende por filiación, en una connotación estricta "la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo" creándose derechos y obligaciones entre padre e hijo. Así para el derecho la palabra filiación ha tomado un sentido - muy estricto y comprende exclusivamente la relación inmediata del pa-- dre o de la madre con el hijo.

En la filiación de una persona se debe de establecer:

(23) Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. Antigua Librería Robledo, México, 1967. p.257.

- el parto de quien pretende ser madre (conociéndose el alumbramiento y su fecha).

- identidad del niño parido (debe de concordar la fecha del alumbramiento y la edad del niño, además que no ha habido sustitución de un niño por otro).

Cuando estos dos puntos son probados o confesados, la filiación -- respecto de la madre queda establecida, Mater semper certa est, pater -- incertus.

El problema de la paternidad no puede plantearse en tanto que el -- de la maternidad no haya quedado determinado, ni pensar en investigar -- quién es el padre de un niño cuando no se ha determinado previamente -- quien es su madre.

Si la maternidad es desconocida, no se puede investigar la paternidad, porque es a través de la madre como se puede llegar, con ciertos -- elementos, con ciertas presunciones, hasta al padre. Se exceptúa el caso expreso de reconocimiento del padre, sin declarar el nombre de la madre; o cuando el hijo aparece en el acta de nacimiento como de madre -- desconocida y existe el reconocimiento expreso del padre, o a través -- del juicio de investigación de la paternidad, siendo declarada por el -- Juez.

"La concepción dentro del matrimonio es el hecho que origina la filiación

liación legítima. Debe ocurrir, pues, este hecho después de la celebración del matrimonio; sin embargo, nacen legítimos también los hijos concebidos antes de la celebración del matrimonio, pero nacidos después de ésta. El momento en que la concepción se realiza no puede ser fijado - directa ni indirectamente con precisión; por esto la ley recurre a una presunción: se presume concebido en matrimonio el hijo nacido después - de los 180 días siguientes al de la celebración y dentro de los 300 - días siguientes al de la disolución: no admite prueba en contrario.

"La concepción debe ser obra del marido. Pero también la prueba - de este requisito es difícil y por ello se recurre a otra presunción: - se presume padre el marido de la madre. Se admite prueba en contrario, - pero con notables limitaciones, lo mismo por lo que se refiere a los sujetos que puedan darla como en lo que afecta a los medios mismos de - prueba". (24)

A consecuencia de la filiación legítima (vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres) surgen ciertos principios:

- "El hijo legítimo tiene por madre la mujer que lo concibió durante el matrimonio, y por padre al marido de ésta.

- El marido es padre legítimo siempre que el hijo nazca durante el matrimonio y en el tiempo que media entre el 180 día posterior a la ce-

(24) Antonio Cicu, La Filiación, traduc. de Faustino Giménez Teijeiro - Arnau y José Santacruz Teijeiro, Revista de Derecho Privado, Madrid 1930, págs. 21 y 22. Citado por Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, México, Ed. Porrúa, S.A. 1980, p.615

lebración y el 300 día siguiente a la disolución.

- El hijo nacido en el período antedicho ostenta (respecto al padre) una legitimidad que no puede ser destruída con pruebas tendientes a demostrar que en el caso concreto de que se trata, la gestión fue más breve o más larga que la fijada en la ley; solamente podrá ser destruída tal legitimidad probando la imposibilidad del marido para engendrarlo. (acción de desconocimiento de la paternidad).

- El hijo nacido fuera del período predicho no es sin más ilegítimo, sino que se presume legítimo en tanto no se impugne su estado aparente de legitimidad. Si nació antes del momento inicial del período (dentro de los 180 días que siguen a la celebración del matrimonio), habrá que afirmar, teniendo en cuenta los términos máximos y mínimos de la gestación, que tal hijo no fue procreado por el marido de la mujer. Si nació después del momento terminal del período, o sea, después de los 300 días siguientes a la extinción del matrimonio, la legitimidad queda sin más excluída, pero precisa hacer constar la iligitimidad".(25)

En materia de filiación el acta de nacimiento es un título de estado, debido a que los derechos y deberes que se relacionan con el estado de familia interesan a un gran número de personas: interesa fijar públicamente el estado de las personas, investir a éstas de su estado, en forma tal que puedan hacerlo valer frente a todos y de manera que todos tengamos que considerarlo como existente y respetado.

(25) Roberto De Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, traduc. de Ramón Serrano y José Santacruz, V.II, pags. 857 y 858, Citado por Rosina Villegas. Derecho Civil Mexicano, Ed. Porrúa, S.A. México, Tomo II, 1980, p.593.

El Diario Oficial del 14 de marzo de 1973 establece "las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil, en su oficina o en la casa donde aquél hubiere nacido".- Cuando el niño es presentado como hijo de matrimonio en el acta se -- asentarán los nombres, domicilio y nacionalidad de los abuelos y de -- los testigos.

"A falta de acta de nacimiento, basta la posesión de estado. En materia de filiación legítima, consiste en pasar por ser hijo legítimo de las dos personas de que se pretende haber descendido. De las dos - personas, y no solamente de la madre; aunque solo se trate de probar - la filiación materna, la posesión de estado debe existir también res-- pecto al padre. Existe, en este caso, indivisibilidad: no se puede pa-- sar por ser hijo de una mujer, si al mismo tiempo no se pasa por ser - hijo de su marido". (26)

"A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o -- falsas, se probará (la filiación de hijo legítimo) con la posesión - - constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta- posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios - de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios, o presuncio- nes resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves pa-- ra determinar su admisión.

(26) Marcel Planiol. Tratado Elemental de Derecho Civil, traduc. de Jo-- sé M. Cajica Jr., Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, 1946, p. 124 y 125. Citado por Rojina Villegas Rafael, Ob. Cit. p.612.

Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y - - existen duplicados de éste, deberá tomarse la prueba sin adminirla de - otra clase" (art. 341 Código Civil).

Mazeaud define a la posesión de estado como "una reunión suficiente de hechos que indican la relación de filiación y de parentesco entre un individuo y la familia a la que él pretende pertenecer".

De lo anterior se desprende:

- que el individuo haya ostentado invariablemente el nombre de - - quien pretende es su padre;
- que éste lo haya tratado invariablemente como a hijo y haya cuidado, en tal calidad, de su educación, de su alimentación y de su establecimiento;
- que haya sido reconocido constantemente como tal por la sociedad;
- que haya sido reconocido como tal por la familia.

Es así que los elementos que los redactores del Código consideran principales son el nombre (nomen), la manera como el hijo fue tratado - por quienes pretenden ser su padre (tractus), su situación frente a su familia y frente a los extraños (fama).

En cuanto a la fama, nos dice el art. 343 del Código Civil: "Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y la sociedad quedará probada la posesión de estado de hijo de matrimonio, si además concurre algunas de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste;

II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361". Este último precepto establece que "pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido".

El nombre que el niño ostenta, el trato que recibe, la opinión de la familia y de todas las personas que lo rodean son seguras garantías de que el niño que goza de la posesión de estado de hijo legítimo es precisamente aquél a quien determina mujer casada ha dado a luz y que es él el niño que de ella nació.

La filiación por lo que hace a la madre es la única susceptible de ser probada directamente, el hecho del parto puede quedar establecido, por testigos y documentos, por toda certidumbre; por el contrario,

la paternidad no es más que una probabilidad: el hecho de la concepción escapa a toda prueba directa o se establece por presunciones que no es tablecen certidumbre.

Mazeaud establece "no puede una persona ser hijo legítimo de una mujer sin ser, por el hecho mismo hijo legítimo del marido de esa mu--jer. La legitimidad presupone que el hijo fue concebido por el marido de su madre; el hijo legítimo es el hijo nacido de matrimonio".

La acción en virtud de la cual se niega a un hijo la calidad de - legítimo se llama acción de desconocimiento de la legitimidad.

"El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser - que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa" (art. 326 del Código Civil), en esta situación se pretende saber si el esposo de la madre es el padre del niño, no se admite la confesión de la madre, porque ésta en un momento de coraje, rencor o ven--ganza, quiera ofender a su esposo simulando un adulterio que no exis--tió.

"El marido podrá desconocer al hijo nacido después de 300 días -- contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación - provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre" (art. 327 del Código Civil). Las cuestiones rela-

tivas a la paternidad del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

El hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, no puede ser desconocido por su padre:

- "Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y éste fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;
- Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;
- Si el hijo no nació capaz de vivir". (Art. 328 Código Civil)

La ley fija un plazo para que el marido impugne la paternidad, y se rige por los siguientes principios del Código:

- a) "En todos los casos en que el marido tenga derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio, deberá deducir su acción -- dentro de sesenta días contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar si estuvo ausente; o desde el día -- que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento". (art. 330 Código Civil).

b) "Si el marido está bajo tutela por causa de demencia, imbecilidad u otro motivo que lo prive de inteligencia, este derecho puede ser ejercitado por su tutor. Si éste no lo ejercitare, podrá hacerlo el marido después de haber salido de la tutela, pero siempre en el plazo antes designado, que se contará desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento". (art. 331 Código Civil)

c) "Cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos - en que podría hacerlo el padre". (art. 332 Código Civil)

d) "Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio, cuando el esposo no haya comenzado esta demanda. En los demás casos, si el esposo ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tendrán para proponer la demanda sesenta días contados desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia". (art. 333 Código Civil)

Otra serie de presunciones en cuanto a la paternidad las establece el artículo 334: "Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo contrajere nuevas nupcias dentro del período prohibido por el artículo 158". Entonces, "la filiación del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

- Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo;

- Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye;

- El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero".

Para probar la filiación legítima materna es necesario:

1. El matrimonio de la susodicha mujer;
2. El parto o alumbramiento en fecha determinada de quien pretende ser madre;
3. La identidad del hijo cuya filiación es cuestionada con el hijo cuya nacimiento ya quedó demostrado.

El alumbramiento debe de ser probado, aun por simples testimonios o por presunciones humanas.

Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad (art. 337 Código Civil)

2.2 HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

Nuestra legislación vigente distingue a los hijos nacidos dentro del matrimonio y fuera del matrimonio, concediéndoles los mismos derechos.

La filiación natural resulta de la procreación y como un efecto de la concepción, en donde los padres no se encuentran casados legalmente entre sí. Esta situación se ha considerado tradicionalmente en dos formas:

a) Una relación jurídica lícita que producía determinadas consecuencias si los padres del hijo natural pudieron legalmente celebrar matrimonio, por no existir ningún impedimento;

b) Una relación ilícita si los padres estaban legalmente impedi-

dos para celebrarlo, por virtud del parentesco o de la existencia de un matrimonio anterior respecto de alguno de ellos o de ambos.

La Ley sobre Relaciones Familiares establece que la filiación natural, es el lazo que une al niño nacido fuera de matrimonio a su padre, por una parte, y a su madre, por la otra. No hay más que una sola familia "la legítima"; pero los padres de hijos naturales tienen obligaciones respecto de sus hijos, como es la obligación alimentaria.

En la actualidad ya se admite la investigación de la paternidad, - según el texto del artículo 360 del Código Civil "la filiación de los - hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por - el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad". "Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente"- (art. 365 del Código Civil) y, naturalmente, "el reconocimiento hecho - por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor". (art. 366 del Código Civil).

Nuestro Código vigente para el Distrito Federal manifiesta en su - exposición de motivos, por lo que toca a los hijos, se comenzó a borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matri monio; se procuró que unos y otros gozacen de los mismos derechos, pues to que es una injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y se vean privados de sus derechos únicamente por que no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen.

Se ampliaron los casos de la investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho de saber quiénes les dieron la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su prostitución. Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién es su madre.

El maestro Antonio de Ibarrola manifiesta "hemos borrado de nuestros códigos la distinción de hijos naturales: en adulterinos, los ilegítimos habidos de la unión de personas de las cuales al menos una de ellas estuviera casada con persona distinta; incestuosos, los habidos entre personas que no pudieron contraer matrimonio entre sí sin la obtención de dispensas por razón del parentesco; los hijos nefarios eran los habidos entre parientes que ni aun con dispensa podían contraer matrimonio entre sí. En derecho anterior fueron llamados hijos sacrilegos los habidos entre personas de las cuales una o ambas estuvieran ligadas por voto solemne de castidad; hijos mánceros eran los habidos de prostituta".

En el Código Civil vigente se ha borrado hasta donde fue posible esta clasificación, siendo incluso odiosa para quienes la toleraron en el campo de la doctrina o de la jurisprudencia, como pasó en todos los Códigos Civiles del siglo pasado, puesto que reconocieron que no debe -

manchase la existencia de un ser humano desde su nacimiento, para que su calidad de hijo incestuoso o adúlterino lo perjudique durante toda su vida.

En la ley de Relaciones Familiares de 1917, así como en nuestro Código Civil vigente, la paternidad si puede investigarse en los casos en que haya elementos para poder sospechar que determinado hombre es el padre, como ocurre en el concubinato, y así como en el matrimonio se presume que es el marido quien engendra a los hijos que tenga su esposa, - en el concubinato, dentro de la vida marital bajo el mismo techo, con el trato sexual continuo, se presume que el concubino es quien engendra a los hijos que tenga la concubina, después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, o dentro de los trescientos días siguientes a la fecha en que terminó.

En nuestro derecho positivo la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta:

a) Con relación a la madre del solo hecho del nacimiento.

b) En relación al padre solo se establece por las dos siguientes causas:

I. Por una sentencia que declare la paternidad

II. Por el reconocimiento voluntario que debe realizarse por alguno de los modos siguientes:

1. En la partida del nacimiento ante el Juez del Registro Civil.
2. Por acta especial ante el mismo Juez;
3. Por escritura pública;
4. Por testamento; y
5. Por confesión judicial directa o expresa.

La maternidad en la mayoría de los casos se puede comprobar fácilmente en virtud del nacimiento, pero puede darse el caso de que esta - no se conozca y en esta hipótesis se puede investigar con la sola limitación de que no se permita realizarla cuando tiene por objeto atribuir el hijo a una mujer casada, con la excepción de que el hijo puede investigar la maternidad si esta se deduce una sentencia civil o criminal.

La investigación de la paternidad es más compleja debido a que es demasiado difícil precisar el momento de la concepción, estando permitida la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio en los siguientes casos:

- I. En los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la concepción;

II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo -- del presunto padre, estado que se justificará demostrándolo por los medios ordinarios de prueba que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento;

III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo que la madre habitara bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente;

IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre, hipótesis éstas que se deducen del contenido del artículo 382 del Código Civil, más no siempre estas hipótesis han sido contempladas por nuestra legislación toda vez que el Código Civil de 1884, prohibía la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, siendo esta prohibición absoluta, excepto en el caso de raptó si la época de la concepción coincidía con la del delito, al respecto el maestro Ignacio Galindo Garfias manifiesta "como -- puede observarse, el Código Civil de 1884 prohibía la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, sin embargo, la Ley de Relaciones Familiares dió un paso adelante, permitiendo el ejercicio de la acción para obtener del presunto padre el reconocimiento -- que se decía forzoso, pero solo en el caso de que se encontrare en posesión de estado de hijo del demandado. La ley confería también esta acción para obtener la legitimación en el caso de subsiguiente matrimonio

de la madre o del pretendido padre, que entonces no se operaba como -- efecto inmediato del ulterior matrimonio de sus padres. En ambos casos la sentencia se funda en el reconocimiento tácito del presunto padre. (27)

El maestro Antonio de Ibarrola manifiesta "en nuestro derecho el reconocimiento es a la vez un modo de prueba del lazo de filiación y - un acto de voluntad que crea ese lazo. Si tomamos en cuenta que el reconocimiento es modo de prueba, lo compararemos a la confesión y le -- otorgaremos por lo tanto características:

a) El reconocimiento es un acto individual que no afecta más que al padre que lo hace. El principio se establece en el artículo 366 - (El reconocimiento hecho por uno de los padres produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor).

b) El reconocimiento es un acto declarativo. Por ende se retrotrae al día del nacimiento; además "el menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejercen sobre él la patria potestad o de la persona bajo cuya tutela se encuentra, - o a falta de ésta, sin la autorización judicial". Sin embargo, el reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayor edad" (art. 363 Código Civil).

(27) Galindo Garfias, Ignacio. La filiación y la Paternidad, Rev. de la Facultad de Derecho de México, Tomo XXVIII, No. 110.

c) El reconocimiento es un acto irrevocable. "El reconocimiento no es revocable por el que lo hizo y si se ha hecho en testamento, -- cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento" -- (art. 367 Código Civil). Siendo el reconocimiento de un hijo natural-- la confesión de un hecho, lógicamente es, como toda confesión, irrevocable, y una vez hecho no puede arbitrariamente retirarse.

Nuestra Jurisprudencia (25 de junio de 1909) declaró que "el reconocimiento produce análogos efectos a la presunción de legitimidad de los hijos habidos de matrimonio legalmente celebrado, y aun cuando por dimanar de la exclusiva voluntad del padre natural sea susceptible de ser anulado por error, dolo, intimidación o violencia, es preciso que se derive de hechos trascendentales que demuestren directa o notoria-- mente la creencia equivocada en que pudo estar el padre de que la ma-- dre sólo de él pudo concebir, sin que sea lícita de otro modo la supo-- sición del error, pues equivaldría a autorizar su arrepentimiento y -- cambio de voluntad, que es en absoluto incompatible con las condicio-- nes de permanencia de todo estado civil; permanencia que afecta al or-- den público".

Es el reconocimiento de hijos, el medio que la ley establece para determinar y probar la paternidad o maternidad natural, y por el cual-- el hijo no legítimo adquiere un estado legalmente cierto que hace posi-- ble el ejercicio de sus derechos.

Como se mencionó anteriormente, el reconocimiento de hijos puede--

verificarse en dos formas: declaración hecha voluntariamente por el padre o la madre, en la que confiezan en forma legal que han tenido un hijo fuera de matrimonio (reconocimiento voluntario) o acto en que la paternidad es declarada por los Tribunales en sentencia firme (reconocimiento forzoso).

Ya se trate de uno o de otro, "el cónyuge podrá reconocer al hijo habido antes de su matrimonio sin el consentimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste". (art. 372 Código Civil)

Efectuado el reconocimiento, ya sea voluntaria o forzosamente, el hijo que es reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene los siguientes derechos:

I. "A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;

II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley". (art. 389 Código Civil)

Castán define a la acción de reconocimiento forzoso como "la facultad que tienen los hijos ilegítimos, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar las pruebas -

de su filiación a fin de que sea ésta declarada por los mismos, e im--
puestas a los padres las consecuencias legales que la relación paterno
filial lleva consigo". Los autores de un hecho deben sufrir sus conse
cuencias, de modo que lo que es un derecho en los hijos es un deber en
los padres; si esto es cierto, se debe de demostrar que éstos son los
padres de aquél, de modo que el hijo tiene derecho a probar el hecho -
de su filiación, como los padres tienen el deber de confesarla, pero -
si no lo confiesan, hay una relación jurídica incumplida, y de aquí --
que el lesionado tenga acción de justicia para demandar su cumplimen
to.

Cuando el padre y la madre en un mismo acto reconozcan a su hijo-
y no vivan juntos, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia, en
caso de que no lo hicieren corresponde a el Juez de lo familiar y al -
Ministerio Público, oyendo a los padres, resolver lo que juzguen más -
conveniente para los intereses del menor. Anteriormente no se hablaba
de custodia sino de patria potestad, actualmente ambos ejercen la pa--
tria potestad, pero solo uno de ellos la custodia.

En caso de que el reconocimiento se haga por uno de los padres --
que no viven juntos, éste será el que ejerza la custodia, salvo que se
conviniere otra cosa entre los padres, siempre y cuando el Juez de lo
Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave --
con audiencia de los interesados y del Ministerio Público.

2.3 EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

Los efectos principales del divorcio respecto a los hijos son:

2.3.1 LA LEGITIMIDAD O ILEGITIMIDAD DEL HIJO DE LA MUJER DIVORCIADA, O SIMPLEMENTE SEPARADA DE SU MARIDO.

Comprende tres períodos:

I. Si el hijo naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges;

II. Si naciere después de los trescientos días siguientes a la separación, pero antes que transcurran trescientos días de la sentencia -- de divorcio; y

III. Si el hijo naciere después de los trescientos días de que cause ejecutoria la sentencia de divorcio.

El primer período, o sea, cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial de los cónyuges, de acuerdo al artículo 324, frac. II del Código Civil, existe la presunción de legitimidad del hijo, de tal suerte que el marido no podrá impugnarla, salvo que demuestre que le fue físicamente imposible tener relaciones sexuales con su esposa dentro de los primeros ciento veinte días, de los trescientos anteriores al nacimiento. Esta legitimidad no podrá ser desconocida aún cuando el marido comprobase el adulterio de la ma--

dre, y aún cuando ésta reconociere el adulterio y confesare expresamente que el hijo no es de su marido. En estos casos, la ley exige, que se acredite que el nacimiento se le ocultó al marido, o bien, que demuestre que dentro de los trescientos días anteriores al nacimiento, - no tuvo acceso carnal con su esposa.

Esta acción que el marido puede intentar para impugnar la ilegitimidad del hijo que naciere dentro de los trescientos días siguientes a la separación judicial, está sujeta al plazo de caducidad de sesenta días que se contarán, si se encuentra presente y tiene conocimiento -- del nacimiento, a partir de éste. Si se le oculta el nacimiento, a -- partir del momento en que tenga conocimiento de él, y si se encontrare ausente, a partir del momento en que regresare al lugar del nacimiento y tuviere conocimiento de él. (art. 330 del Código Civil)

En el artículo 331 del mismo Código, se prevé el caso de que el - marido esté bajo tutela, bien por interdicción mental, por privación - de la inteligencia, imbecilidad o idiotismo, casos en los que su tutor será el que ejercerá la acción de impugnación de la paternidad. Pero si no la ejercitara, y el marido recobra la razón, será éste quien podrá intentarla siempre dentro del mismo término de sesenta días que determina el artículo 330.

En el artículo 332 se dispone: "Cuando el marido teniendo o no - tutor ha muerto sin recobrar la razón, los herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre", y con-

forme al artículo 333, el término de sesenta días correrá para los herederos a partir del momento en que el hijo sea puesto en posesión de los bienes hereditarios.

En el artículo 335 se establece "el desconocimiento de un hijo - de parte del marido o de sus herederos, se hará por demanda en forma - ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo". Y el 336 "En el juicio de contradicción de la paternidad, se oirá a la madre y al hijo, quien si fuere menor se proveerá de un - tutor interino".

En el segundo período se refiere al hijo que naciere después de - los trescientos días de decretada la separación judicial. Para los -- efectos legales, lo importante es que en este período no hayan transcurrido en el momento en que el hijo nazca, más de trescientos días de - pronunciada la sentencia; por que la idea fundamental es: aun cuando- hubo una separación judicial, que normalmente hace presumir que ya no habrá la relación sexual entre los cónyuges, jurídicamente siguen unidos en matrimonio, hasta que no venga la sentencia definitiva y cause- ejecutoria, a disolver el vínculo. Por lo tanto si el hijo naciere -- después de los trescientos días siguientes a la separación pero antes- de que se pronuncie sentencia, evidentemente fue un hijo nacido duran- te el matrimonio de sus padres. A su vez, si el hijo naciere después- de que se pronunció la sentencia y ya había transcurrido con exceso el término de trescientos días después de la separación, pero no el de -- trescientos días siguientes a la disolución, que sólo se opera por --

sentencia, vuelve ese hijo a ser considerado como nacido durante el matrimonio de sus padres.

Este segundo período está regulado por el artículo 327 "el marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".

La diferencia que existe entre el primero y el segundo períodos, es: en el primero el hijo lleva la presunción de legitimidad y en el segundo, ya el hijo no lleva de pleno derecho esa presunción de legitimidad. En el primer período el padre tiene que rendir pruebas plenas, absolutas, que demuestren la imposibilidad física de haber engendrado al hijo. Es decir, toda la carga de la prueba la lleva el marido que impugna la legitimidad, y ni la madre, ni el hijo a través de su tutor, tienen que rendir pruebas, y si el marido no lograra probar esa imposibilidad física, la presunción de legitimidad se convertirá en absoluta y el juez declarará que el hijo es legítimo. En cambio, en el segundo período, al no existir ya esa presunción de legitimidad, ambas partes están procesalmente en el mismo plano, ambas tienen que justificar: el marido que no pudo engendrar al hijo; la madre o en su caso el hijo, que sí fue engendrado por el marido. Aquí el juez tendrá que normar su criterio en función a las circunstancias, de los hechos y de las pruebas que se rindan.

El tercer período, comprende a los hijos que la mujer divorciada - tuviese después de los trescientos días siguientes a la disolución de - su matrimonio. Dice al efecto el artículo 329 "las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la - disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación".

Hay que distinguir los casos en que el hijo naciere después de - - trescientos días de muerto el marido de su madre, o de disuelto el ma-- trimonio por divorcio o por nulidad. En el caso de muerte del marido,- ni siquiera hay posibilidad de que el hijo de la viuda pudiese preten-- der algún derecho en relación a los bienes, al apellido del que fue ma-- rido de su madre, por una absoluta imposibilidad física de que éste hu-- biese engendrado al hijo, puesto que nació después de trescientos días-- siguientes a su muerte.

En cambio, el hijo que naciere después de trescientos días de di-- suelto el matrimonio, ya por divorcio ya por nulidad, no se encuentra - en esa absoluta imposibilidad física de que el marido de la madre lo hu-- biese engendrado, pero tampoco tiene la presunción de legitimidad. Po-- drá existir cierta posibilidad, especialmente en los casos de nulidad,- más que en los de divorcio, de que haya trato sexual entre los que fue-- ron cónyuges. Pero es ésta una posibilidad humana que la ley no va a - tomar en cuenta como norma para seguir imputando al ex-marido, el hijo- de la mujer divorciada que nació después de los trescientos días si- - guientes a la sentencia.

2.3.2 LOS EFECTOS EN CUANTO A LA PATRIA POTESTAD

En nuestro Código Civil vigente, se establecen tres normas fundamentales en materia de patria potestad. Para determinadas causas de divorcio, el cónyuge culpable pierde definitivamente la patria potestad, aun cuando muera después el inocente; en tal caso, como no puede recobrar esa patria potestad, pasará a los abuelos (primero paternos y luego maternos) a falta de ellos, el hijo quedará bajo tutela. Una segunda norma hace privar al cónyuge culpable de la patria potestad, mientras viva el inocente, pero recobrar ese derecho a su muerte. Por último, tratándose de divorcio por enfermedad crónica e incurable, que sea contagiosa o hereditaria, se restringe la patria potestad en cuanto al cónyuge enfermo, sólo para evitar, tratándose de enfermedades contagiosas, que puede existir ese contagio, y por eso la custodia y la vida en común se establece en favor del cónyuge inocente.

También la propuesta del marido para prostituir a su mujer, entraña tal gravedad, que es lógico suponer que el papá quiera corromper a sus hijos, puesto que hay el peligro de que aquel cónyuge inmoral que trató de prostituir a su esposa, pueda tratar también de corromper a sus hijos.

En estos casos es lógico entender el por qué de la pérdida de la patria potestad, sin embargo el maestro Rojina Villegas establece: "fuera de esos casos, incluyendo el mismo adulterio, el delito cometido con

tra un tercero, que no sea político, pero sí infamante y que tenga una pena mayor de dos años de prisión, no afecta directamente a los hijos, es decir, no hay razón verdadera para privar al culpable, cuando muera el inocente, de la patria potestad. Nuestro problema es sólo para el caso de que muera el cónyuge inocente y entonces pueda el culpable recobrar la patria potestad, cuando sólo haya cometido adulterio, un delito contra tercero, o se haya separado injustificadamente de la casa-conyugal por más de seis meses". (28)

El artículo 283 en su fracción II establece: "Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recobrará la patria potestad. Si los dos cónyuges fuesen culpables, se suspenderá el ejercicio de la patria potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza, se designará tutor".

Por último la fracción III del mencionado artículo, nos dice: "En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 277, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos"; estas fracciones VI y VII se refieren respectivamente a padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica e incurable, que sea, ade--

(28) Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. p.552.

más contagiosa o hereditaria; a la impotencia incurable que sobrevenga después de efectuado el matrimonio y enajenación mental incurable.

Conforme al artículo 284, antes de que se provea definitivamente la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos, hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere, benéfica a los menores. En el artículo 285 se dispone que el padre y la madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, el perder la patria potestad no quiere decir perder la obligación de dar alimentos, ni dejar de tener las responsabilidades inherentes. Este artículo debe entenderse dirigido sobre todo al deber de tipo patrimonial para suministrar alimentos a los hijos, a la obligación jurídica de representarlos en todos los actos en que conforme a la ley deban los padres asistirlos o representarlos y al ejercicio de las acciones conducentes para la defensa de los derechos y los intereses patrimoniales de los hijos.

2.3.3 OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS

Conforme al artículo 287 del Código Civil los cónyuges divorciados sólo deben dar alimentos a los hijos hasta que lleguen a la mayoría de edad, sin embargo, no hay razón para que por el hecho de que lleguen a los 18 años se les prive de la pensión alimenticia si se encuentran incapacitados para trabajar y carecen de bienes, ya que conforme a las -

reglas generales en cuanto a la obligación de dar alimentos por parte de los padres y en general, a los ascendientes, frente a los descendientes, la misma subsiste siempre que haya la necesidad en el acreedor alimentario por carecer de bienes y estar imposibilitado para el trabajo, y que especialmente para los padres no hay un límite en función de la mayoría de edad en el hijo, y que si esto es evidente cuando no se ha disuelto del vínculo matrimonial, con mayor razón en el caso de divorcio.

Conforme al artículo 320 cesaría la obligación de dar alimentos en el cónyuge culpable, de acuerdo con la fracción I, es decir, cuando carezca de medios para satisfacerla. Puede ocurrir también que los hijos no tengan necesidad de alimentos de los padres, no por ser mayores de edad, sino por que tengan bienes suficientes, porque estén en condiciones de trabajar y de proporcionarse lo necesario para subsistir. Entonces se aplica la regla general de que cesa la obligación alimentaria cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos, o sea, la fracción II del artículo 320 que a su vez, se relaciona con el artículo 311: "los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos". Desapareciendo esta necesidad, desaparece también el derecho de poder exigir alimentos.

3. LA CUSTODIA DE LOS EXPOSITOS Y DE LOS NIÑOS MALTRATADOS

3.1 DE LOS EXPÓSITOS Y NIÑOS ABANDONADOS

La familia es la institución natural insustituible para que en su seno alcance el niño, a través de su evolución, la plenitud en su desarrollo físico, psíquico y moral que habrá de culminar en la maduración propia de la vida adulta.

Francisco González de la Vega, al estudiar el delito de abandono de niños o enfermos proporciona un concepto jurídico-penal de niño y expresa que niño es "la persona humana desde su nacimiento hasta la -- iniciación de la edad púber". (29)

Adolfo Berger en su diccionario dice: "Exponere Filium (Liberum). Exponer, abandonar a un niño para deshacerse de él. Cuando el padre abandonaba al hijo perdía la patria potestad de éste, en tanto la persona que lo llevaba a su casa (nutritor) como si fuera suyo (alumnus)- o como esclavo, adquiría poder sobre él y podía venderlo como esclavo. Posteriormente la legislación imperial prohibió esta costumbre, aunque fuese en vano. Los padres tuvieron el derecho de recobrar al niño que había sido expuesto, pero estaban obligados a compensar a la persona -

(29) González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano. Ed. Porrúa. México, 1964. p.140.

que lo había recogido y ésta tenía que declarar si había criado al niño como libre o como esclavo, hasta que Justineano ordenó que cualquier niño abandonado debía ser considerado libre". (30)

Nuestro país, en proceso ininterrumpido de desarrollo, afronta muchos y graves problemas producto de la desproporción entre su crecimiento demográfico y los servicios necesarios para satisfacer las necesidades de la población.

El niño abandonado y maltratado es una realidad en todo el mundo - y la padecen todas las naciones. El abandono y el maltrato a los infantes son ante todo un problema social que tiene sus raíces en la familia, a veces se presenta el abandono en un secreto absoluto, como es el caso de los niños abandonados en la vía pública, en una iglesia, en un parque, etc.

Otra modalidad a la que se recurre para abandonar al recién nacido, es cuando éste es dejado en el centro hospitalario donde dió a luz su madre, o bien, en algún centro de atención infantil, lo cual desde el punto de vista jurídico no encuadra dentro del delito de abandono de infante, en virtud de que el menor fue dejado a cargo de personas que velarían por su adecuado crecimiento y desarrollo. El abandono del recién nacido implica el rompimiento del binomio madre-hijo; desde los primeros días, la mente humana rechaza justificar a una madre que procedió en una forma tan agresiva y contraria al interés del niño, al senti

(30) Berger, Adolfo. Ob. Cit. p. 175

miento natural de cariño que todos los seres normales manifiestan por una criatura, máxime cuando se trata del propio hijo. Sin embargo, nunca será posible impedir la tragedia de un niño abandonado o maltratado, que vinieron al mundo a testificar con su dolor el capricho egoísta de sus padres.

El abandono consiste en "colocar al sujeto pasivo en situación de desamparo material, que implique la privación, aunque sólo sea momentánea, de aquellos cuidados que le son debidos y de que ha menester, con riesgo para su integridad personal". (31) De acuerdo a Raúl Carranca y Trujillo y a Raúl Carranca y Rivas "la forma más patente de abandono consiste en dejar a la persona sola, sin vigilancia ni fácil posibilidad de que sea socorrida. No constituye abandono a los efectos del artículo 335 del Código Penal, al depositar un niño en la Casa Cuna o en poder de un tercero y desaparecer enseguida".

El artículo antes citado establece: "al que abandone a un niño in capaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarlo, se le aplicarán de un mes a cuatro años de prisión, - si no resultare daño alguno, privándolo, además, de la patria potestad o de la tutela, si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido".

La ley no establece la edad máxima que debe tener el niño, sólo se

(31) Vincenzo Manzini. Trattato di Diritto Penale. Italiano, Turín, 1933-1939, T. VIII, p. 274 y 275. Citado por Raúl Carranca y Trujillo, Código Penal Anotado. Ed. Porrúa, S.A. México, 1974. p.640.

refiere a su incapacidad, elemento normativo que el juez debe determinar o apreciar de acuerdo a las pruebas que obren en autos, debido a que una situación puede ser peligrosa para un niño y la misma no lo sea para otro niño.

El abandono, no sólo se tipifica cuando un menor es separado físicamente de la persona o personas que tienen la obligación de atenderlo, sino aún cuando estando a su lado deben de cumplir con la obligación de protegerlo debidamente. En tal virtud, el abandono es un término amplio y complicado que comprende también la exposición voluntaria, ya que con esto se evidencia el deseo de incumplir con las obligaciones o deberes provenientes de la patria potestad.

La obligación de cuidado, que establece el artículo 335 del Código Penal, comprende la de manutención (padres o tutores), en el caso de educadores o enfermeras esta obligación se deriva de un convenio o contrato (expreso o tácito); en el caso del agente policiaco momentáneamente tiene a su cuidado a un menor extraviado, la obligación tendrá un carácter transitorio y accidental.

Existe otra modalidad de abandono del recién nacido y es cuando la propia madre expone o "regala" a su menor hijo a terceras personas o a instituciones, lo que jurídicamente se denomina exposición voluntaria de infantes.

Es así como las Casa de Cuna reciben a estos menores para ser en-

tregados en adopción o depósito a matrimonios previamente estudiados.

El delito de exposición de infantes se encuentra tipificado en el artículo 342 del Código Penal "al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se la confió o de la autoridad en su defecto, se le aplicarán de uno a cuatro meses de prisión y multa de cinco a veinte pesos". El objeto jurídico del delito, no es la vida humana sino el estado civil de las personas; es un delito doloso, de peligro individual y concreto.

Artículo 343 del Código Penal. "Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un niño que esté bajo su potestad, perderá por ese solo hecho los derechos que tenga sobre la persona y bienes del expósito".

El abandono infantil cada día se acrecenta mucho más, frecuentemente en las grandes zonas de población urbana como el Distrito Federal, se encuentran innumerables noticias periodísticas acerca del abandono de menores en la vía pública; de estos casos únicamente el 75% -- llega a Casas de Cuna o a cualquier otra institución y el otro 25% fallece.

El niño privado de vida familiar normal puede apreciarse en dos grandes grupos:

- Aquellos cuyo vínculo familiar se encuentra temporalmente roto o simplemente resquebrajado y amenazado de ruptura.

- Aquellos cuyo nexo familiar no existe, o se encuentra total y definitivamente roto.

En ambos casos, la intervención pública está justificada para completar o suplir la vida familiar deficiente o inexistente; pero las medidias a adoptar difieren según se trate de menores comprendidos en uno u otro caso.

En el primero, estas medidas deberían tender a dos finalidades -- distintas, pero estrechamente enlazadas entre sí: "De una parte, asegurar mediante la protección del niño un equilibrado desarrollo físi--co, mental y afectivo; de otra, llevar a cabo esta protección de forma tal que se conserve y refuerce el lazo familiar en trance de romperse". (32).

Características del segundo grupo son el huérfano y el niño abandonado y en este último caso se pueden apreciar dos situaciones:

a) El niño abandonado en instituciones de acogimiento sin que -- conste en éstas el nombre de los padres, o de la madre por lo menos.

b) El niño acogido en instituciones donde consta nombre y cir-

(32) López Cano, J. El servicio de Ayuda Social de la Infancia. Los Menores a Cargo del Estado. I Congreso Nacional de la Infancia Española. Madrid. Oct.-Nov., p. 275, 1962.

cunstances de los padres, generalmente madre soltera, pero que se desentiende más tarde de su hijo.

En el primer caso, la situación es clara y definida. El menor se encuentra bajo la custodia de la institución y puede ser adoptado o no por una familia sin temor a posibles conflictos con su familia natural, mientras que en el segundo los padres, o en su caso la madre, conservan en principio la patria potestad.

Es muy común el caso de la madre que confía sus hijos a instituciones, se desentiende de ellos durante largos años y sólo hasta que llega a una edad en que, en vez de ser una carga supone una ayuda, se le exacerba de repente y en forma sospechosa el cariño maternal, llegando a reclamar a sus hijos a la institución o familia de acogimiento.

Sin embargo hay casos en que la madre que aún goza del estado de "hija de familia", esto es, que concibe y da a luz sin haber contraído matrimonio, y que merced a los prejuicios sociales que aún padecemos, se ve obligada por sus propios padres a ocultar al advenimiento de su hijo y posteriormente a borrar todo vestigio de él.

Las causas sociales que determinan el abandono provienen directamente o indirectamente de la falta de seguridad económica, cultural y familiar, por ello el abandono en muchos casos es ocasionado como consecuencia de que los padres del menor carecen de medios económicos para su subsistencia, situación que está desde luego en relación con la evi

nes intencionales que producen lesiones físicas o mentales, muerte o cualquier otro daño personal, provenientes de sujetos que, por cualquier motivo, tengan relación con ella". (33)

Existen ciertos factores que generan el maltrato de los niños, en muchas ocasiones los agresores, generalmente los padres o tutores, tuvieron ascendientes que los maltrataron, lo cual dió como resultado -- que crecieran con lesiones físicas y emocionales que les produjeron la creencia de que no eran "buenos", lo que conduce a un sentimiento de rechazo y subestimación de sí mismos que los hace deprimidos e inmaduros. (Ver cuadros No. 1, No. 2 y No. 3).

RELACION DEL NIÑO AGREDIDO CON EL AGRESOR

| | CASOS | PORCENTAJE |
|------------------------|------------|----------------|
| Madre | 270 | 39.3% |
| Padre | 131 | 19.1% |
| Padraastro o madrastra | 73 | 10.7% |
| Tíos | 13 | 6.3% |
| Abuelos | 17 | 2.4% |
| Otros | 50 | 7.3% |
| .Hermanos | | |
| .Vecinos | | |
| .Profesores | | |
| .Pandilleros | | |
| .Servidumbre | | |
| No especificados | 102 | 49.9% |
| TOTAL DE CASOS | 686 | 100.00% |

Cuadro No. 1. (Análisis de 686 casos, extractados de notas periodísticas publicadas en un período aproximado de 14 años, por tanto no se trata de una información de cobertura total ni de confiabilidad definitiva). J. Marcovich K.yB. González y Gutiérrez, El Maltrato a los Hijos. Ed. Edicol, S.A., México 1978. p.44

(33) Osorio y Nieto, César Augusto. El Niño Maltratado. Ed. Trillas, México, 1981. p. 82

EDAD Y SEXO DE LOS AGRESORES

| E D A D | CASOS | S E X O | | PORCENTAJE |
|-----------------------|------------|-----------|------------|---------------|
| | | M. | F. | |
| Menos de 19 años | 41 | 17 | 24 | 5.5% |
| De 20 a 24 años | 47 | 22 | 25 | 6.5% |
| De 25 a 29 años | 38 | 18 | 20 | 5.3% |
| De 30 a 34 años | 21 | 11 | 10 | 2.9% |
| De 35 a 39 años | 23 | 11 | 12 | 3.2% |
| De 40 a 44 años | 13 | 6 | 7 | 1.8% |
| De 45 a 49 años | 3 | 2 | 1 | 0.4% |
| De 50 a 54 años | 2 | 2 | - | 0.3% |
| De 55 a 59 años | 11 | 5 | 6 | 1.5% |
| De 60 y más años | 1 | 1 | - | 0.2% |
| No especificados | 527 | - | - | 72.4% |
| TOTAL DE CASOS | 727 | 95 | 105 | 100.0% |

Cuadro No. 2. Tomado de J. Marcovich y B. González y Gutiérrez. El Maltrato a los Hijos. p.43.

RESIDENCIA HABITUAL DEL NIÑO AGREDIDO

| ENTIDAD FEDERATIVA | CASOS | % | ENTIDAD FEDERATIVA | CASOS | % |
|------------------------|------------|----------|--------------------|-------|-------|
| Distrito Federal | 115 | 16.8% | Estado de México | 46 | 6.7% |
| Chihuahua | 28 | 4.1% | Veracruz | 30 | 4.4% |
| Jalisco | 22 | 3.2% | Chiapas | 20 | 2.9% |
| Tamaulipas | 19 | 2.8% | Nuevo León | 18 | 2.6% |
| Sonora | 16 | 2.3% | Puebla | 14 | 2.0% |
| Hidalgo | 13 | 1.9% | Michoacán | 12 | 1.7% |
| Sinaloa | 11 | 1.6% | San Luis Potosí | 10 | 1.5% |
| Guanajuato | 9 | 1.3% | Querétaro | 8 | 1.2% |
| Baja California Norte | 7 | 1.0% | Morelos | 6 | 0.9% |
| Coahuila | 6 | 0.9% | Nayarit | 4 | 0.6% |
| Durango | 4 | 0.6% | Oaxaca | 4 | 0.6% |
| Campeche | 3 | 0.4% | Yucatán | 2 | 0.3% |
| Baja California Sur | 2 | 0.3% | Colima | 2 | 0.3% |
| Zacatecas | 1 | 0.1% | No especificados | 254 | 37.0% |
| TOTAL DE CASOS: | 686 | - | 100.0% | | |

Cuadro No. 3. Tomado de J. Marcovich K y B. González y Gutiérrez. El Maltrato a los Hijos. Ed. Edicol, S.A. México, 1978. p.42

La frustración de los padres casi siempre deriva en castigo hacia sus hijos, ya que en éstos descargan sus tendencias negativas. En algunas ocasiones hay argumentos que tratan de justificar el maltrato a los menores: se les castiga "por su propio bien", porque muestran un comportamiento inadecuado, (ver cuadro No. 4), otras veces las madres piensan que sus hijos son los causantes de sus caderas deformadas, obesidad, várices, etc. y desarrollan agresividad contra el supuesto culpable, es decir, el hijo; otros padres, pueden sentir placer con el sufrimiento del niño.

En las familias en que hay niños maltratados, la vida es desordenada, existe inestabilidad y desorganización hogareña, desavenencia -- conyugal, penuria económica (ver cuadros No. 5 y No. 6), enfermedades, conductas antisociales, ausencia de cuidados, alimentos deficientes o mal preparados, mala administración del dinero (si lo hay), desempleo o subempleo (ver cuadro No. 7), embarazos no deseados, expulsiones de la escuela y por ende, desintegración del núcleo familiar.

Hay casos en que la situación familiar, desde el punto de vista económico y moral, es aceptable y el niño es deseado y recibido con beneplácito y, sin embargo es maltratado.

"Los malos tratos contra los niños se producen en todas las clases sociales y niveles económicos, en todas las razas, nacionalidades y religiones". (34) Sin embargo, por diversas razones este hecho pre

(34) Medina, Carlos A. "Millón y Medio de menores son explotados por sus padres". Excélsior, 25 de mayo de 1978, México, D. F.

CAUSAS PRINCIPALES DE LA AGRESION

| | CASOS | PORCENTAJE |
|--------------------------|-------|------------|
| | ----- | ----- |
| Pedir comida. | 155 | 22.6% |
| No poder mantenerlos. | 145 | 21.2% |
| No traer dinero. | 142 | 20.7% |
| Llanto. | 60 | 8.7% |
| Desobediencia. | 51 | 7.5% |
| Hacer travesuras. | 44 | 6.4% |
| No controlar esfínteres. | 36 | 5.2% |
| Otros | 22 | 3.2% |
| No especificados. | 31 | 4.5% |
| <hr/> | | |
| TOTAL DE CASOS | 686 | 100.0% |

Cuadro No. 4. Tomado de J. Marcovich K. y B. González y Gutiérrez.
El Maltrato a los Hijos. p. 48.

NUMERO DE CUARTOS POR VIVIENDA

| NUM. DE CUARTOS | CASOS | PORCENTAJE |
|-------------------|-------|------------|
| ----- | ----- | ----- |
| Cuarto. | 186 | 27.1% |
| 1 - 2 cuartos. | 22 | 3.5% |
| Más de 2 cuartos. | 6 | 0.8% |
| No especificados. | 427 | 68.6% |
| <hr/> | | |
| T O T A L | 686 | 100.0% |

Cuadro No. 5 Tomado de Ibid. p. 46.

NÚMERO DE HERMANOS DEL NIÑO AGREDIDO

| | CASOS | PORCENTAJE |
|--------------------------------|-------|------------|
| | ----- | ----- |
| Menos de 3 hermanos. | 41 | 6.0% |
| De 4 a 6 hermanos. | 96 | 14.0% |
| Más de 6 hermanos. | 37 | 5.4% |
| Núm. de hijos no especificado. | 512 | 74.6% |
| <hr/> | | |
| T O T A L | 686 | 100.0% |

Cuadro No. 6. Tomado de Ibid. p. 45

CONDICION DE ACTIVIDADES DEL AGRESOR

| | CASOS | PORCENTAJE |
|-------------------|-------|------------|
| | ----- | ----- |
| Ocupados. | 58 | 8.0% |
| Desocupados. | 446 | 61.3% |
| No especificados. | 223 | 30.7% |
| <hr/> | | |
| TOTAL DE CASOS | 727 | 100.0% |

Cuadro No. 7. Tomado de Ibid. p. 45.

senta mayor incidencia en niveles inferiores, sin dejar de reconocer - que los extractos superiores están en mejor posibilidad de ocultar o - disimular tales hechos.

Como un factor que influye en la realización de los malos tratos, es importante señalar la identificación del castigo físico con la norma de educación. Ciertamente tal idea considera que el maltrato (prin

principalmente físico) en el ámbito familiar o escolar es un adecuado instrumento formativo. La relación "castigo-educación" es una norma social lamentablemente vigente en más de un sentido.

Existen lesiones físicas que son características de los niños maltratados, sin embargo estas alteraciones pueden producirse también por otras causas como pueden ser las accidentales.

En los niños maltratados se observa frecuentemente la presencia de hemorragias cutáneas y subcutáneas en diferentes etapas de recuperación, sobre todo en cara y nalgas, pudiendo presentarse también en los antebrazos debido a una actitud de defensa del niño también se observan escoriaciones, en ocasiones heridas sobreinfectadas y quemaduras, nariz tumefacta aplanada, dientes rotos, desgarres de encías ocasionadas por la introducción brutal de biberones o chupones. Las fracturas se presentan repetidamente, y en ocasiones en forma múltiple, en costillas, huesos largos y cráneo.

Otras lesiones características del maltrato a los niños son las viscerales: rotura de bazo, hígado, riñón y estallamiento en general. (Ver cuadros No. 8 y No. 9).

Los niños maltratados presentan determinados rasgos distintivos comunes en muchos casos, generalmente son menores de seis años y en muchos casos de un año; (Ver cuadro No. 10) la mayor parte de ellos, son varones que presentan un aspecto triste, indiferente, temeroso o asusta

 TIPO DE LESIONES QUE NO CAUSARON LA MUERTE

| TIPO DE LESIONES | CASOS | PORCENTAJE |
|----------------------------------|-------|------------|
| Quemaduras | 101 | 32.9% |
| .Cigarrillos | | |
| .Hierros calientes | | |
| .Tenazas | | |
| .Cucharas | | |
| .Brazas | | |
| Azotes | 83 | 27.1% |
| .Reatas mojadas | | |
| .Cuerdas | | |
| .Varas de árboles | | |
| .Tablas de madera | | |
| Inanición | 57 | 18.2% |
| .Ayuno prolongado | | |
| Misceláneas | 66 | 21.4% |
| .Dejarlos hincados sobre: | | |
| ..Corcholatas. | | |
| .Baños con agua helada por en- | | |
| suciarse en la cama y llanto | | |
| prolongado. | | |
| .Encierros y amarres en: | | |
| ..Cuartos y letrinas. | | |
| .Intoxicación con barbitúricos o | | |
| yerbas. | | |
| TOTAL DE CASOS | 307 | 100.0% |

TIPO DE LESIONES QUE CAUSARON LA MUERTE

| TIPO DE LESIONES | CASOS | PORCENTAJE |
|---|-------|------------|
| Ahorcamiento | 159 | 42.2% |
| Heridas por objetos punzocortantes. | 75 | 19.3% |
| Heridas por bala. | 20 | 5.4% |
| Misceláneas. | 125 | 33.1% |
| .Asfixia por bolsas de plástico. .Colgadura de las manos. .Por interposiciones en las riñas o discusiones de los padres. .Encierros en el congelador. .Encierros en un veliz. .Arrojamiento a los animales. (perros, ratas y cerdos) .Canibalismo .Mordidas. .Martillazos. .Lapidación. .Intoxicación con barbitúricos. | | |
| TOTAL DE CASOS | 379 | 100.0% |

Cuadro No. 9. Tomado de Ibid. p. 50.

EDAD Y SEXO DE LOS NIÑOS AGREDIDOS

| EDAD | TOTAL | PORCENTAJE | MAS. | FEM. | NO ESPECIFIC. |
|----------------------|-------|------------|------|------|------------------|
| Menos de 8 días | 81 | 11,7% | 32 | 19 | 30 |
| De 8 a 29 días | 7 | 1.0% | - | 6 | 1 |
| De 1 a 6 meses | 47 | 6.9% | 21 | 20 | 6 |
| De 7 a 12 meses | 21 | 3,1% | 9 | 11 | 1 |
| De 1 a 3 años | 121 | 17,3% | 66 | 55 | - |
| De 4 a 6 años | 160 | 23,3% | 66 | 91 | 3 |
| De 7 a 12 años | 136 | 19,9% | 81 | 53 | 2 |
| De 13 años y más | 65 | 9,5% | 15 | 48 | 2 |
| Edad no especificada | 48 | 7.0% | 15 | 10 | 23 |
| TOTAL DE CASOS | 686 | 100,0% | 305 | 313 | 68 |

Cuadro No. 10. Tomado de Ibid. p. 47.

dizo y descuidado, es notorio su mal estado general, como consecuencia de traumatismos y negligencias, tanto afectivas como alimentarias. La proximidad de un adulto causa terror en el niño, lo cual se observa en especial cuando los maltratados son hospitalizados y un adulto se acerca a su cama, puesto que es frecuente que en su hogar sea golpeado en tales circunstancias. (Ver cuadro No. 11)

Las características antes señaladas son las más comunes en los niños que son maltratados, aunque puede haber casos en que no se presenten estos rasgos, pero normalmente en tales niños se advierte uno, varios o todos estos signos, además de las lesiones que anteriormente se señaló.

Los niños maltratados en la mayoría de las veces tienen conductas antisociales; la ley que creó el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, promulgada el 26 de diciembre de 1973 y publicada en el Diario Oficial el 2 de agosto de 1974 y que entró en vigor a los treinta días de su publicación, en su artículo 2 expresa:

El Consejo Tutelar intervendrá en los términos de la presente ley, cuando los menores infrinjan las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, fundadamente, una inclinación a causar daños a sí mismo, a su familia o a la sociedad,...

En el artículo 1 de la misma ley, establece la aplicación de ésta a los menores de 18 años; la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, promulgada el 24 de diciembre de 1976 y publicada en el Diario Oficial el 29 de diciembre del mismo año, vigente a partir del 1.º de enero de 1977, establece en su artículo 27, fracción XXVI, corresponde a la Secretaría de Gobernación: "Organizar la defensa y prevención social contra la delincuencia, estableciendo en el Distrito Federal un Consejo Tutelar para menores infractores de más de seis años..."

De lo anterior se deduce que las conductas antisociales de los menores son las señaladas en el artículo 2 de la Ley Tutelar y las edades límites son mínima de 6 años y máxima de 18 años.

El niño golpeado crece con una gran carga de agresividad reprimida que va a proyectar hacia la nueva familia, pues es muy probable que sea el adulto que maltrata a la mujer y a los hijos. Las vivencias de la niñez del agredido se van a proyectar sobre la nueva familia, sobre los hijos, y será un padre agresor; así como él fue un niño maltratado, sus hijos lo serán y es posible que esto origine una cadena de malos tratos a los niños, la cual será interrumpida por una adecuada tarea de rehabilitación y prevención.

LOCALIZACION DEL NIÑO AGREDIDO

| | CASOS | PORCENTAJE |
|-------------------------------|------------|---------------|
| | ----- | ----- |
| Hospitales | 184 | 26.8% |
| Casa Cuna | 92 | 13.5% |
| Otros lugares | 208 | 30.3% |
| .Botes de basura | | |
| .Corral de cerdos | | |
| .Refrigeradores | | |
| .Macetas | | |
| .Letrinas | | |
| .Azoteas | | |
| .Zanjas | | |
| .Enterrados clandestinamente. | | |
| .Barrancas | | |
| .Bajo la cama | | |
| .Terrenos baldíos | | |
| .Ríos | | |
| No especificados | 202 | 29.4% |
| TOTAL DE CASOS | 686 | 100.0% |

Cuadro No. 11. Tomado de Ibid. p. 52

QUIEN DENUNCIO EL CASO

| | CASOS | PORCENTAJE |
|-----------------------|------------|---------------|
| Madre | 101 | 15.4% |
| Padre | 37 | 5.1% |
| Familiar | 24 | 3.1% |
| Vecinos | 209 | 32.1% |
| Agredido | 10 | 2.5% |
| Médico | 2 | 0.3% |
| No especificados | 273 | 41.5% |
| TOTAL DE CASOS | 656 | 100.0% |

Cuadro No. 12. Tomado de Marcovich y González y Gutiérrez. El Maltrato a los Hijos. p. 51

MORTALIDAD DE LOS NIÑOS AGREDIDOS

| | CASOS | PORCENTAJE |
|-----------------------|------------|---------------|
| Niños vivos | 307 | 44.8% |
| Niños muertos | 379 | 55.2% |
| TOTAL DE CASOS | 686 | 100.0% |

Cuadro No. 13. Tomado de Ibid. p. 54.

"Proporción que revela el funesto grado de violencia que suele acompañar el desarrollo humano en la primera parte de su vida".

3.2 CUSTODIA DEL EXPÓSITO POR MEDIO DE PARTICULARES

Gonzalo Retana manifiesta: "No hay ser más fragil que aquel cuya niñez se mece en la cuna, sobre la que se inclinan, con sus desvelos y esperanzas, la ternura materna y el orgullo paterno". (35)

Es preocupación de todos estudiar los factores que condicionan el abandono para tratar de evitarlo; la investigación social resulta esencial en este sentido y debe ser encaminada a elevar el nivel sociocultural de la población, pues éste es el camino más seguro para disminuir el fenómeno del abandono infantil.

Nuestro Código Civil Vigente establece en su artículo 65 "toda persona que encontrare un recién nacido, o en cuya casa o propiedad -- fuese expuesto alguno, deberá presentarlo al Juez del Registro Civil, con los vestidos, papeles o cualesquiera otros objetos encontrados con él y declarará el día y lugar donde lo hubiere hallado, así como las demás circunstancias que en el caso hayan concurrido".

"La misma obligación tienen los jefes, directores o administradores de las prisiones y de cualquiera casa de comunidad, especialmente los de los hospicios, casas de maternidad, e incluso, respecto de los niños nacidos o expuesto en ellas". (artículo 66)

(35) Marcovich, Jaime. El Maltrato a los Hijos. Ed. Edicol, S. A. México, 1978. p. 133.

Artículo 67 "en las actas que se levanten en estos casos, se expresarán con especificación todas las circunstancias que designa el artículo 65, la edad aparente del niño, su sexo, el nombre y apellido que se le pongan y el nombre de la persona o casa de expósitos que se encarguen de él".

"Si con el expósito se hubieren encontrado papeles, alhajas u - - otros objetos que puedan conducir al reconocimiento de aquél, el Juez - del Registro Civil, ordenará su depósito ante el Ministerio Público res pectivo; mencionándolos, en el acta y dando formal recibo de ellos al - que recoja al niño". (artículo 68)

Por último, el artículo 69 manifiesta: "Se prohíbe absolutamente al Juez del Registro Civil y a los testigos que conforme al artículo 58 deben asistir al acto, hacer inquisición sobre la paternidad. En el ac ta sólo se expresará lo que deben declarar las personas que presenten - al niño, aunque aparezcan sospechosas de falsedad; sin perjuicio de que ésta sea castigada conforme a las prescripciones del Código Penal.

De acuerdo al Título Noveno, Capítulo V denominado "De la tutela legítima de los menores abandonados y de los acogidos por alguna persona, o depositados en establecimientos de beneficencia", se establece - "La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones - establecidas para los demás tutores". (artículo 492)

"Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que prevengan los estatutos del establecimiento". (art. 493).

3.3 EL MINISTERIO PÚBLICO FRENTE AL PROBLEMA DEL NIÑO MALTRATADO.

El Ministerio Público debe iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente pueda considerarse delictivo, -- tiene su fundamento legal en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su finalidad es decidir sobre el ejercicio o la abstención de la acción penal.

La función investigadora comprende la averiguación previa y en ésta se determina si efectivamente los daños que presentan los niños son el resultado de conductas dolosas y si éstas son atribuibles a determinadas personas. Mediante la averiguación previa el Ministerio Público detecta, investiga y en su caso comprueba el cuerpo del delito y la -- presunta responsabilidad.

La investigación que realiza el Ministerio Público de los malos - tratos, implica a la medicina legal, puesto que es necesario buscar, - observar y describir minuciosa y detalladamente las huellas, indicios, vestigios o evidencias de maltratamientos físicos que se encuentran en

el cuerpo del niño agredido y, dentro de este orden de actividades, es de singular importancia la descripción que se haga del niño maltratado, en especial de sus lesiones externas. Esta es la razón por la que se hace necesario que el Agente del Ministerio Público posea conocimientos médico-legales suficientes que le permitan realizar, por sí mismo, observaciones y descripciones directas.

En el caso de que, como consecuencia de los malos tratos, se produzcan lesiones al niño, el Ministerio Público debe practicar determinadas diligencias para investigar tal delito, atendiendo a la naturaleza externa, interna o mental de la lesión. Al investigar el delito de lesiones, cuando son externas, el Ministerio Público debe integrar la averiguación previa que contendrá el lugar, la fecha, la hora y el nombre del funcionario que inicia la averiguación; también debe preparar la síntesis de los hechos (exordio), la declaración de quien proporciona la noticia del delito, o parte policiaco, la declaración del lesionado, el resultado de la inspección ministerial y la fe de lesiones, - el dictamen pericial de las lesiones y su clasificación, la razón del dictamen o certificado médico, y dar fe del instrumento del delito. -- También dará parte, si procede, a los peritos en criminalística; habrá de realizar la inspección ministerial y dar fe del lugar, cuando sea - posible ubicar y represente interés para la averiguación previa su - - inspección, realizará la inspección ministerial y dará fe de ropas y - si existen testigos, procederá a tomarles su declaración. Cuando se - encuentre detenido el indiciado, se le remitirá al perito médico para que éste dictamine su estado psicofísico y dé la razón del dictamen o

certificado médico, se tomará la declaración del indiciado. Cuando la averiguación previa se inicia en el hospital de traumatología, deberá anotarse al principio de dicha averiguación, si el niño fue presentado en forma particular o en ambulancia, si éste último es el caso, deberá tomarse razón del parte de ambulancia y finalmente, se determinará la situación jurídica planteada en la averiguación. Las anteriores diligencias son las que se deben realizar en cualquier caso de lesiones; - ahora bien, en el caso de niños maltratados las gestiones que se deben realizar son, en término generales las mismas, con la particularidad - de que en éstas se debe hacer un llamado a la Dirección General de Servicios Sociales para que se tomen las medidas tutelares y preventivas correspondientes.

Cuando la inspección ministerial se aplique a los casos de maltrato infantil abarcará el estudio de todo el cuerpo del niño; se - le examinará y observará cuidadosamente para, finalmente describir minuciosamente en el acta todas las huellas o vestigios que haya dejado el maltrato, tal como lo dispone el artículo 95 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En todo caso de lesiones es necesario el auxilio pericial, en - atención a que las situaciones de lesiones requieren conocimientos especializados para la correcta apreciación de ellas, razón por la cual se hace necesario el concurso de peritos. Esta necesidad la estable--
cen los artículos 96, 121 y 162 del Código antes citado.

Los mencionados artículos señalan:

ARTICULO 96. "Cuando las circunstancias de la persona o cosa no pudieren apreciarse debidamente sino por peritos, tan luego como se cumpla con lo prevenido en el artículo anterior, - el Ministerio Público nombrará dichos peritos, agregando al - acta de dictamen correspondiente.

ARTICULO 121. En todos aquellos delitos en que se requieran conocimientos especiales para su comprobación, se utilizarán, asociadas, las pruebas de inspección judicial y de peritos, - sin perjuicio de las demás.

ARTICULO 162. Siempre que para el examen de alguna persona o de algún objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos",

Además, es necesario que los peritos médicos forenses clasifiquen las lesiones conforme a los artículos 289, 290, 291, 292 y 293 del Código Penal. El auxilio pericial es un apoyo de gran valor y utilidad para el Ministerio Público en los casos de niños maltratados.

Los citados artículos mencionan:

ARTICULO 289. "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince -

días, se le impondrán de tres días a cuatro meses de prisión, o multa de cinco a cincuenta pesos, o ambas sanciones a juicio del juez. Si tardara en sanar más de quince días se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y multa de cincuenta a cien pesos.

ARTICULO 290. Se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera -- una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable.

ARTICULO 291. Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de cincuenta a trescientos pesos, al que infiera -- una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente -- una mano, un pie, un brazo, una pierna o cualquiera otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las funciones mentales.

ARTICULO 292. Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una -- pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre cualquiera función orgánica o -- cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.

Se impondrán de seis a diez años de prisión al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacitado-permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vida o del habla o de las funciones sexuales.

ARTICULO 293. Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan - conforme a los artículos anteriores".

En el caso de que se presenten lesiones internas o mentales, la inspección ministerial tendrá por objeto la observación y descripción de las manifestaciones externas que pudiese presentar el niño, las cuales asentará en el acta y en este caso, también es de suma importancia el auxilio pericial, puesto que con sus conocimientos especializados y con los elementos de laboratorio que conocen, están en condiciones de proporcionar datos muy valiosos al Ministerio Público, datos que le -- permitirán establecer la existencia, de alteraciones de la salud, de - fndole interna o mental, su naturaleza, sus consecuencias, el tiempo - de recuperación, etc., todo ello indispensable para integrar debidamente la averiguación previa.

4. INSTITUCIONES FEDERALES QUE REALIZAN CUSTODIA DE MENORES

Mucho se ha hablado del gran problema del niño sin familia y del niño maltratado, que procuran suplir las instituciones a las que quedan encomendados. El vacío que sellará sus vidas será la causa de muchas actitudes y comportamientos posteriores, será la causa principal de una manera de ser posterior, cuando intenten incorporarse a una sociedad desconocida, o al menos muy distante de la que hasta entonces han pertenecido. Este problema se asienta en las heridas de la afectividad, en su falta de satisfacción de esa necesidad de amor, de cariño, de atención, como solamente la madre es capaz de prodigar al niño.

Por orden de preferencia se pueden resumir las distintas modalidades supletorias de la familia:

- a) Trasplante del niño a otro lugar con familiares;
- b) La adopción;
- c) La colocación en un lugar de infancia con régimen de residencia o internado.

En cuanto al inciso b) el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, Organismo Público Descentralizado que dentro de sus múltiples funciones tiene la del estudio del abandono y la adopción, ha establecido, para llevar a cabo ésta última, las siguientes políticas.

4.1 LEGALES

El Código Civil marca los elementos jurídicos para proceder al -- trámite de la adopción:

Artículo 390. "El mayor de 25 años, libre de matrimonio en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores, o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga 17 años más que el adoptado y que acredite además:

I. Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;

II. Que la adopción sea benéfica para la persona que trata de adoptarse; y

III. Que el adoptante sea persona de buenas costumbres.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente".

Artículo 391. "El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los -

dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo - uno de los cónyuges cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre -- cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de 17 años cuando menos".

Artículo 392. "Nadie puede ser adoptado por más de una persona, - salvo en el caso previsto en el artículo anterior".

Artículo 393. "El tutor no puede adoptar al pupilo, sino hasta -- después de que hayan sido definitivamente aprobadas las cuentas de tutela la".

Artículo 394. "El menor e incapacitado que hayan sido adoptados, - podrán impugnar la adopción, dentro del año siguiente a la mayoría de - edad o a la fecha en que haya desaparecido la incapacidad".

Artículo 395. "El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos".

Artículo 396.- "El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adoptan, los mismos derechos y obligaciones que tiene el hijo".

Artículo 397. "Para que la adopción pueda tener lugar, deberán -- consentir en ello, en sus respectivos casos:

I. El que ejerce la patria potestad sobre el menor que trata de adoptar;

II. El tutor del que se va a adoptar;

III. Las personas que hayan acogido al que se pretende adoptar y lo traten como a hijo, cuando no hubiere quien ejerza la patria potestad sobre el que no tenga tutor;

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".

4.2 INSTITUCIONALES

Son las condiciones y requisitos que el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia demanda de los adoptantes, además de los anteriores señalados.

-Filtro previo. Para poder otorgar una solicitud de adopción a algún solicitante, debe ser previamente entrevistado por la trabajadora -

social, debiendo reunir los siguientes requisitos, para que la solicitud le sea entregada:

- a) Matrimonio legalmente constituido;
- b) Acudir personalmente ambos cónyuges;
- c) No ser mayores de 50 años de edad;
- d) De preferencia sin hijos biológicos;
- e) Ser mexicanos por nacimiento y residir en la República Mexicana;
- f) Haber realizado estudios mínimos primarios; y
- g) Percibir ingresos superiores a tres mil pesos mensuales.

- Entrega de solicitud. La solicitud se entrega, una vez reunidos los requisitos anteriores, debiendo regresarla en un término no mayor de 30 días, en las siguientes condiciones:

- a) La solicitud deberá ser llenada integralmente;
- b) La deberán firmar ambos cónyuges;
- c) Se devolverá con los siguientes anexos:
 - Una fotografía reciente de cada cónyuge;
 - Certificados médicos de ambos cónyuges;
 - Copia certificada de matrimonio;
 - Dos cartas de recomendación; y
 - Constancia de trabajo, especificando puesto, antigüedad, - - sueldo.

- Estudios técnicos. Al devolver la solicitud, con los requisitos anteriormente señalados, se procede a dar fecha para la entrevista

psicológica, una vez que ésta fue realizada y calificada como positiva, se realiza el estudio socio-económico; una vez integrado el expediente con los estudios técnicos correspondientes y debidamente dictaminado -- por el Consejo Técnico de la Casa Cuna, se hace saber a los solicitantes, personalmente o por escrito, del resultado de su gestión.

- Propuesta y entrega del menor. Una vez aprobada la solicitud, - habiendo reunido los requisitos anteriores, el Consejo Técnico selecciona la solicitud más idónea para cada menor que se encuentre en la lista de adopciones, la selección se lleva a cabo según las características - de ambos cónyuges y de su deseo de sexo y edad del menor que pretenden adoptar. Una vez realizada la selección el matrimonio es citado para - la propuesta, de éste se desprende la parte legal correspondiente y el menor es entregado 24 horas después de ocurrida aquélla.

En cuanto al inciso c) o sea al internado, es una realidad con la que hay que contar de manera especial para tratar de conseguir que además de un centro educativo y protector sea también un centro de vida, y por otra parte, para no perder de vista los problemas que plantea en orden a la personalidad futura de los niños allí acogidos.

"En general, tres son las funciones primordiales que realizan estos centros:

1. Cultivar la personalidad del interno,
2. Prepararlo para su misión trascendente,

3. Suplir en lo posible, la carencia de hogar". (35)

Gran parte de las desventajas, que tiene el internado en cuanto a la vida del niño podrían desaparecer si éste conviviera con sus padres (si los tiene) o familiares, es un hecho comprobado que aquellos casos en que ha vivido en la familia, por poco contacto que haya tenido con ella, presentando características diferentes y más favorables que aquellos que desde su nacimiento se vieron privados de ella.

"Además, como se trata de casos en que la "ausencia de la familia" es prolongada y desde largo tiempo, es esta clase de "internado con internamiento más completo, y por tanto, el que más afecta el desarrollo del niño". (36)

4.3 INSTITUTO NACIONAL DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA E INSTITUTO MEXICANO DE ASISTENCIA A LA NIÑEZ.

En el informe Presidencial de 1970 se manifiesta "gracias a los -- ahorros realizados por el Instituto Nacional de Protección a la Infancia, no sólo pudo continuar normalmente su labor sino proyectar nuevos organismos para proteger al niño. Así nació la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez, organismo fundado en 1968. Con los ahorros logrados continuó dando atención a niños abandonados. A poco más de dos

(35) Pereira de Gómez, María Nieves. La apercepción Familiar del niño - Abandonado. México, Ed. Trillas, S.A. 1981. p.32

(36) Siguán, Manuel. El internado y su influencia sobre el desarrollo de la personalidad. Ponencia presentada en el Congreso de la Sociedad Española de Psiquiatría Infantil, Barcelona, Sept. 1965.

años de su creación, la Institución mencionada ha establecido bases materiales, éticas, jurídicas y administrativas para el logro de su principal objetivo: la asistencia al menor abandonado o enfermo.

El Presidente Echeverría (19 de diciembre de 1970) puso en manos de su esposa Marfa Ester la dirección del INPI y la del IMAN, la señora ofreció poner todo su esfuerzo personal y su dedicación entera en la obra, así como su amor a los niños de México, y en palabras pronunciadas en el INPI al iniciarse un ciclo de conferencias (9 marzo 1973) exhortó a la mujer mexicana a cumplir sus responsabilidades familiares para evitar en todo caso la desintegración del hogar, de la familia y el desequilibrio moral, emocional y social de los hijos"

El 17 de febrero de 1974, Jaime Araiza Velázquez, Director General del INPI, clausuró el Primer Seminario de Capacitación para Promotoras de Desarrollo de la Comunidad, haciendo notar que el 40% de la población femenina está integrada por madres solteras, problema que trae aparejado el abandono de los hijos.

Entre las principales funciones del INPI, están:

- Apoyar y fomentar la nutrición y las acciones de medicina preventiva dirigidas a los lactantes y en general a toda la niñez mexicana.

- Fomentar el sano crecimiento físico y mental de la niñez, así como la formación de su conciencia.

- Fomentar y, en su caso, proporcionar servicios asistenciales a los menores abandonados.

- Fomentar la formación y la capacitación de grupos de promotores sociales y coordinar acciones, para su participación, tanto en los programas del instituto, como en otros afines.

- La coordinación con otras instituciones afines para lograr el bienestar social.

El Informe Presidencial de 1975 da cuenta del funcionamiento del INPI y del IMAN: 890 centros de desarrollo despliegan su actividad -- por todo el país: Este año fueron distribuidas 176 millones de raciones alimenticias, que beneficiaron a 587,000 niños diariamente, hace hincapié en el esfuerzo de la mujer.

El 2 de enero de 1976 el Instituto cambió su nombre por el de -- Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia y más tarde aparece el Decreto por el que se crea un Organismo Público Descentralizado, -- con personalidad jurídica y patrimonio propios, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Quedaron abrogados los Decretos de creación de la Institución Mexicana de Asistencia a la Niñez y del Instituto Mexicano para la Infancia y la Familia, antes Instituto Nacional de Protección a la Infancia,

4.4 SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA FAMILIA

El DIF fué creado por Decreto del Ejecutivo Federal, que apareció en el Diario Oficial de la Federación, el 13 de enero de 1977.

En el artículo 2 del referido Decreto se establecen los objetivos de la mencionada institución y son:

- Promover en el país el bienestar social.
- Promover el desarrollo de la comunidad y fomentar el bienestar-familiar.
- Apoyar y fomentar la nutrición y las acciones de medicina preventiva dirigidas a los lactantes y, en general, a la infancia y a las mujeres embarazadas.
- Fomentar la educación para la integración social a través de la enseñanza preescolar y extraescolar.
- Fomentar el sano crecimiento físico y mental de la niñez, así como la formación de su conciencia crítica.
- Investigar la problemática del niño, de la madre y de la familia, a fin de proponer las soluciones adecuadas.
- Establecer y operar de manera complementaria hospitales, unidades de investigación y docencia, y centros relacionados con el bienestar social.
- Fomentar y, en su caso, proporcionar servicios asistenciales a los menores abandonados.

- Prestar, organizada y permanentemente, servicios de asistencia jurídica a los menores y a las familias para la atención de los asuntos compatibles con los objetivos del sistema.

- Fomentar la formación y la capacitación de grupos de promotores sociales voluntarios y coordinar acciones, para su participación organizada, tanto en los programas del sistema, como en otros afines.

- La coordinación con otras instituciones afines cuyo objeto sea la obtención del bienestar social.

Como puede apreciarse, el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, tiene señalados objetivos claramente relacionados con el problema del niño maltratado y abandonado, de manera que el referido organismo, a través de la Procuraduría para la Defensa del Menor y la Familia, dependiente del DIF, presta servicios, en materia de asistencia jurídica e investigación, a los menores y a las familias en los casos en que existan malos tratos a los niños. Por medio de otras unidades administrativas del sistema se llevan a cabo diversas tareas de atención, protección y auxilio a los niños víctimas de malos tratos.

Existen diversas instituciones que se dedican a proporcionar servicios asistenciales a niños abandonados o maltratados, entre estas -- están la Casa Cuna de Coyoacán (SSA) ahora perteneciente al DIF, la Casa Cuna y Casa Hogar (DIF) y la Cascada y Valle Estrella (DDF); para la internación de los niños en cualquiera de estas instituciones, se -

toma en cuenta, la edad, el sexo, su condición física, su desarrollo mental, etc. (Ver Cuadro A)

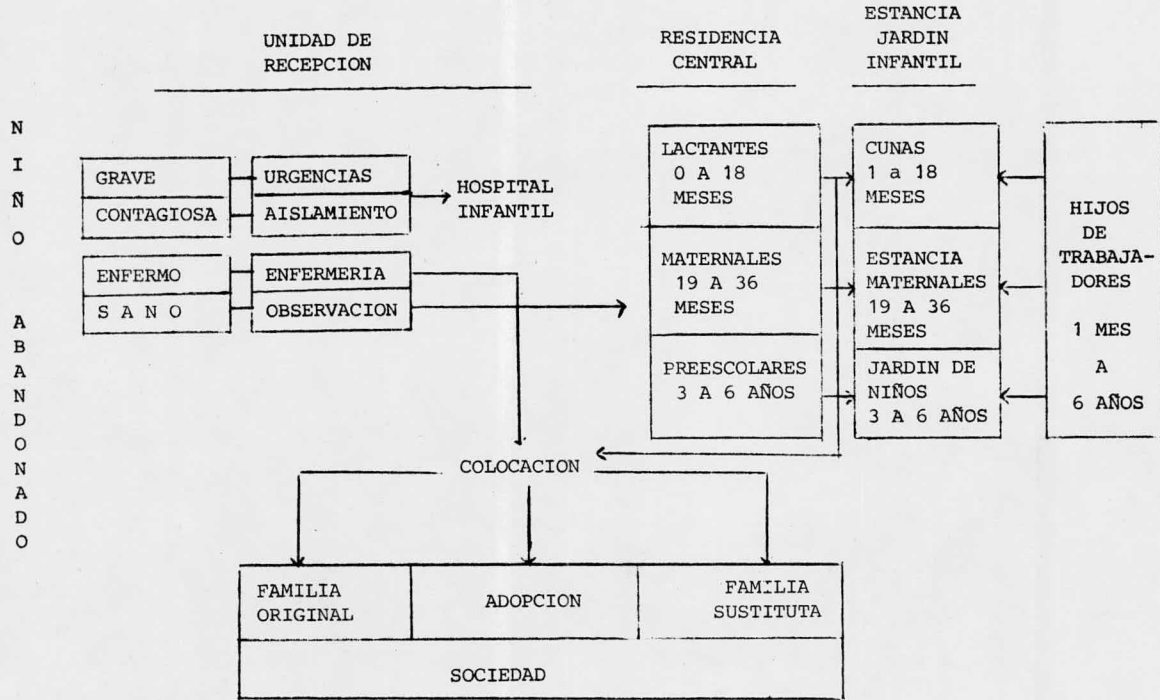
La rehabilitación es una de las primeras medidas que toman estas instituciones, cuando se les presenta un niño abandonado o maltratado; consiste en presentar al niño ante el doctor para que se le realice un reconocimiento y se le hagan pruebas y análisis, determinando de esta manera la lesión o lesiones que presente, en seguida se tomarán las providencias médicas adecuadas para el caso concreto y se procederá a la tarea de rehabilitación que corresponda, conforme al órgano o función afectada. (Ver Cuadro B).

Los malos tratos pueden producir afecciones psíquicas, en este caso, procede la atención psiquiátrica a fin de proporcionar al niño posibilidades de superar los estados psíquicos originados por las agresiones o por el abandono y de tener oportunidad para incorporarse a la sociedad en condiciones positivas. (Ver Cuadro C).

La rehabilitación no debe limitarse a la víctima de la conducta violenta, es necesario atender a los agresores, padres generalmente, a fin de que modifiquen su conducta y se pueda llevar a cabo la rehabilitación del niño, de la familia y del propio sujeto activo; esto es con el objeto de equilibrar el hogar en que se halla un niño maltratado.

La rehabilitación de los sujetos activos básicamente debe enfocarse desde los puntos de vista psiquiátrico y de orientación familiar; -

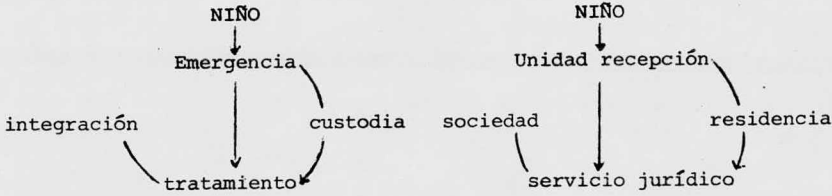
DIAGRAMA SECUENCIAL O RUTA



CUADRO A. Casa Cuna Coyoacán.

DINÁMICA INTERNA

MEDIOS DE ACCION



Cuadro B. Casa Cuna Coyoacán.

EL NIÑO COMO CENTRO DE ASISTENCIA INTEGRAL



Cuadro C. Casa Cuna Coyoacán.

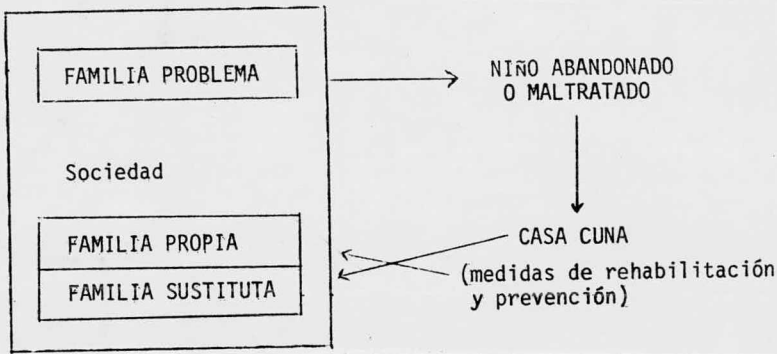
corresponderá al psiquiatra determinar el tratamiento que se debe seguir.

La orientación familiar es otro aspecto relevante en la rehabilitación de los sujetos activos que redundará en beneficio de los niños y facilita la rehabilitación de éstos. Esta orientación requiere el concurso de psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales y pediatras, y tiene por finalidad formar criterios y establecer las pautas de conducta positivas del sujeto dentro de la familia, que le permitan un desarrollo adecuado y una incorporación a la colectividad con opciones futuras prometedoras.

De especial importancia en la rehabilitación, tanto de agresores como de agredidos, es el trabajo social, entendido como un conjunto de actividades y procesos tendientes a lograr un conveniente equilibrio en las relaciones de un individuo con otros sujetos, en particular con su familia y con la comunidad en general. El trabajador social puede ser un útil apoyo en las tareas del psiquiatra, del pediatra y de todas las personas que intervienen en el tratamiento rehabilitatorio, pues aquel puede proporcionar útil información que facilite las labores mencionadas; además, su propia actividad es susceptible de ayudar a los agresores a resolver ciertas situaciones que coadyuvan a la ejecución de malos tratos, como problemas de desocupación, vivienda, enfermedades y otros diversos.

La separación del medio de peligro es una medida más preventiva --

que de rehabilitación, en atención a que si bien su naturaleza es eminentemente preventiva, el separar al niño, del ámbito de los malos tratos facilita cualquier tarea de rehabilitación, ya sea física o psiquiátrica. En efecto, eliminar el ámbito en que se producen esas conductas implica mejorar la situación del niño, pues así desaparecen los factores de agresión, o los relacionados con ellos, además de que representa un principio, un buen inicio para la tarea de rehabilitar al niño y a los mismos agresores.



Cuadro D. Casa Cuna de Coyoacán.

Ahora bien, la separación, hasta donde sea posible, no debe ser definitiva; la deseable es que se someta a los agresores a un tratamiento adecuado que permita rehabilitarlos e impedirles reincidir en conductas que dañen al niño y, mediante visitas periódicas, se podrá ir observando el progreso del agresor en el ámbito familiar y permitir el retorno gradual al medio anteriormente peligroso.

Cuando los padres agresores dan una respuesta positiva al trata--

miento psiquiátrico y de trabajo social, es conveniente reincorporar al niño al medio familiar, suponiendo que se ha reestablecido el equilibrio y la estabilidad del hogar, pero cuando los padres no responden al tratamiento, por razón de seguridad del niño y con fines de rehabilitación y prevención, es necesario separar al niño definitivamente de ese medio que representa un riesgo inminente para su persona, y es aquí donde puede operar la adopción como un instrumento que facilita el tratamiento rehabilitatorio.

El licenciado Carlos Heredia Jasso ha propuesto establecer asilos temporales, en los cuales puedan permanecer los niños maltratados durante períodos que van de 72 horas a 7 días, lapso en el que se puede someter a los agredidos a reconocimientos médicos y pruebas de laboratorio, y a estudios de personalidad a los agresores.

En la Ciudad de Nueva York se ha constituido una asociación denominada "Vigile al niño, cuídalo, no lo maltrate", entre las acciones que ha llevado a cabo en el campo de la rehabilitación está el establecimiento de escuelas especiales para niños maltratados, "escuelas asilos" donde se les brindará, "todo lo que sus padres les niegan, especialmente cariño, amor y ternura". (37)

Es de suma importancia informar y capacitar a las personas relacionadas con los niños para que la prevención del problema que nos ocupa se lleve de la manera más oportuna para la niñez, entre estas personas están los médicos, personal de enfermería, de guarderías, de jardines -

(37) Excélsior, 8 de mayo de 1979, México. p. 25 B.

de niños, de casas de cuna, de escuelas, policías, Agentes del Ministerio Público, en fin, a todas las personas que en alguna forma se relacionan con niños. Tal capacitación se puede realizar mediante la impartición de cursos, conferencias, etc., que permitan al personal detectar los indicios característicos de maltrato, ya sea a través de la observación de los niños o de los padres, y hacer la denuncia correspondiente de manera que pueda advertirse oportunamente; es pues, la información y capacitación adecuada un instrumento capaz de facilitar la labor preventiva.

Como medida preventiva, útil y operante está la sensibilización de la comunidad respecto a los niños maltratados; en efecto, es necesario crear una conciencia social sobre esta problemática. Resulta indispensable sensibilizar a la sociedad para que se acepte la existencia de los malos tratos, difícilmente comprensible y altamente dañoso, pero desafortunadamente cierto. Solo de esta manera las instituciones estarán en posibilidad de someter tanto a niños como a agresores a los tratamientos preventivos y de rehabilitación que, a su vez, permitirán evitar futuras conductas que atentan contra los niños.

Existen determinados signos que pueden considerarse como información confiable para prever, desde antes del matrimonio o del nacimiento, qué padres tendrán problemas respecto del cuidado y atención de los niños; estos signos pueden referirse al nivel socioeconómico, a los antecedentes familiares o individuales, a los estudios de la personalidad, a la actitud frente al niño que se espera, a los apoyos mora-

les con que se cuenta, a los conceptos acerca de la educación de los niños, y a muchos otros que son materia de la ayuda y experimentada-observación y manejo de profesionales.

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

- En las fuentes del Derecho Romano no se reglamentó la protección para los menores, no es sino hasta el siglo II de nuestra era cuando el pater familia sólo tenía el derecho de corrección y por ende podía castigar las faltas leves.
- En el antiguo Derecho Francés no se protege a los menores; hasta el año de 1943 cuando se promulgó la Ley de Asistencia a la Infancia, donde se establecen los servicios de asistencia pública para los niños.
- En nuestra Legislación tanto el Código Civil de 1870 como el de 1884 no reglamentaron la protección a la niñez. La ley sobre Relaciones Familiares de 1917 por primera vez sanciona a los padres que actúan con excesiva severidad, que no educan a sus hijos o les imponen preceptos inmorales o les den ejemplos o consejos corruptores.
- La ley coloca a los expósito bajo la tutela de la persona que lo haya recogido, con las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.
- En las Instituciones donde haya niños expuestos y maltratados, los directores desempeñarán la tutela de éstos, con arreglo a las leyes.

- Son tres los efectos de la disolución del matrimonio respecto a -- los hijos: la legitimidad o ilegitimidad del hijo de la mujer di-- vorciada o simplemente separada de su marido; en cuanto a la pa-- tria potestad y la obligación de dar alimentos.
- La familia es la institución natural insustituible para que en su seno alcance el niño, a través de su evolución, la plenitud en su desarrollo físico, psíquico y moral que habrá de culminar en la ma duración propia de la vida adulta.
- Para evitar el abandono, la exposición y el maltrato infantil, es necesaria la educación a nivel familia.
- Los malos tratos contra los niños se producen en todas las clases- sociales y niveles económicos, en todas las razas y nacionalidades.
- Tanto el Código Civil, el Código Penal y la Ley sobre Relaciones - Familiares, deben de reglamentar con mayor precisión el abandono,- la exposición y el maltrato a los niños buscando la prevención de estos problemas.
- El niño maltratado o expuesto crece con una gran carga de agresivi dad reprimida que va a proyectar hacia la nueva familia, pues es - muy probable que sea el adulto que maltrata o abandona a la mujer- y a los hijos.

- Es recomendable que una vez que se haya detectado y establecido la comisión de malos tratos, se evite que el niño retorne al medio de peligro donde corre el riesgo, muy probable, de ser objeto de nuevas agresiones que le produzcan lesiones, muerte u otros efectos nocivos.

- Tanto el Desarrollo Integral de la Familia como la Procuraduría para la Defensa del Menor y la Familia, prestan servicios en materia de asistencia jurídica e investigación, a los menores y a las familias en los casos en que existan niños expuestos, abandonados o maltratados.

- La prevención de los malos tratos debe ser tarea de todos, no exclusivamente del Estado, a través de las dependencias correspondientes; en tal virtud, es necesario que los sectores público y privado conjuntamente atiendan la urgente necesidad de prevenir el abandono, la exposición y los malos tratos a los niños.

- La custodia de menores es muy importante y necesariamente se debe de realizar sin limitación alguna, en la medida más conveniente o apropiada para cada niño,

BIBLIOGRAFIA

FUENTES

- Digesto de Justineano, d'Ors y otros. 3 vols. (Pamplona, 1968); II.(1972); III.(1975). Ed. Aranzadi.
- Gaius Institutiones, edición bilingüe de Alvaro d' Ors. Ed. Consejo - Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1943.
- Institutiones de Justineano. Tr. Pérez de Anaya, Francisco y Pérez Rivas, Melquiades. Ed. Heliasta S.R.L., 1976.
- Reglas de Ulpiano. Tr. Hernández Tejero, Francisco. Colección Escolar de Fuentes Jurídicas Romanas. Madrid, 1946.

LITERATURA CONSULTADA

- Arangio-Ruiz, Vicente. HISTORIA DEL DERECHO ROMANO. 3a. edición. Instituto Editorial Reus, S.A. Madrid, 1974.
- Berger, Adolf. ENCICLOPEDEY DICTIONARY OF ROMAN LAW. Ed. The American Philosophical Society, Filadelfia, 1953. Reprinted, 1980.
- De Francisci, Pietro. SISTESIS HISTORICA DEL DERECHO ROMANO. Ed. Revista de Derecho Privado. México, 1954.
- De Ibarrola, Antonio. DERECHO DE FAMILIA. Ed. Porrúa, S.A. México.
- D'ors, Alvaro. DERECHO PRIVADO ROMANO. 3a. edición. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona-España, 1977.
- D'ors, Alvaro. ELEMENTOS DE DERECHO PRIVADO ROMANO. 2a. edición. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona-España, 1975.
- Fueyo Laneri, Fernando. DERECHO CIVIL. Vol. I. La Familia, tomo VI, Ed. Imprenta y Litografía Uribe, S.A. Santiago de Chile, 1959.
- Fustel de Coulanges, Numa D. LA CIUDAD ANTIGUA. Obras Maestras, tr. Carlos A. Martín. Ed. Gráficas Diamante, Barcelona-España.
- Galindo Garfias, Ignacio. LA FILIACION Y LA PATERNIDAD. Rev. de la - Facultad de Derecho, Tomo XXVIII, No. 110, México.

- González de la Vega, Francisco. DERECHO PENAL MEXICANO. Ed. Porrúa, - S.A. México, 1964.
- Guillen, José. URSB ROMA. VIDA Y COSTUMBRE DE LOS ROMANOS. Religión y Ejército. Tomo III. Ed. Sigüeme. Salamanca, España, 1980.
- Iglesias, Juan. DERECHO ROMANO. 6a. edición. Ed. Ariel, S.A. Barcelona- España, 1972.
- Kaser, Max. DERECHO ROMANO PRIVADO. Tr. José Santa Cruz Tejeiro, 5a. edición. Ed. Instituto Editorial Rens, S.A. Madrid-España, 1968.
- Kruger, Pablo. HISTORIA, FUENTES Y LITERATURA DEL DERECHO ROMANO. - Ed. Nacional. México, 1967.
- López Cano, José. EL SERVICIO DE AYUDA SOCIAL A LA INFANCIA. Los Menores a cargo del Estado. I Congreso Nacional de la Infancia - Española. Madrid, oct-nov., 1962.
- Marcovich K., Jaime. EL MALTRATO A LOS HIJOS. Ed. Edicol, S.A. México, 1978.
- Medina, Carlos A. "MILLON Y MEDIO DE MENORES SON EXPLOTADOS POR SUS PADRES". Excelsior, 25 de mayo. México, 1978.
- Medina, Carlos A. "VIGILE AL NIÑO, CUIDELO, NO LO MALTRATE". Excelsior, 8 de mayo, pág. 25 B. México, 1979.
- Orús, Manuel. JURISPRUDENCIA ARGENTINA. Serie Moderna. Martes 20 de julio, año XXVII, No. 2291, Buenos Aires, 1965.
- Osorio y Nieto, César Augusto. EL NIÑO MALTRATADO. ED. Trillas, S.A. México, 1981.
- Pereira de Gómez, María Nieves. LA APERCEPCION FAMILIAR DEL NIÑO - - ABANDONADO. Ed. Trillas, S.A. México, 1981.
- Rojina Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. Tomo I. Antigua Librería Robledo, México, 1967.
- Rojina Villegas, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Tomo II, 5a. edición Ed. Porrúa, S.A. México, 1980.
- Von Mayr, Robert. HISTORIA DEL DERECHO ROMANO. Tr. Wenceslao Roces. Tomo I (1926); Tomo II (1931). Ed. Labor, S. A. Barcelona-España.

LEGISLACIONES CONSULTADAS

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.
Ed. Imprenta dirigida por José Batiza, México, 1884.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.
Ed. Tipografía de Aguilar e Hijos Santa Catalina de Sena y Encar-
nación. México, 1894.

Código Civil para el Distrito Federal. Quincuagésima primera edi- -
ción. Ed. Porrúa, S.A. México, 1982.

Código Penal Anotado. Carranca y Trujillo, Raúl y Carranca y Rivas,
Raúl, 5a. edición. Ed. Porrúa, S.A. 1979.

Código Penal para el Distrito Federal. Trigésima séptima edición. -
Ed. Porrúa, S.A. México, 1983.