



Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

**Improcedencia de las Medidas Provisionales que
Afectan la Patria Potestad**

T E S I S

Que para optar al título de:
licenciado en derecho

p r e s e n t a :

OCTAVIO MAGALLON GOMEZ



FACULTAD DE DERECHO
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES
1985

MEXICO, D. F.



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 está 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.

TEMARIO

I.- PALABRAS PRELIMINARES	1
II.- FACTORES SOCIOLOGICOS	
a) Etapas historicas de la condicion de la mujer	3
b) Aspectos historicos de la condicion social y juridica de la mujer bajo el regimen patriarcal.	5
c)Codigo Napoleonico 1804	8
d) Antigua Derecho Romano	13
e) Constitucion 1917	20
f) Criterio Sociologico-Juridico	31
g) Derecho Familiar.	37
III.- LA FAMILIA	
a) La Patria Potestad	49
b) En el Derecho Antigua	51
c) En el Derecho Moderno	55
IV.- LA FILIACION	
a) La Filiacion como hecho natural y como hecho Juridico	61
b) Filiacion en el Derecho Frances actuar	65
c) Filiacion como hecho legitimo	74
d) Codigo Civil	76
V.- APORTACIONES DEL DERECHO ROMANO	
a) Ley de las Doce Tablas	87
b) La Familia Romana	91
c) Libro del Digesto	93
d) Analisis entre el Antigua Derecho Romano y el Actual	102
e) Codigo Civil	110
VI.- PATRIA POTESTAD	
a) Codigo Civil 1870	116
b) Codigo Civil 1884	122
c) Considerandos	138
d) Periodo Revolucionario	143
e) Ley Sobre Relaciones Familiares	149
f) Codigo Civil 1928	150
g) Reformas al Codigo Civil 1983	160
VII.- PROBLEMAS TECNICOS	
a) Juicio de Divorcio Necesario	166
VIII.- CONCLUSIONES	187
BIBLIOGRAFIA	190

PALABRAS PRELIMINARES.

Despues de revisar el contenido de los programas de las Materias Juridicas que obligatoriamente deben aprobarse para optar al titulo de Licenciado en Derecho, seleccione el tema de la Patria Potestad por su profundo contenido humano, puesto que la misma naturaleza determina como consecuencia de la vida humana -sea dentro del marco de la relacion o fuera de ella- el fenomeno vital de la paternidad con su corelativa filiacion en la que aparece el tema central de este trabajo.

Aun cuando es obvio que existe abundantisima bibliografia sobre la esencia de este esfuerzo, en el animo del sustentante esta latente la ignorancia generica de los legos sobre las formulas juridicas que reglamentan esta institucion que paradójicamente se generan en todos los hogares -en todas las familias- de nuestra comunidad, pero -a mayor abundamiento- en nuestra incipiente practica profesional como Pasante, hemos constatado que muchos expertos y particularmente entre ellos algunos jueces -juris novit curia- no han asimilado la naturaleza, el contenido, la trascendencia y consecuencia de lo que es la patria potestad.

En apoyo de mis anteriores aseveraciones, podemos senalar que es frecuente que al iniciarse cualquier controversia familiar, la parte actora le pide al Juez que dicte -como medida provisional- que prevenga al demandado para que se abstenga de "molestar" a sus hijos menores. Obviamente, en el juicio de Divorcio Necesario el conyuge culpable puede perder -en la sentencia definitiva con la que concluya el

procedimiento- la patria potestad. Sin embargo, ello no faculta al juzgador para restringir, -en medidas provisionales absurdas- el ejercicio de un derecho natural y objetivo, plenamente vigente.

Espero que quienes califiquen este trabajo, coincidan con el suscrito en que si un padre puede y debe educar, proteger, alimentar, corregir y castigar a un hijo menor, resulte absurdo que se le prevenga se abstenga de "molestar" a su hijo, independientemente de que no se da indice alguno de lo que son o puedan ser esas "molestias".

Para corroborar mis pretensiones, en la parte final de esta labor preciso las bases objetivas de mi experiencia, mismas que motivaron mi decision para abordar el tema.

LA FAMILIA.- LOS FACTORES SOCIOLOGICOS. LAS ETAPAS HISTORICAS DE LA CONDICION DE LA MUJER.

Los orígenes de la Familia están ocultos todavía y quizás lo estén siempre por las brumas de la prehistoria; aunque algunas escuelas modernas sociológicas y positivistas han pretendido reconstruir la génesis de la familia.

En 1861 se habló que la humanidad vivió primitivamente en régimen de promiscuidad sexual, y ello produjo y limitó la familia a la materna, ya que la paternidad era desconocida o incierta. La soberanía de la mujer se apreciaba vinculada al matriarcado sometiendo la autoridad de la familia y del incipiente estado primitivo en manos de la Madre. De ahí, que pueda especularse sobre una segunda fase del régimen del matriarcado, en la que se inicia ya la familia, pero bajo una organización puramente matriarcal, pues por la multiplicidad de relaciones, el padre es desconocido y los hijos pertenecen a la madre y heredan a los hermanos y tíos de esta.

Por otra parte, la mujer se hizo sedentaria antes que el hombre, mientras que el hombre se ausentaba, a menudo, durante semanas enteras a causa de sus expediciones de caza y

guerra y continua la vida vagabunda que llevaba en el periodo de los cazadores, la mujer permanece asentada, y ello constituye, una razon que favorece en cierta medida, que la domesticidad gane en continuidad e importancia, asi aparece un elemento estable de la familia y de toda la organizacion de la parentela. Por ello, a causa de los hijos, tiende mas la mujer a la vida sedentaria que el hombre. (1)

A esto y a otros aspectos posteriores, conviene anadir el matrimonio de servidumbre, en el cual, el hombre para casarse, tenia que trasladarse a donde la mujer estaba. Ahora bien, desde el momento en que el hombre se presta a servir a la mujer, habra que trasladarse al clan de esta, y si la nueva pareja permanece en ese grupo primitivo, se considera al hombre simplemente como un apendice de la familia materna. El matriarcado no aparece como una fase obligada de la evolucion social, sino un fenomeno aislado.

En el matriarcado, el periodo de plenitud en la evolucion humana fue breve, y en cuanto a un desarrollo social, vino aparejada a una revolucion, y a esta reaccion fue la estabilizacion sedentaria que fue lo que trajo consigo el predominio de la mujer. Por otra parte, la fase matriarcal nos proporciona una ensenanza valiosisima y elocuente: nos muestra el cometido social que es capaz de realizar la mujer, cuando las circunstancias economicas no le son adversas.

LOS ASPECTOS HISTÓRICOS DE LA CONDUCCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LA MUJER BAJO EL RÉGIMEN PATRIARCAL.

Sin embargo, en lo que se llama el patriarcado, se da al padre un relieve en el matriarcado no había podido tener pues funda la familia sobre el sentimiento de afecto hacia la mujer, aunque dicho régimen haya llevado consigo un poder excesivo y arbitrario, ejercido en forma humillante para la mujer.

Hay que reconocer que en las legislaciones históricas aparece la mujer sometida siempre al poder del marido y colocada en un plano de completa inferioridad; pero al paso del tiempo se advierte una evolución jurídica que va suavizando paulatinamente la posición de la mujer. Recordamos que en el Derecho Romano con la desaparición de la *Manus* y la consiguiente separación de bienes entre conyuges, fue colocada la mujer casada en situación de independencia personal y patrimonial respecto a su marido. (2)

Aristoteles dice que la autoridad se concede al varón: salvo algunas excepciones contrarias a la naturaleza.

La fuerza del hombre estriba en el mando; la de la mujer en la sumisión.

Augusto Comte, colocándose en un punto de vista evolucionista, afirma que por muy profundas mutaciones que experimente la relación humana, quedará siempre invariable su

espíritu fundamental, que consiste en la inevitable subordinación natural de la mujer hacia el hombre, que bajo formas varias, todas las edades de la civilización reproducen.

En la unión vital las personas han de ser desiguales, porque si se pareciesen no se completarían entre sí. El sexo fuerte ha de dominar al sexo débil. En el matrimonio, al establecerse la diferencia entre marido y mujer, una sociedad cuyo jefe es el marido, confiere a este la calidad de tal, un derecho de potestad sobre la persona de la mujer, el cual se extiende asimismo sobre sus bienes. Por derecho natural, el poder del marido sobre la persona de su mujer consiste en el derecho de exigirle todos los derechos de sumisión que a un superior son debidos.

Sobre alguna teoría de la autoridad de ambos conyuges, se dice que si el derecho fuera una institución educadora, no había que presentar argumento alguno; mas como la misión del derecho es resolver los conflictos que la vida ofrece, y en la vida están muy lejos los matrimonios de acomodarse al ideal feminista, de una teoría diárquica, en el que los conyuges tienen absolutamente las mismas facultades fundamentales, de modo que la autoridad corresponde a cada conyuge en su función propia; la familia tiene no uno, sino dos jefes. Allí en donde las dos esferas se tocan, todo debe hacerse de común acuerdo, que se opera siempre y sin facultad

cuando existen intereses comunes y las personas estan entregadas la una a la otra.

En el principio historico de la autoridad marital, aparece que la tutela de la mujer es ejercida por el hombre; reconociendo la incapacidad de la mujer para realizar actos pecuniarios, suplida por la autoridad marital. En el sistema de la tutela se considera a la mujer como incapaz por razon de su sexo, mientras que en el de la autorizacion marital su incapacidad procede de su posicion en la familia, de ahi que los origenes del principio de incapacidad de la mujer y consiguiente teoria de la autoridad marital son relativamente modernos.

En el derecho romano, como sabemos, el matrimonio sine manu otorgaba a la mujer una plena autonomia patrimonial frente a su marido. Ninguna autorizacion marital se requeria para los actos de mayor gravedad que realizase la mujer, como contraer deudas o enajenar muebles o inmuebles.

En el antiguo derecho germanico tampoco se encuentra claramente, la idea de la incapacidad juridica de la mujer. Puede decirse que aunque se le reconoce al marido una total superioridad en la familia y en la casa, con potestad sobre la mujer, dichas amplisimas facultades, jamas implicaron en las mencionadas costumbres, el intento de construir la teoria de la incapacidad de la mujer casada.

En el siglo XIII frances, por dura que fuese la autoridad marital y estrictos los deberes de obediencia de la mujer, jamas en su estado matrimonial, perdio esta su personalidad juridica. Fue en el siglo XVI cuando, marcandose un cierto retroceso en el campo de la equiparacion juridica de los sexos, aparece en Francia en el derecho comun, el principio de incapacidad de las mujeres casadas.

El Codigo Civil Frances o Napoleonico de 1804, edifico el derecho de familia sobre principios tomados del derecho consuetudinario que se habia venido formando en siglos anteriores.

Si la familia esta regida por el principio de la autoridad marital, la intervencion de los tribunales no puede tener un juego muy normal ni muy extenso aunque tampoco puede ser excluida. La autoridad del marido no ha de ser concebida ni regulada como un poder absoluto. Si la familia tiene un sentido institucional y es un organismo determinado por exigencias y fines superiores a la voluntad de los individuos que la integran, ha de ser arbitrado el medio de impedir que los organos rectores de la familia actuen en su propio interes y no en interes del grupo. Si por el contrario, el gobierno de la familia queda asentado sobre el principio de igualdad de derechos de uno y otro conyuge, la intervencion judicial adquiere el rango de una rueda esencialisima y normal.

Los organos de la intervencion en los conflictos conyugales, ante la anomalia que representa y los inconvenientes que puede ofrecer el ir a buscar fuera de la sociedad familiar la autoridad que debe asegurar en ella el orden y la disciplina, han pensado muchos en encomendar a tribunales constituidos dentro de la familia misma la solucion de los conflictos conyugales.

En la teoria del que puede llamarse recurso familiar queda reducida al minimun la intervencion del Estado. La ley puede llegar a abstenerse de establecer a priori el regimen del matrimonio y hacer a la familia objeto de su tutela.

Solo en el caso en que se peturbe su marcha o su vida normal, el que surja el desaauerdo, le es al Estado licito intervenir; y aun en este caso, su mision no es restaurar por si mismo la paz domestica, ni resolver a todo trance el conflicto, sino unicamente garantizar al conyuge presuntamente tiranizado, la reunion del consejo familiar y la eficacia de sus acuerdos, en cuanto sea posible dentro de la limitacion de los medios que hay a su alcance.

Sobre la autoridad marital, suele pasar la mayor responsabilidad, puesto que en la generalidad de los casos aporta, -mediante su actividad profesional- la mayor parte de los recursos de que han de vivir los miembros de la familia.

La autoridad se convierte en funcion familiar, y debe ser ejercida en tal sentido, en primer lugar, por el

marido, y no siendole posible a este, por la mujer, que entonces lleva la jefatura de la familia.

La inaceptable teoria de la inferioridad femenina, tiene el principio de igualdad del hombre y de la mujer una base filosofica y una igualdad sustancial de los dos elementos humanos, distintos por el sexo. De esa igualdad sustancial de ambos sexos no se desprende que deban concederse a la mujer y al varon identicas facultades juridicas.

Se debe aspirar a una igualdad de rango, que se traduzca para cada uno de los sexos en una diversa, pero equivalente, suma de derechos. Se dice que la mujer ha de tener derechos distintos y aun superiores.

Se dice que hay dos clases de feminismos el de igualdad y el de compensacion. El primero persigue la paridad total y el segundo que se concedan a la mujer privilegios extraordinarios que no tiene el hombre, a los efectos de compensar de esa manera la originaria desigualdad.

Hay que evitar a toda costa que, al adaptarse la mujer moderna al modo del hombre, ponga en peligro sus caracteristicas y su funcion propia, lo que es nucleo de su ser y motivo de su existencia. (3)

El tema del matrimonio, tiene gran trascendencia en todos los aspectos, no solo desde el punto de vista legal o academico, sino en lo sociologico, politico, economico, moral o religioso.

La palabra matrimonio proviene del latín: matrimonium. matris; madre y monium; cargas o sea que el significado etimológico del matrimonio parece comprender las cargas de la madre.

El Papa Gregorio IX en 1227 estimaba el matrimonio en función de la maternidad, siempre cierta, que a la mujer le era onerosa antes del parto. La paralela importancia en el sentido etimológico, obtiene una distinta connotación, ya que correlativamente a las funciones de la madre, el se preocupa principalmente por la adquisición, conservación y administración de los bienes de fortuna aun de los bienes que corresponden originalmente a la madre y por eso ellos se interpretan como las cargas del padre, o sea, que por esta razón, al conjunto de los bienes de la familia se le llaman patrimonio.

Pero dentro de las diversas hipótesis mediante las cuales trata de desentranarse el sentido etimológico de la palabra matrimonio, parece ser más aceptable, por revelar una idea de más contenido sociológico, la que conjugó las palabras matrem muniens, que tienen una inspiración en la defensa y protección de la madre.

En Roma misma, el matrimonio sufrió una total transformación, marcando una notable evolución del derecho primitivo hasta el esplendor de Justiniano. En Roma se dijo que el matrimonio es la unión del hombre y de la mujer,

implicando igualdad de condicion y comunidad de derechos divinos y humanos.

Esta doble proyeccion de lo divino y humano la encontramos tanto en los origenes y fines del matrimonio como en su realizacion.

Se debe de tener en mente que el matrimonio que se daba en Roma era una de las formas en las que la autoridad paterna se hacia mas grande y comprendia a un numero considerable de personas, ya que el fin primordial del matrimonio era la procreacion de los hijos, mismos que quedaban bajo la potestad del paterfamilias, que solo terminaba cuando este moria, pasando entonces a sus hijos, quienes a su vez presidian con tal caracter,- pero hasta entonces,- a su propia familia.

Ese mismo derecho en Roma, se caracterizaba por otros dos elementos fundamentales: la comunidad de vida, y la comunidad espiritual, ambos comprendidos plena y sabiamente en la definicion de Modestino.

La separacion del matrimonio como plena comunidad de la vida, como finalidad juridicamente reconocida, lo distingue de otras uniones sexuales que tambien son tomadas en cuenta por el derecho.

Para los romanos era un hecho la convivencia de un hombre y una mujer aunada por el efecto marital. Entre ellos

no era una relacion juridica sino natural. La comunidad de vida incluye el nombre, estado, domicilio y cohabitacion. (4)

La familia vista como concepto juridico, se extiende en sentidos diferentes, mas o menos comprensivos, que podrian representarse por circulos concentricos de extension variable.

Primero, lato sensu, la familia engloba todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad; se extiende hasta limites lejanos que nuestro derecho positivo establece en el duodécimo grado; en esta acepcion descansa, a la vez en la comunidad de sangre, en el matrimonio y en la adopcion.

Segundo, en un sentido mucho mas restringido y muy diferente, designa la familia las personas que viven bajo el mismo techo: Padre, Madre, hijos, y, si hubiera lugar, nietos, y aun colaterales; se convierte entonces, o poco menos, en el sinonimo de hogar, de domus; este aspecto no es extraño al legislador: el bien de familia es el inmueble que cobija asi a la familia en toda su extension.

Tercero, en fin, se entiende alguna vez por familia la agrupacion restringida constituida por el Padre, la Madre, los hijos, haciendo entrar en ella estos ultimos aun en el posible caso de que hayan creado un hogar, y de que a su vez, hayan fundado una familia en el sentido de la palabra.

En principio, y salvo apreciacion contraria, el primer sentido, es el unico verdaderamente juridico, en que la

familia debe ser entendida; tiene el valor de un grupo étnico, intermedio entre el individuo y el Estado. (5)

La familia en cualquier aspecto que aparezca, se vera como una institucion necesaria y sagrada; cuesta trabajo concebir una comunidad social en la cual no se interpusiera grupo alguno entre el individuo y el Estado; semejante sociedad no seria viable; representaria un conjunto uniforme de individuos; es la familia la que, por una primera sintesis no artificial, sino natural bienhechora, viene a preparar la sintesis mas vasta que realiza el concepto de la nacion; es un elemento de cohesion, una condicion de equilibrio real y social. La historia ensena que los pueblos mas fuertes han sido aquellos en que la familia estaba mas fuertemente constituida: Roma, Inglaterra, Francia, Alemania; las lecciones de la historia nos ensenan el relajamiento de los lazos familiares en los periodos de decadencia: ordinariamente en la celula familiar se manifiestan los primeros sintomas del mal antes de afectar al organismo mas vasto y mas poderoso del Estado.

Asi se comprende que los legisladores de los diferentes siglos, y de los diferentes paises se hayan interesado vivamente por la suerte de la familia; se preocupan no de regularla arbitrariamente en materia de estricto derecho, las costumbres son frecuentemente mas fuertes que las

leyes, sino de protegerla y condicionarla, sacando de ella el mayor rendimiento social posible.

Aunque es por desgracia cierto que nuestra generacion asiste a una crisis de la familia; sin duda, esta institucion, base de la sociedad, no ha sido discutida en un principio; pero existe una propension a transformarla, a evolucionar; el principio de autoridad, que fue tradicionalmente su base, se debilito; las diversas potestades, marital y paterna, que constituian la boveda de la familia y punto central, ha perdido con el divorcio, su caracter de indisolubilidad; el espiritu critico y el espiritu de igualdad extrema han realizado su obra en este terreno como en los demas, y la familia aparece, no ya como antes, como institucion casi divina que se beneficia de un estatuto particular, sino como una institucion politica y civil; como una sociedad en la cual los miembros -que escapan lo mas pronto posible al principio de autoridad- son gobernados mas bien por ideas que por personas: idea de proteccion de los debiles contra los fuertes; respeto de la libertad individual; igualdad de sexos, y tambien en lo posible, igualdad de todos, sin olvidar los intereses del Estado, que se afirman sobre sus miembros desde el punto de vista fiscal. Estas tendencias diversas, conducen instintivamente a los juristas, a los escritores a los tribunales, al legislador, hacia una organizacion nueva de la familia, hacia una forma menos

agresiva para el individuo: Despues de haber sido dominada por el principio de autoridad; despues de haber dado la imagen de un gobierno absoluto, tiende a convertirse en una republica domestica, evolucion que al lado de ventajas incontestables, es fertil en peligros: el debilitamiento de la autoridad, el espiritu de igualdad extrema son susceptibles de conducir a la decadencia y a la anarquia; y es mas dificil remontar la corriente que dejarse llevar por ella. Convendra no perder nunca de vista que la familia tiene como razon de ser la propagacion de la especie, la permanencia de la raza y la educacion de los hijos en las mejores condiciones posibles.

Es muy importante la partida para que no se unan todas las fuerzas sociales con animo de ganarla; la crisis de natalidad que sufrimos hace largo tiempo, debe llamar la atencion de todos, y sobre todo de los poderes publicos, acerca de un problema que es de todos los tiempos y de casi todos los paises, pero que en nuestros dias, en Francia e Inglaterra sobre todo, reviste excepcional agudeza.

La familia, entendida en su sentido mas amplio, unico verdaderamente juridico, comprende los conyuges, los parientes y los afines; descansa en efecto, en el matrimonio, el parentesco y la afinidad. Es problema aparte la familia extramatrimonial.

Dentro de la familia, se enfoca al parentesco como el lazo que existe tanto entre personas de las cuales una

desciende de la otra (hijos y padre, nietos y abuelo) como entre personas que descienden de un progenitor comun (hermanos y hermanas, primos), en el primer caso, el parentesco es directo, en el segundo es colateral. (6)

La cadena que se establece así entre parientes toma el nombre de línea; esta línea es ascendente o descendente según que suba o que baje; se llama paterna o materna según que nos referiamos al padre o a la madre de la persona cuyo estatuto familiar queremos precisar; puede uno ser pariente por la línea paterna (consanguinidad), o por la línea materna (parentesco uterino), o, en fin, por ambas líneas (parentesco carnal o de doble vinculo), como es el caso corriente para hermanos y hermanas que, por tener el mismo padre y la misma madre, son hermanos y hermanas carnales.

La afinidad o alianza es el lazo que une a cada uno de los esposos con los parientes del otro; la mujer se convierte en la hija por afinidad, en la nuera nueva hija), del padre y la madre de su marido; la hermana por afinidad, en la hermana política de los hermanos y hermanas de su marido y así sucesivamente; el razonamiento es el mismo para el marido que entra en la familia de su mujer, a título de yerno, de cunado, etc.

La afinidad es menos comprensiva que el parentesco, produce efectos menos numerosos; la simple afinidad no tiene el mismo valor que la comunidad de sange; y así los afines no

son llamados a la sucesion y no estan en condiciones para oponerse oficialmente a un matrimonio o para provocar una interdicion judicial.

Con la idea que el parentesco y la afinidad son piedras fundamentales con el matrimonio, de la familia se puede llegar a un estudio mas a fondo, sobre la familia legitima, natural y adoptiva.

Estudiar la familia legitima es estudiar al matrimonio que es la fuente de aquella.

Los jurisconsultos romanos consideraban al matrimonio como institucion divina, tanto como humana; divina por su origen y fin; humana por su realizacion. Veian en el matrimonio la fusion de dos existencias, tanto en el campo moral y religioso como desde el punto de vista material; por eso sus definiciones se mantenian en la vaguedad; procedian de un ideal colocado demasiado alto para descender a la precision.

El fin del matrimonio es que al unirse el hombre y la mujer perpetuen su especie, para ayudarse, para socorrerse mutuamente, para llevar el peso de la vida y compartir su comun destino; toda esta union, acompanada de una union solemne y de conformidad con la ley civil; o sea visto de un punto mas esquematico se deduce que el matrimonio es un contrato, es solemne, que se manifiesta en una asociacion de personas y que cae bajo la jurisdiccion de la Ley Civil.

Aunque el decir que el matrimonio es un contrato, se puede pensar que es corta esa definicion, pues va mas alla de ello; mas que un contrato, una institucion que no ha de rebajarse a la categoria de las relaciones juridicas corrientes.

Sin duda, crea un regimen durable, regido por un estatuto permanente; pero lo mismo ocurre con otros contratos.

El contrato de matrimonio es solemne y tiene lugar ante el Registro Civil, que procede a su celebracion y gracias a este caracter, el matrimonio no corre el peligro de confundirse con el concubinato, como union de hecho: se dispone, para establecer la distincion, de un criterio simple e infalible: la observancia, por los interesados, de las formalidades instituidas por la ley para la conclusion del matrimonio.

El matrimonio visto desde este angulo, es una institucion de derecho civil, exclusivamente, pues con este dogma se constituye la terminacion de una lucha secular entre el poder civil y la iglesia. Hubo un tiempo en que, bajo el antiguo regimen, el matrimonio era, "antes que todo y casi exclusivamente, un sacramento, una institucion religiosa, y, mas especificamente catolica.

Esta posicion del problema no debia sorprender porque la religion catolica tenia entonces el valor de religion de Estado. Era la autoridad eclesiastica, el derecho

canonico, quien reglamentaba el matrimonio; eran los tribunales eclesiacos los que entendian en las causas matrimoniales, como era el sacerdote quien tenia calidad para proceder a la celebracion, y a la imposicion del sacramento. (7)

La realeza no podia tolerar indefinidamente esa actuacion de la Iglesia en el terreno de una institucion vital para la sociedad civil. De ahi que, a partir del siglo XVI, sus esfuerzos tendieron a recobrar el terreno perdido, a hacer del matrimonio- sacramento, una institucion del derecho civil; y esto se logro, gracias al ingenio y a la tenacidad de sus legistas que utilizaron a este efecto cantidades de teorias entre las cuales algunas fueron inspiradas por las necesidades de la causa, si bien al final del antiguo regimen y desde antes, el monopolio de la iglesia en el campo matrimonial se derrumbó; la distincion de lo espiritual y de lo corporal ha colocado las cosas en su verdadero lugar: a la Iglesia, corresponden las causas de orden espiritual, pero al Estado,- al Estado unicamente-, las causas de orden temporal. La ley no considera al matrimonio mas que como un contrato civil.

Actualmente, en virtud del texto del articulo 130 de nuestra Constitucion, y de los preceptos concordantes delCodigo Civil, el matrimonio religioso carece en absoluto de valor.

El articulo 130 de la Constitucion a la letra dice:

"Corresponde a los Poderes Federales ejercer en materia de culto religioso y disciplina externa la intervencion que designen las leyes. Las demas autoridades obraran como auxiliares de la Federacion.

"El Congreso no puede dictar leyes estableciendo o prohibiendo religion cualquiera.

"El matrimonio es un contrato civil. Este y los demas actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil , en los terminos prevenidos por las leyes, y tendran la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

"La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley.

"La ley no reconoce personalidad alguna a las agrupaciones religiosas denominadas iglesias.

"Los ministros de los cultos seran considerados como personas que ejercen una profesion y estaran directamente sujetos a las leyes que sobre la materia se dicten.

"Las Legislaturas de los Estados unicamente tendran facultades de determinar, segun las necesidades locales, el numero maximo de ministros de cultos.

"Para ejercer en los Estados Unidos Mexicanos el ministerio de cualquier culto se necesita ser mexicano por nacimiento.

"Los ministros de los cultos nunca podran, en reunion publica o privada constituida en junta, ni en actos de culto o propaganda religiosa, hacer critica de las leyes fundamentales del pais, de las autoridades en general o en particular del Gobierno; no tendran voto activo ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines politicos.

"Para dedicar al culto nuevos locales abiertos al publico se necesita permiso de Gobernacion, oyendo previamente al Gobierno del Estado. Debe haber en todo tiempo un encargado de el, responsable ante la autoridad del cumplimiento de las leyes sobre disciplina religiosa, en dicho templo y de los objetos pertenecientes al culto.

"El encargado de cada templo, en union de diez vecinos mas, avisara desde luego a la autoridad municipal quien es la persona que esta a cargo del referido templo. Todo cambio se avisara por el Ministro que cese, acompañado del entrante y diez vecinos mas. La autoridad municipal, bajo pena de destitucion y multa hasta de mil pesos por cada caso, cuidara del cumplimiento de esta disposicion; bajo la misma pena llevara un numero de registro de los templos, y otro, de los encargados. De todo permiso para abrir al publico un nuevo templo, o del relativo al cambio de un encargado, la autoridad

municipal dara noticia a la Secretaria de Gobernacion, por conducto del Gobernador del Estado. En el interior de los templos podran recudarse donativos en objetos muebles.

"Por ningun motivo se revalidara, otorgara dispensa o se revalidara o se determinara cualquier otro trmaite que tenga por fin dar validez en los curso oficiales a estudios hechos en los establecimientos destinados a la ensenanza profesional de los ministros de los cultos. La autoridad que infrinja esta disposicion sera penalmente responsable; y la dispensa o tramite referido sera nulo y traera consigo la nulidad del titulo profesional cuya obtencion haya sido parte la infraccion de este precepto.

"Las publicaciones periodicas de caracter confesional, ya sean por su programa, por su titulo o simplemente por sus tendencias ordinarias, no podran comentar asuntos politicos nacionales, ni informar sobre actos de las autoridades del pais o de particulare, que se relacionen directamente con el funcionamiento de las instituciones publicas.

"Queda estrictamente prohibida la formacion de toda clase de agrupacion politica cuyo titulo tenga alguna palabra o indicacion cualquiera que la relacione con alguna confesion religiosa. No podran celebrarse en los templos reuniones de caracter politico.

"No podran heredar por si, ni por interposita persona, ni recibir ningun titulo, un ministro de cualquier culto, un inmueble ocupado por cualquier asociacion de propaganda religiosa, o de fines religiosos, o de beneficencia. Los ministros de los cultos tienen incapacidad legal para ser herederos, por testamento, de los ministros del mismo culto, o de un particular con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

"Los bienes muebles o inmuebles del clero o de asociaciones religiosas se regiran para su adquisicion por particulares conforme al articulo 27 de esta Constitucion.

"Los procesos por infraccion a las anteriores bases nunca seran vistas en jurado. (8)

No quiere decir sin embargo, que el legislador ignore el matrimonio religioso; se ocupa de el pero solamente para subordinarlo al matrimonio civil que goza con relacion a el, de un derecho de prioridad. La union civil debe preceder a la union religiosa, pues los que se van a casar deben en primer lugar ponerse en regla con la ley civil.

Precisamente el derecho de familia nos presenta el caso de implicar a la vez relaciones de coordinacion entre sujetos iguales y de subordinacion entre padres e hijos o en general de todos aquellos que ejerzan una potestad o tutela

sobre otros, tratandose de la patria potestad, de la potestad marital, o de la tutela propiamente dicha.

Todas las normas que regulan la conducta de los particulares, independientemente del interes del juego o de la igualdad o desigualdad de sus situaciones juridicas, seran normas de derecho privado, por cuanto que no se refieren en ninguno de los casos o aspectos a la estructuracion juridica del Estado.

El derecho de familia ha pertenecido por entero al derecho privado, no obstante que tutele intereses generales o colectivos, siendo sus normas irrenunciabiles. No importa que el derecho de familia regule las relaciones de sujetos colocados en planos distintos, como son los que se derivan de la patria potestad, de la potestad marital y tutela, pues lo fundamental descansa en que se trata de relaciones entre particulares. Ello no impide que considerando la tesis de Antonio Cicu, reconozcamos el perfil social del derecho familiar.

Julian Bonnescase define al derecho de familia como conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organizacion, vida y disolucion de la familia.

Antonio Cicu, le da primero un cierto enfoque al derecho de familia, con aspectos un caracter de derecho

publico; pero despues, aun reconociendolo generalmente como una parte del derecho privado, la eleva al rango de derecho social y actualmente se esta en favor de este concepto. En este criterio, se hace la distincion de que deben diferenciarse aquellas normas en las cuales el individuo guarda una cierta dosis de libertad frente al Estado, de tal manera que el ordenamiento juridico le reconoce en mayor o menor grado validez de accion al principio de la autonomia de la voluntad, de aquellas otras normas imperativas o prohibitivas que el sujeto no puede modificar o derogar mediante convenciones privadas, por ser normas de interes publico, cuya renuncia o modificacion es nula de pleno derecho. Por otra parte, existe un campo en el cual el individuo se encuentra subordinado al Estado, en razon de que las normas juridicas que regulan las relaciones entre ambos no tienen como fin la proteccion de intereses individuales, sino la consecuencia de fines superiores que toman en cuenta los valores generales de la comunidad y los intereses de la misma. De aqui, que para la realizacion de tales fines comunes, supra-individuales, el ordenamiento juridico no deja en libertad a los particulares, sino que procede en forma imperativa o prohibitiva para conseguir con o contra la voluntad de los mismos, aquellos fines.

Esta diversa posicion, traducida, al lenguaje juridico, da lugar a una distinta estructura de la relacion

juridica publica y de la privada. Toda relacion juridica reconoce como elementos constitutivos el interes y la voluntad; en efecto el derecho regula intereses y se actua mediante voluntades. Ahora bien, en el derecho privado el interes que entra como elemento de la relacion es el interes individual propio de cada uno de los individuos, que toman parte en la relacion, la que, por consiguiente, se da entre entidades autonomas, independientes, que prosiguen cada una el propio particular interes con libertad de juicio y de voluntad. Tenemos pues, interes y voluntad distintos y opuestos; y la tutela juridica de los intereses se actua mediante la tutela de las voluntades.

En las relaciones de familia que no se tutelan intereses individuales, sino intereses superiores es decir supraindividuales. Existe la subordinacion de las voluntades de los particulares a un interes unitario, a un fin superior a los sujetos relacionados. En la relacion entre conyuges, no existe libertad para que determinen sus derechos y obligaciones, sino por el contrario, tomando en cuenta los intereses generales de la sociedad, la ley impone con caracter de inmodificable un estatuto que determina imperativamente tales derechos y obligaciones. Ademas debe intervenir un funcionario del Estado para que el acto matrimonial se celebre con todos los requisitos necesarios para su validez. En las relaciones paterno filiales es tambien evidente que existe un

interes superior con arreglo al cual deben de determinarse los derechos y obligaciones que nacen de la patria potestad. Fundamentalmente se atiende al interes de los hijos en su condicion juridica de incapaces.

Por tanto, tambien en el derecho de familia, la relacion juridica -en la Tesis de Cicu- tiene los caracteres de la de derecho publico: interes superior unitario y voluntades convergentes a su satisfaccion . Es, pues, una relacion organica. La familia, es cierto, no se nos presenta como un organismo igual al Estado, en cuanto que no hay en ella una organizacion de sus miembros; pero esto depende de que las funciones a ella confiadas suelen ser temporales y hasta, a veces accidentales; de que son, sobre todo, designadas a priori las personas a las cuales se encomiendan tales funciones.

Con todo esto, no queremos afirmar que el derecho de familia deba inculirse en el derecho publico.

Si reconocemos que el derecho publico es el del Estado y el de los demas entes publicos, el derecho de familia no es derecho publico. La familia no es ente publico, no porque no este sujeta, como los entes publicos, a la vigilancia y a la tutela del Estado (no se ha garantizado todavia a la familia frente al Estado, una libertad y una autonomia de la misma naturaleza que la privada), sino porque los intereses que deben cuidar no son, como en los entes

publicos, intereses de la generalidad, por lo cual no esta organizada como estos. Por tanto, al derecho de familia se le debe asignar un lugar independiente de la distincion entre el derecho publico y el derecho privado; es decir que la biparticion debe ser sustituida por una triparticion social que responde a las características particulares que socialmente asume.

Erroneo y peligroso es, por tanto, servirse en valoración de las normas de derecho familiar del concepto de normas de orden publico como han venido elaborandose en la ciencia del derecho privado. Puesto que este tiene su razon de ser en un interes general y superior que viene a limitar la libertad individual; asi para decir si cada norma de derecho familiar es o no de orden publico, podra ser necesario indagar caso por caso si ocurre un interes general. Para nosotros el interes no general, sino superior, existe siempre; el mismo excluye, y no limita, la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales.

La familia legitima es una institucion basada en el matrimonio, que vincula a conyuges y a descendientes, bajo formulas de autoridad; afecto y respeto, con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida. La familia natural tiene características iguales con ausencia de vinculo matrimonial.

Se dice que es una institucion porque esta establecida o fundada. Viene desde muy antiguo, estableciendose y obedeciendo a una necesidad natural y social. Esta enraizada en la organizacion de la sociedad, y no es ni transitoria ni excepcional, ni suceptible de desaparecer al efecto de una circunstancia.

Los partidarios de la familia legitima desconocen a la natural y advierten que el matrimonio es lo que aporta a la union estabilidad y seguridad, y hace mas propicio el ambiente a los efectos y respetos reciprocos.

El marido y la mujer, padres e hijos, son los sujetos de vinculacion en la composicion de la familia propiamente dicha. Los demas son naturalmente parientes y familiares; pero no componen la institucion de la familia. (10)

Lo anterior no impide, por otra parte, el llamamiento a servir tutelas, la prestacion de alimentos, el llamamiento a heredar.

Bajo formulas de autoridad, afecto y respeto reciproco, la realidad nos ensena que para el buen desarrollo y la conservacion de cualquier agrupacion o escuela de formacion se requiere de la jerarquia y el mando discreto.

Desde el punto de vista sociologico, podemos decir que el derecho de familia tiene por objeto la organizacion de la solidaridad domestica. En general, el problema sociologico

del derecho consiste en determinar los diferentes sistemas que regulan las diversas manifestaciones de la solidaridad humana.

Es así como podemos distinguir un derecho familiar social que regula la solidaridad doméstica; un derecho político o público que organiza la solidaridad estatal; un derecho patrimonial que tiene por objeto reglamentar las relaciones de carácter económico entre los hombres, finalmente, un derecho internacional, cuyo fin consiste en lograr una solidaridad entre los diferentes Estados que integran la gran comunidad humana.

El criterio sociológico-jurídico que antecede, nos permite formular una nueva clasificación de las ramas del derecho, para distinguir cuatro grandes grupos:

A) Derecho familiar, como un sistema jurídico que tiene por objeto regular la solidaridad doméstica.

B) Derecho político, como sistema jurídico que tiene por objeto regular la solidaridad política o estatal. Comprende el derecho Constitucional, el Administrativo, el Procesal y el Penal.

C) Derecho Patrimonial, como sistema jurídico que tiene por objeto la organización del patrimonio y de todas las relaciones de carácter económico que se originan entre los particulares, sean civiles, mercantiles, del trabajo o agrarios. En consecuencia, atendiendo solo al contenido patrimonial y no al interés en juego, podemos distinguir el

derecho civil patrimonial, el mercantil, el agrario y el de trabajo, como manifestaciones del derecho patrimonial en general.

D) Derecho Internacional, que tiene por objeto regular las relaciones juridicas, pacificas o belicosas de los Estados que integran la comunidad universal.

La familia es tambien un nucleo social patrimonial, el mas natural y antiguo de todos. Es una verdadera celula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social.

No solo porque constituye el grupo natural o irreductible que tiene por especial mision asegurar la re produccion e integracion de la humanidad por generaciones y siglos, sino porque en su seno se forma y desarrollan los mismos elevados sentimientos, tales como el de solidaridad, el de superacion; alli se forjan tendencias altruistas, y otras muchas fuerzas que se requieren para la manutencion saludable y prospera de la comunidad politica.

La familia no solo es factor importantisimo de la vida social, sino aun de la vida politica, porque quien se ha sometido a la disciplina del hogar esta en mucho mejores condiciones para someterse a la autoridad del Estado.

La accion del matrimonio y de la familia sobre la estabilidad y superacion del Estado, seran, sin embargo, mucho mayores, cuanto mas estable sea a su vez la familia misma.

Por esta misma importancia trascendental de la familia, respecto del individuo y del propio Estado, es que este ha dedicado mucha de su actividad legislativa al mantenimiento estable de la familia, creando incluso un regimen de proteccion a ella. La familia en realidad es uno de los problemas del Estado.

Es la familia el mas natural y el mas antiguo de los nucleos sociales. En la organizacion antigua (patriarcado), la familia era la sociedad total y unica organizada, la esfera social en que el hombre realizaba el derecho.

En periodos mas avanzados, al formarse una sociedad politica compuesta de familias, pierden estas su caracter de sociedad politica, pero no dejan de ser un elemento constitutivo de la ciudad o de la tribu, es decir, un elemento organico del Estado. Todavia hay vestigios de este regimen en la familia romana, en la sociedad feudal, etc. En una tercera fase ampliada y robustecida la sociedad publica, pierde su importancia politica la familia y viene a tener unicamente la consideracion de agrupacion privada.

Ahora bien, independientemente de estos matices, en todo tiempo ha sido y es la familia, como se ha dicho tantas veces, la verdadera celula de la sociedad, base y piedra angular del ordenamiento social, no solo porque constituye el grupo natural e irreductible que tiene por especial mision la de asegurar la reproduccion e integracion de la humanidad a

traves de las generaciones y de los siglos, sino ademas porque es en su seno donde se forman y desarrollan los sentimientos de solidaridad, las tendencias altruistas, las fuerzas y virtudes que necesita, para mantenerse saludable y prospera la comunidad politica.

En los tiempos primitivos, la comunidad de existencia ligaba materialmente entre si, a todos los que estaban unidos por el lazo de parentesco; la familia, al crecer tendia a formar una tribu. Desde entonces siempre ha estado dividiendose. La vida comun se restringio primeramente a los que descendian de un mismo autor aun vivo; el ancestro comun los reunia bajo su potestad; a su muerte, la familia se dividia, en varias ramas, cuyos respectivos jefes eran los propios hijos del difunto.

Mas tarde, la division se hizo en vida misma del ancestro comun. En nuestros dias, pierde su autoridad sobre los descendientes cuando llegan a ser mayores y lo abandonan para fundar, a su vez, una nueva familia.

Se llega asi al grupo reducido que compone la familia moderna, en el segundo sentido de la palabra, no comprendiendo ya sino al padre, la madre y aquellos de sus hijos o nietos que habitan aun con ellos. Se consideran que forman una familia los que se han separado, para vivir aparte con su mujer e hijos.

Fuera de este pequeño grupo, ya no subsiste el lazo antiguo de la familia. Su efecto principal es el derecho de sucesión.

Ya el Derecho Romano asignaba al término familia dos significaciones distintas: la de grupo de personas sujetas actualmente a la autoridad soberana de un jefe y la de grupo integrado por todos aquellos que estarían sujetos a una autoridad única si viviese aun el pater familias común; en nuestro derecho actual se usa también el expresado término en varias opciones. Por familia se entiende un grupo amplio o un grupo restringido de personas, un grupo amplio cuando prescindiéndose de los efectos jurídicos que el vínculo produce y pasando del límite impuesto por el derecho sucesorio, se comprenden en él todos los descendientes de un tronco común, y que llevan el mismo nombre gentilicio; otro más restringido cuando en él figuran los padres y los descendientes inmediatos, y a veces de estas personas se toman en consideración solo aquellas que viven en común.

Honda transformación llevó el cristianismo a la familia y a su derecho, infundiendo en ellos un alto sentido ético. Elevó el matrimonio a la dignidad de sacramento, proclamó el principio de igualdad de los esposos y el de indisolubilidad de vínculo y contribuyó a mitigar la rudeza de la patria potestas.

De hecho, la familia y en especial el matrimonio habian sido regidos durante muchos siglos por el derecho canonico, sobre la base de que el matrimonio entre cristianos es un sacramento y, en consecuencia, debe estar sujeto totalmente a la legislacion y a la jurisdiccion eclesiasticas, salvo en las relaciones patrimoniales entre los conyuges. Aun despues de haber tenido lugar en muchos pueblos modernos la reconquista del derecho matrimonial y de la jurisdiccion en las causas matrimoniales por el poder del Estado, todavia subsiste, con mayores o menores modificaciones, la concepcion matrimonial cristiana.

El pequeno grupo de la familia es el mas esencial de todos los elementos que componen esas grandes aglomeraciones de hombres que se llaman naciones. La familia es un nucleo irreductible; y el conjunto vale lo que ella misma vale; cuando se altera o se disuelve, todo el resto se derrumba. En ella, y como se ha dicho, sobre las rodillas de la madre, se forma lo que hay de mas grande y de mas util en el mundo; un hombre honrado. Los pretendidos reformadores que han sonado suprimir la familia, eran insensatos. El industrialismo que parece el tesoro de las razas europeas, es una plaga que las azota, destruye la familia y su hogar.

En el problema etico del derecho de familia se trata de determinar la influencia de la moral en su organizacion juridica; debiendo distinguirse del problema relativo a

diferenciar el derecho de la moral, pues el que ahora planteamos, consiste, -admitiendo esa diferenciación- en precisar la intervención que tiene la moral en las diversas instituciones del derecho familiar.

En el derecho familiar, se va comprobando que un concepto ético sirve de base para la celebración del matrimonio, de tal manera que este no solo es un contrato como dice el Código Civil, sino una forma de vida moral permanente entre los consortes, tanto en sus propias relaciones, como en la educación de sus hijos. Sin admitir la idea religiosa de que el matrimonio sea un sacramento para el derecho, es evidente que la ley toma en cuenta fundamentalmente el aspecto moral de la institución, a fin de que no solo se realice la función biológica de la perpetuación de la especie, sino también para que exista una comunidad espiritual entre los consortes, que permita a su vez cumplir con los deberes de vida en común, fidelidad, asistencia mutua y socorro que de consuno imponen el derecho a la moral. En los impedimentos para celebrar el matrimonio, algunos son de carácter estrictamente ético, tales como los que impiden dicho acto entre parientes, sea por afinidad, sea en línea recta o entre el adoptante y el adoptado. También el impedimento que se refiere al parentesco consanguíneo en la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado, descansa no solo en una

eugenésica, para evitar la degeneración de la raza, sino también en un principio ético.

La moral tiene una ingerencia constante en todo lo relativo a la reglamentación del divorcio, pues respecto de este encontramos causas estrictamente jurídicas y otras de tipo moral.(11)

En este sentido el Código Civil considera como causas de orden moral que motivan la disolución del vínculo conyugal, las que se mencionan en las fracciones II, III, V, y XV del artículo 267. Relativas al hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este; la propuesta del marido para prostituir a su mujer o los actos inmorales ejecutados por alguno de ellos con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción; los hábitos del juego, de la embriaguez o el uso indebido de las drogas enervantes, cuando amenacen causar la ruina de la familia, o constituyan un constante motivo de desavenencias conyugales. (12)

En las relaciones de filiación, también tenemos datos morales que regula el código tanto en la descendencia legítima como en la natural. Desde luego, el principio fundamental en el que descansa todo el régimen o sea, el considerar como hijos del marido, a todos los hijos de su esposa, tiene como fundamento único la fidelidad de la mujer y contra esta presunción no se admite imposible al marido tener

acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

Es también un fuerte principio de moralidad familiar, el tema sobre la protección de los hijos habidos en matrimonio, pues su interés prevalece aun sobre la impugnación que haga el marido alegando adulterio de la madre y la confesión expresa de este de que el hijo habido no es de su esposo. Dice el precepto; el marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta 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. Aquí el legislador ha tomado en cuenta que no obstante el reconocimiento expreso de la esposa en cuanto a la comisión del adulterio y el desconocimiento que haga el marido respecto al hijo tenido por aquellos, pueda existir un motivo pasional que induzca a la mujer, ante la acusación de adulterio, a confesar este hecho, no obstante que no lo hubiere realizado o bien, la creencia falsa en cuanto a la posible paternidad. Por esto se sigue protegiendo el interés del hijo y admitiendo como principio básico de la familia legítima, el que supone la fidelidad y honestidad de la mujer casada.

En la filiación legítima también se toma en cuenta tal principio de moralidad social, para reputar hijos de matrimonio a aquellos que nacieren de dos personas que

vivieron publicamente como marido y mujer y ambos hubieren fallecido o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron.

En esta hipotesis, no podra disputarse a sus hijos la calidad de legitimos por solo la falta de presentacion del acta del matrimonio de sus padres, siempre que se pruebe que tienen la posesion de estado de hijos de aquellos o que, por los medios de prueba, se demuestre la filiacion y no este contradicha por el acta de nacimiento, si hay dos personas que se ostentan publicamente como marido y mujer y han tenido hijos, posiblemente se unieron en matrimonio. Se puede decir que asi como el principio de la buena fe se presume, asi tambien en el regimen juridico de la familia, tal presuncion se admite para considerar que la union entre hombre y mujer, -con las características exteriores del matrimonio- debe ser considerada como tal, en beneficio de los hijos, cuando por alguna causa grave no puedan exhibir el acta de matrimonio de sus padres y prueben, ademas, su posesion de estado de hijos de aquellos y su filiacion no este contradicha por su acta de nacimiento.

En la legitimacion encontramos tambien una influencia de la moral en el derecho, pues se nota el empeño del legislador para que los beneficios de aquella se extiendan no solo a los hijos nacidos, sino tambien al hijo que estuviere por nacer o a los que hubiesen fallecido antes de

que se celebre el matrimonio de sus padres, si dejaron descendientes.

En el reconocimiento de hijos vuelve a funcionar el principio moral para impedir que se reconozca por un nombre distinto del marido, al hijo de la mujer casada, a no ser que aquel lo hubiese desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo. El principio mencionado tiene por objeto evitar el grave problema familiar, con el escandalo consiguiente, que podria suscitarse en el caso de que libremente un hombre distinto que el marido pudiese hacer tal reconocimiento: Artículo 324.- Se presumen hijos de los conyuges:

I.- Los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes a la disolucion del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este termino se contara, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los conyuges por orden judicial.

Articulo 354.-El matrimonio subsecuentemente de los padres hace que se tenga como nacidos del matrimonio a los hijos habidos antes de su celebracion.

Artículo 350.-La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; por eso se constituye que si el hijo fuese adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pudiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoriada que declare que no es hijo suyo. No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. (13)

Mientras que este viva, únicamente el podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio.

En la regulación jurídica de la patria potestad, de acuerdo con lo que llevamos dicho, no encontramos ya las distinciones inmorales que admitían diferentes consecuencias según se tratase de hijos legítimos o naturales. Expresamente nuestra ley regula de manera igual al ejercicio de la patria potestad tanto de los padres o de los abuelos, sobre toda clase de descendientes, también se reglamenta de manera expresa el ejercicio de la patria potestad respecto a los hijos habidos fuera del matrimonio, previendo las distintas hipótesis que puedan presentarse según que ambos progenitores

vivan juntos o separados; o bien que hubiesen hecho el reconocimiento simultanea o sucesivamente.

Tambien en esta materia encontramos una innovacion de importancia debida a causas de orden moral: a diferencia de la patria potestad al estilo romano que se concedio solo el interes del ascendiente que la ejercia, confiendole un poder absoluto e ilimitado sobre todos los descendientes y demas personas sujetas a su potestad; en el derecho moderno se ha reglamentado el ejercicio de ese poder juridico considerandolo como una funcion social, a efecto de que mas que un conjunto de derechos implique una serie de obligaciones y responsabilidades en beneficio de los hijos menores. De aquel la posible intervencion del Juez para manifestar y restringir el ejercicio de la patria potestad, asi como para tomar aquellas determinaciones que tengan por objeto proteger al menor. Evidentemente que la ley debe reconocer el derecho de corregir y castigar a los hijos, o sea que los ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente.

Las autoridades en caso necesario, auxiliaren a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna. Los que tienen el ejercicio de la patria potestad, tienen la obligacion de educar convenientemente a los hijos y nietos menores de edad, facultandose al Consejo Local de Tutela,

cuando no se cumpla debidamente con esa obligación, para que se de aviso al Ministerio Público a efecto de que promueva lo que corresponda. En cuanto a patria potestad y bienes de los hijos o nietos, se demuestra evidentemente que en la actualidad ya no existe el poder absoluto del pater familias, sino que se confiere una administración de carácter patrimonial respecto a los bienes citados, siempre en beneficio de los descendientes. Por esta razón, se prohíben los actos de dominio sobre bienes inmuebles o bienes muebles y solo se permiten por causas de absoluta necesidad y de evidente beneficio para los menores, previa autorización del Juez competente. Asimismo se faculta al Juez cuando conceda la autorización respectiva, para tomar todas las medidas necesarias a efecto de que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destine y que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Los preceptos que regulan la pérdida o suspensión de la patria potestad demuestran asimismo la intervención constante de la moral en esta rama del derecho, pues fundamentalmente las causas que traen consigo la pérdida del citado derecho son de carácter ético y tienden directa o indirectamente a la protección del menor.

Artículo 443.- La patria potestad se acaba:

I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II.- Con la emancipacion derivada del matrimonio.

III.- Por la mayor edad del hijo.

Articulo 444.- La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la perdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o mas veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el articulo 283;

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sancion de la ley penal;

IV.- Por la exposicion que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por mas de seis meses.

Articulo 447.-La patria potestad se suspende:

I.- Por la incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por la ausencia declarada en forma;

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspension. (14)

Las costumbres depravadas de los padres, los malos tratamientos a sus hijos o el abandono de sus deberes, cuando

pueda comprometerse la salud, la seguridad o moralidad de los mismos, aun cuando no se trate de delitos, asi como la exposicion que el padre o la madre hicieron a los hijos o el abandono de los mismos por mas de seis meses.

Ademas, la causas que implican culpabilidad en el divorcio se sancionan tambien con la perdida de la patria potestad.

CAPITULO I
LOS FACTORES SOCIOLOGICOS.

- (1) Castan Tobenas Jose.- La Condicion Social y Juridica de la Mujer.- Ed. Reus, Madrid 1955. pag. 50.
- (2) Castan Tobenas.- Misma ob. cit. pag. 56.
- (3) Castan Tobenas.- Misma ob. cit. pag. 95.
- (4) Magallon Ibarra Jorge Mario.- El Matrimonio.- Ed. Mexicana, S. A., Mexico, D. F. 1965. pag. 5.
- (5) Jossierad Louis.- Derecho Civil tomo I.- Vol. II. La Familia.- Ed. Bosch y Cia., Buenos Aires 1952.
- (6) Jossierad Louis.- Misma ob. cit. pag. 14.
- (7) Jossierad Louis.- Misma ob. cit. pag. 304.
- (8) Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa Mexico, 1984. pag. 105.
- (9) Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- Tomo II. Vol. I. Derecho de Familia.- Ed. Robredo, Mexico 1959. pag. 15.
- (10) Rojina Villegas Rafael.- Misma ob. cit. pag. 39.
- (11) Rojina Villegas Rafael.- Misma ob. cit. pag. 357.
- (12)Codigo Civil.- Ed. Porrúa Mexico, 1983. pag. 93.
- (13)Codigo Civil.- Ed. Porrúa Mexico. pag. 111.
- (14)Codigo Civil.- Misma Edición. pag. 126.

La familia es una institucion juridica, pero, a proposito de la institucion de la familia, se dan las mayores interferencias entre etica, costumbre, religion, de un lado y derecho (objetivo) del otro. En efecto, la familia es ante todo una institucion social, que la etica, la costumbre y la religion tratan de disciplinar cada cual por su cuenta e independientemente de lo que dispone el ordenamiento juridico.

Las relaciones entre conyuges y las relaciones entre progenitores e hijos, estan reguladas por el afecto, por el sentido del honor, por el impulso altruista (espíritu de sacrificio, sentido del deber, desinteres patrimonial, etc.), y por espíritu de solidaridad antes que por el ordenamiento juridico.

El derecho es impotente para realizar por si solo una obra verdaderamente eficaz en el terreno de la familia; aunque los textos de la Ley sean conformes al derecho, y esten calcados exactamente de los estudios naturales sobre la vida social, valdran tanto como un cuerpo sin alma, sin desdenar a la moral y al sentimiento.

El sentimiento moral es el alma de la familia. Es verdad que frecuentemente y con razon, se habla del sentimiento de derecho. Pareceria que, para vivificar la regla del derecho y asegurar su observancia, debia bastar la conciencia que traduce de su necesidad y de su bondad.

De hecho es asi en numerosos dominios del derecho de familia. Es que el sentimiento de derecho se reduce al sentimiento del menor sacrificio de parte de cada uno, en tanto que el sentimiento moral, es el del extremo sacrificio; el alma misma transfigurandose y no conociendo sino sus aspiraciones mas elevadas y generosas. Ahora bien, si el sentimiento del menor sacrificio es el unico necesario para el restablecimiento de la paz entre vecinos respecto de un muro medianero, solo el sentimiento del extremo sacrificio dara al marido y a la mujer, a los padres y a los hijos, la energia para hacer frente a todos los deberes, cuyo cumplimiento es el secreto de la dicha familiar.

La patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre, sobre la persona y los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumbe en lo que concierne a la manutención y educación de dichos hijos. (16)

De todo esto se puede deducir que la patria potestad esta lejos de ser un poder absoluto, pero que, por llevar consigo cargas y obligaciones, presenta el aspecto de una relación jurídica bilateral. Así se comprende que la terminología adoptada por el Código Civil sea discutida.

El derecho romano concibió la autoridad paterna bajo el tipo de una potestad intensa hasta el punto de ser verdaderamente unilateral, de un dominio comparable a la antigua propiedad quiritaria: la patria potestad confería al jefe de la familia la libre disposición de sus hijos, que podía emancipar, reivindicar, maltratar a su antojo y sobre los cuales tenía el derecho de vida y muerte.

Más adelante, esta soberanía fue limitada; el hijo fue considerado, no ya como una cosa, sino como un ser susceptible de adquirir y hasta de ejercer derechos que van a oponerse al dominio del padre y a lesionarlo profundamente. El patrimonio del hijo, como su persona, se sustraen cada vez más al poder paterno; diferentes peculios hacen su aparición sobre los cuales tiene el hijo derechos cada vez más efectivos;

pero, a pesar de todo, el principio continua sin variacion; esta confirmado mas bien que neutralizado por las numerosas y muy eficientes derogaciones aportadas; la autoridad paterna es considerada siempre como una verdadera potestad.

En el antiguo Derecho Frances, los paises de derecho escrito aceptaron la tradicion romana; por el contrario, los paises de costumbre fueron constantemente refractarios a dicha tradicion; se declaraba en ellos que no ha lugar al derecho de patria potestad, lo que significa, en primer lugar y ante todo, que la patria potestad no se admite en esas regiones de Francia, pero ademas, que la autoridad paterna no existe sino en el interes del hijo, no en el del padre, y que esta reducida al estricto minimo, y limitada, tanto en su duracion como en sus atributos, a tal punto que podria dudarse de si, -en los paises consuetudinarios- existia la patria potestad. (17)

Durante el ultimo siglo, se ha producido una evolucion en direccion distinta, bajo el impulso de la jurisprudencia, de las costumbres y del legislador .

Las leyes dictadas durante la segunda mitad del siglo XIX y en los comienzos del siglo XX consagran un suavizamiento continuo con la autoridad paterna que no merece ser ya calificada de potestad; los derechos del hijo y los derechos de la familia se han opuesto a los del padre, cuyas prerrogativas estan en retirada en casi toda la linea.

La patria potestad en el derecho moderno presenta de modo especial, el que sea un concepto de orden publico; esta fuera del comercio; es relativa y se establece en interes del hijo. Se dice que es de orden publico pues fuera de la autonomia de la voluntad constituye en efecto, una de las bases de la familia, y forma parte integrante del estado de las personas; no podria, pues, ser ampliada y reducida por voluntad de los interesados, sobre todo, no puede ser objeto de abdicacion de parte del padre.

La patria potestad esta fuera del comercio, por las razones mismas que le confieren caracter de orden publico. Quien la detenta no puede hacer de ella moneda de cambio, cederla, ni en su totalidad, ni en parte, ni en uno ni en otro de sus atributos.

El interes de esta comprobacion aparecera sobre todo con ocasion de uno de sus atributos: la capacidad del goce legal; el derecho del goce no puede ser vendido, ni hipotecado, ni embargado por los acreedores. Por otra parte, no podria el padre renunciar por adelantado y por una clausula del contrato de matrimonio, la confesion religiosa a la cual pertenecen los hijos, pues tal clausula seria radicalmente nula, como contraria al orden publico.

La patria potestad es un derecho relativo, concebido y dispuesto en interes de los hijos, no en el del padre. Con esta proposicion se acerca a la esencia intima de la patria

potestad, a su espíritu, a su función, al objeto en vista del cual ha sido instituido; son numerosos los colorarios que de ello se deducen y las manifestaciones que por tal causa se producen.

La potestad llamada paterna, no pertenece exclusivamente al padre; la madre está igualmente investida de ella, esta potestad no es perpetua; instituida en interés del hijo; pues termina el día en que este pueda prescindir de ella, al llegar a la mayoría de edad o cuando sea emancipado. También esta potestad no es intangible, pues el padre no está investido de funciones inamovibles; en los casos extremos, si maltrata a los hijos, se le da ejemplos perniciosos, si los abandona material o moralmente, puede ser privado por los tribunales, de todas o parte de sus prerrogativas; puede perder la patria potestad íntegramente o bien en lo que concierne a alguno de sus atributos; esta, pues, sujeto a un control judicial. (18)

La jurisprudencia le impone la obligación de usar de sus poderes conforme a la finalidad para la cual le han sido conferidos; debe permanecer en la línea, en el espíritu de la institución, porque, de no ser así, no usa de sus prerrogativas, abusa de ella y compromete eventualmente su responsabilidad aun en el caso - la observación es esencial - de que la culpa que ha cometido no sea de las que llevan consigo la pérdida, de su potestad. La vasta teoría del abuso

o mal uso de derechos interviene aquí, como en casi toda materia, para anadir a las fronteras objetivas de la institucion limitaciones de orden subjetivo. La volveremos a encontrar y la veremos actuar, en nuestro camino, al estudiar los diferentes atributos de la patria potestad, cuando se trate del derecho de correccion, del derecho de guarda y educacion, del derecho de emancipacion o del derecho de consentir o no un matrimonio del hijo; en estas diferentes direcciones y bajo estos diversos aspectos, se ve afirmarse la misma idea, e imponerse la misma directiva: la patria potestad debe ejercerse en interes del hijo, los actos por los cuales se afirma, deben responder al pensamiento de la ley, no solamente en si mismos, sino tambien si se consideran en su genesis y en su objeto en los moviles que los han inspirado y en su finalidad; toda la institucion de la patria potestad esta impregnada del concepto del exceso de derechos que viene a flexibilizarla, a moralizarla marcandola con el signo de un altruismo saludable. La larga evolucion que se ha producido durante siglos puede caracterizarse en pocas palabras; si la patria potestad,- que los antiguos romanos concebian como un derecho absoluto del espiritu egoista-, se ha transformado poco a poco en un derecho relativo, de espiritu altruista, establecido en interes del hijo, y por encima de el, en interes de la familia.

La autoridad paterna pertenece conjuntamente al padre y a la madre; así se asegura la unidad de dirección que es altamente deseable; la autoridad paterna es común a los padres en cuanto a la posesión, constituye el monopolio de los padres en cuanto a su realización; los derechos de la madre se afirmaron prácticamente con ocasión de una decisión a tomar, sobre todo respecto al matrimonio del hijo y respecto a su adopción; además y de manera más general, la madre está particularmente calificada para ejercer control sobre el uso que hace el padre de sus prerrogativas. La madre puede dirigirse a los tribunales para obtener bien la pérdida de la patria potestad contra su marido, bien sin recurrir a tan grave medida, las que son propias para salvaguardar los intereses de los hijos.

No es que el padre ostente siempre y necesariamente la patria potestad; ocurre que se le escapa, más o menos completamente, para pasar de hecho y prácticamente en general efectivamente a la madre; en este orden de ideas, ha de considerarse cierto número de eventualidades: fallecimiento, senilidad, ausencia, locura, abandono, divorcio y separación de hecho, adopción.

La patria potestad se ejerce sobre todos los hijos legítimos menores de dieciocho años y no emancipados; no hay que distinguir, en cuanto al principio, por la razón de la situación de familia del hijo: como ya lo he indicado, la

patria potestad sobrevive a la desaparicion de uno de los progenitores del hijo; es ejercida entonces por el sobreviviente, no en calidad de tutor, sino en su condicion de padre o madre.

La patria potestad constituye una relacion obligatoria central de la cual irradian multitud de derechos y deberes, todos instituidos y ordenados, no en interes del titular, sino en el del sujeto pasivo, en ultimo caso por el menor; se acostumbra designarlos con el nombre de atributos de la patria potestad, y esta terminologia puede muy bien emplearse porque discierne las cargas y deberes que corresponden a esas prerrogativas. Dichos atributos se clasifican en dos categorias, segun que interesan a la persona o al patrimonio del hijo.

Normalmente, la patria potestad termina por la llegada del hijo a la mayor edad; mas raramente por su emancipacion, tacita o expresa; y, a titulo completamente excepcional, por una transferencia, o por la perdida; pero no por el divorcio o por la separacion de los cuerpos cuya influencia limitada ha sido precedentemente estudiada sino por la adopcion. Asi, los derechos afectados por la perdida no desaparecen pura y simplemente, sino que son transferidos, bajo una forma u otra, a un nuevo titular.

En caso de perdida total o de retirada de todos los atributos de la patria potestad respecto a uno o varios hijos,

la cuestion de la apertura de la tutela debe plantearse. Sin embargo, debe hacerse una distincion entre los diferentes atributos de la patria potestad: los derechos de consentir el matrimonio, la adopcion o la emancipacion del hijo, se atribuyen a las personas a quienes corresponderian si la persona que perdio la patria potestad hubiera muerto, por consiguiente, a la madre si vive y siempre que ella misma no la haya perdido. (19)

Los paises de derecho escrito y paises consuetudinarios adoptan de hecho la patria potestad en sistemas diferentes.

En el primero se siguen -salvo algunas modificaciones- los principios del derecho romano; ahi se reconocia pues una verdadera patria potestad, atribuida al padre solamente, impedida a la madre, y donde la idea fundamental era toda inspirada en los textos romanos, en los que tenia el caracter de un derecho establecido en favor del padre, sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos. Sin embargo, el desarrollo gradual de la institucion, le permitio el acceso a la madre.

En los paises consuetudinarios es al contrario, se consideraba la patria potestad como principalmente fundada sobre los intereses de esos que se encontraban sumisos; en ello no se habia admitido que como una consecuencia del deber que la naturaleza impone a los padres de enseñar a sus hijos,

tambien estaba ella conferida no solamente al padre, pero todavia a la madre, con los mismos derechos y obligaciones reciprocamente.

La patria potestad pertenece a los padres pero tradicionalmente, durante el matrimonio estaba ejercida de hecho por el padre en calidad de jefe de familia.

Los atributos de la patria potestad le otorgan derecho a las funciones siguientes: educacion y correccion, al juicio legal de los bienes del menor, a la administracion legal, al derecho de tutela legal, al derecho de consentir en el matrimonio y en la adopcion y al derecho a la emancipacion del hijo. Tambien comprende el derecho antes de la muerte de los padres para designar un tutor testamentario. El derecho a reclamar la nacionalidad para los hijos. Los primeros derechos son en realidad una funcion y los ultimos son de caracter subjetivo, es decir, prerrogativas atribuidas a los padres, o como un derecho de escoger la orientacion moral, intelectual y profesional que sera dada al menor.

Problema de gran dificultad suscita la organizacion de la autoridad paterno materna. La patria potestad es atribucion conjunta de los padres, porque arranca del hecho de la generacion, en el que ambos colaboraron; y en el caso, no infrecuente, de desavenencia o discordia entre los conyuges, quiza por culpa del marido, queda la madre sin autoridad moral y sin prestigio, ante sus hijos y, lo que es peor, sin

influencia en su formacion, siendo como es la educacion funcion capital de la patria potestad.

Se considera que debe pugnarse por un sistema de coparticipacion de la madre en el ejercicio de la patria potestad sin que sea extrana a el en la doctrina de nuestro propio sistema. Sin embargo, la materia es delicada, y ese regimen de coparticipacion, si no se aplica con mucho tino y cautela, llevara consigo los inconvenientes ajenos a todo el sistema dual de direccion de la familia con los males que pueda acarrear la intervencion judicial que es una necesaria consecuencia.

Por lo que a los casos de perdida de la patria potestad afecta, se habra de pensar si encierra o no una solucion de justicia en cada uno de los reglamentos objetivos.

CAPITULO 11.
LA FAMILIA.

- (15) Diez Antonio.- El Derecho de Familia.- Ed. Ediar, Buenos Aires 1947. pag. 27.
- (16) Kipp y Wolff.- Derecho de Familia.- Ed. Bosch, Barcelona 1952. pag. 43.
- (17) Kipp y Wolff.- Misma ob. cit. pag. 50.
- (18) Fernandez Clerigo Luis.- El Derecho de Familia en la Legislación Comparada.- Ed. Hispano-Americana, Mexico 1947. pag. 277.
- (19) Fernandez Clerigo Luis.- Misma ob. cit. pag. 293.

DE LA FILIACION EN GENERAL.

DE LA FILIACION COMO HECHO NATURAL Y COMO HECHO JURIDICO.

Como hecho natural la filiacion existe siempre en todos los individuos: se es siempre hijo de un padre y de una madre. No asi juridicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos juridicos al hecho de la procreacion; y la paternidad (siempre presuntiva) es de dificil comprobacion. A veces, aun comprobada, no siempre el derecho reconoce la cualidad del padre o del hijo.(20)

Para entender bien la reglamentacion juridica de esta materia, hay que darse perfecta cuenta de tal hecho, sobre el que insistiremos brevemente.

El hecho de la procreacion interesa al derecho solamente en cuanto da lugar a una relacion social especial. Por la procreacion se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demas individuos y con el Estado. Pero se origina tambien una relacion entre procreantes y procreado, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella. Si por naturaleza el simple hecho de crianza es obra

materna, en la vida social esta mision se eleva y se extiende. Tambien al campo espiritual y pasa a ser crianza y educacion a un tiempo, y, como actividad del espiritu, hace estable y duradera la relacion creada, originando un vinculo perpetuo que sobrepasa la vida individual.

El derecho, en su funcion de garantia, hace de su intervencion en esta esfera un verdadero deber publico, pero como este deber se origina en la existencia de aquel vinculo a que antes he aludido, tiene que asegurarse primeramente de la realidad del mismo.

Por eso se ha de comprobar no el simple hecho de la procreacion, sino el vinculo estable y duradero que de ella deriva. Interesa hacer notar como, -dada la mision paterna y el consiguiente vinculo espiritual- una vez que sean sentidos aquella y este, no solo por la madre sino tambien por el padre, surge como consecuencia un vinculo estable entre el padre y la madre, que transforma la union sexual en union de vidas, en matrimonio.

Ahora bien, cuando la union estable entre conyuges y entre padres e hijos sea reconocida socialmente, como el ambiente, como el medio mas apropiado para la actuacion de la mision de referencia, el derecho que la quiera garantizar debe referirla a su necesario supuesto, que no es otro que la existencia de una union estable, y por consiguiente, afirmar y garantizar primordialmente esta.

Así se explica como no siempre que se da una procreación reconoce el derecho de filiación, es decir relación jurídica de padre e hijo. Puesto que, efectivamente, por la función de garantía, la filiación interesa al derecho y solo se nos presenta como vínculo estable destinado a actuar los derechos familiares. Sin embargo, la tendencia social no limita la vinculación a la filiación originada por la unión matrimonial, sino que necesariamente incluye la extramatrimonial, y quien no opine de este modo, advertirá fácilmente cuán difícil problema es para el legislador el de la filiación originada en la unión natural extra legal. Aquellos que invocan como su fundamento solo del deber moral y legal del padre, no veían más que el hecho de la procreación; teniendo que considerar injusta e irracional la condición de inferioridad que la ley otorgaba a los hijos ilegítimos frente a los legítimos. El legislador apreciaba la estructura de la familia legítima como el ambiente necesario para la mejor obtención de los fines que quería garantizar, y por ello se veía obligado a evitar que la condición dada a los hijos ilegítimos, pudiera tener como efecto perjudicar la familia legítima, así como disminuir su estimación social, o debilitar los impulsos que originan su formación.

La filiación como estado, no significaba normalmente para el derecho, comprobar y fijar la procreación. Por el contrario, era señalar la existencia de un vínculo de familia;

senalando una procreacion en la familia legitima, es decir, una procreacion consiguiente al matrimonio. De aqui se deduce el concepto original del estado de filiacion, que, si bien se extiende tambien al caso de filiacion fuera de matrimonio, en un principio era propia y exclusivamente estado de filiacion legitima, concepto sobre el que insistiriamos si trataramos en este estudio de las acciones de estado; limitandonos por ahora a decir que estado de familia es la posicion que el individuo ocupa en la familia legitima o extramatrimonial como miembro de esta; y que estado de filiacion es la especial posicion que el individuo ocupa en ella como hijo. El significado y valor juridico de tal posicion se encuentra en la totalidad de derechos y deberes que la ley refiere a ella, derechos y deberes que surgen para que sean realizados en vista de los fines propios de la familia. Y asi, si hay procreacion, pero no se encuentra la suma de derechos y deberes propios de la relacion de filiacion, no hay estado de filiacion, no existe la cualidad juridica de padre o de hijo.

He dicho que el estado de filiacion, se daba originalmente en la familia legitima, es decir en la procreacion dentro del matrimonio. Caracteristico de tal estado es que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres. Se ve pues, una masa de relaciones entre el nacido y cada uno de los miembros de la familia, relaciones de

contenido y nombre diversos, pero de origen comun, ya que se producen por el hecho de la procreacion dentro del matrimonio, y existen solo en cuanto existe la relacion de filiacion legitima. (21)

En el derecho frances actual, asi como en el nuestro existe la postura del estado de filiacion fuera del matrimonio, natural y extramatrimonial y hasta fuera del derecho de procreacion, (como cuando concurren impedimentos), lo cual es posible precisamente porque el estado de filiacion implica una suma de derechos y deberes establecidos para la realizacion de los fines propios de la familia.

Para el caso de la filiacion nacida fuera de matrimonio, aparte del caso de legitimacion, en nuestro sistema se admite el estado de filiacion solo cuando se da un reconocimiento voluntario o se declare judicialmente la paternidad o la maternidad. En estos eventos, se produce un estado de filiacion natural, desde el momento en que la ley crea entre padre e hijo una relacion de derechos y deberes que, como en el estado de filiacion legitima, tienden a la actuacion de la mision propia de la familia. (22)

La ley hace posible al hijo nacido fuera del matrimonio conseguir el estado de hijo legitimo, especialmente por efecto del matrimonio posterior que celebren sus padres.

En todos estos casos, el estado de filiacion se basa en el hecho de la procreacion del hijo por obra de quienes

resultan legalmente sus padres. En la adopcion se prescinde de este hecho: se crea una relacion juridica entre padre e hijo, sin que este haya sido procreado por aquel; pero nos encontramos -tambien en este caso- en presencia de un estado de filiacion que tiene caracteres propios y que se equipara por la ley al estado de filiacion legitima.

Despues de cuanto hemos dicho, facil sera fijar el plan de nuestro estudio. Consideraremos en primer lugar el estado de filiacion legitima, despues el de filiacion natural, y por ultimo la condicion juridica de la filiacion que no constituye propiamente un estado de familia.

Y como el estado de filiacion legitima es en su contenido el mismo, tanto en lo que se refiere a los hijos legitimos como en lo concerniente a los legitimados, estudiaremos en primer lugar, por separado, como se constituye tal estado en las dos clases de filiacion. Los limites impuestos a este trabajo no nos permitiran estudiar la filiacion adoptiva.

La legitimidad de la filiacion presupone el matrimonio de los padres. En nuestro derecho solo hay matrimonio cuando este se haya celebrado ante el Oficial del estado civil. Celebrado el matrimonio, son legitimos los hijos concebidos: por la mujer, despues de la celebracion y mientras dure el matrimonio, o se prolongue el plazo de su condicion. (23)

La concepcion dentro del matrimonio es el hecho que origina la filiacion legitima. Debe ocurrir, pues, este hecho despues de la celebracion del matrimonio; veremos, sin embargo, que nacen legitimos tambien los hijos concebidos antes de la celebracion del matrimonio, pero nacidos despues de este. El momento en que la concepcion se realiza no puede ser fijado directa ni indirectamente con precision; por esto la ley recurre a una presuncion: se presume concebido en matrimonio el hijo nacido despues de los 180 dias siguientes al de la celebracion y dentro de los 300 dias siguientes al de la disolucion o nulidad del matrimonio. La presuncion, como veremos, es absoluta: no admite prueba en contrario. (24)

La concepcion debe ser obra del marido. Pero tambien la prueba de este requisito es dificil y por ello se recurre a otra presuncion: se presume padre al marido de la madre. SE admite prueba en contrario, pero con notables limitaciones, lo mismo por lo que se refiere a los sujetos que pueden darla como en lo que afecta a los medios mismo de prueba.

Cuando concurren los citados supuestos, el hijo es legitimo, goza de ese estado. Pero en este punto debemos hacer una advertencia fundamental, que generalmente no se hace o cuyo valor no se evidencia totalmente, pues en el derecho privado, la ley deja a la iniciativa y responsabilidad del particular interesado, el probar la existencia de su derecho, ya procurandose los medios probatorios en el momento en que se

genera la controversia, bien preconstituyendolos en el momento mismo en que el derecho surge. No sucede lo mismo en nuestro caso. Para este estado, como para el de conyuge, la ley prevee a preconstituir la prueba del estado de la persona, atribuyendo tal mision a un funcionario publico, el Oficial del estado civil, ante el cual determinadas personas deben declarar el nacimiento del hijo. Ello revela la existencia de un interes publico en la determinacion preventiva del estado de las personas, interes publico que se entiende no solamente como interes general de los particulares, sino como interes del Estado y de la familia, es decir, como interes superior. Realmente el estado de la persona interesa no solo a la familia, por la funcion que esta debe cumplir (y ya hemos dicho que el interes de tales funciones es interes que supera al simple interes individual), sino que interesa tambien al Estado, y no solo como ente que debe vigilar y cuidar de que las funciones confiadas a la familia sean cumplidas, sino tambien porque hay derechos y deberes publicos que se relacionan con el estado de familia, con la cualidad que el individuo tiene como miembro de esta.

Ademas tal determinacion preventiva no se ordena unicamente con miras a una posible contienda judicial: no es un simple medio de prueba del Estado. Puesto que los deberes y derechos que se relacionan con el Estado de familia interesan a un gran circulo de personas, puesto que alguno de ellos

ofrece un caracter de continuidad, y, sobre todo, puesto que los deberes correspondientes han de ser cumplidos, como superiores que son en cuanto que su cumplimiento no depende de la voluntad de aquel a cuyo favor el deber se imponen, interesa fijar publicamente el estado de las personas, investir a estas de su estado, de modo que puedan hacerlo valer frente a todos y en forma que todos tengan que considerarlo como existente y respetarlo.

No se toma, pues, en cuenta la funcion peculiar que la prueba preconstituida tiene aqui como titulo de Estado; pero se podra senalar la importancia que tiene este concepto para comprender la reglamentacion Juridica de esta materia, y hasta donde influye en la resolucion de las mas graves cuestiones que en ella se plantean.

Asi como en el matrimonio el titulo del estado de conyuge es el acta de matrimonio, en materia de filiacion el titulo del estado de hijo legitimo es el acta de nacimiento, aunada a aquella que comprueba el matrimonio de los padres. Sin embargo, no es este titulo el unico; la ley atribuye valor de titulo tambien a la posesion de estado de hijo legitimo.

La filiacion ha sido definida por Demolombe como el estado de una persona, consideraba como hijo, en sus relaciones con su padre o con su madre. A su vez, paternidad y maternidad expresan las mismas relaciones consideradas en la persona, sea del padre, sea de la madre.

Para Planiol Ripert y Rouast, es la relacion de dependencia que existe entre dos personas en virtud de la cual la una es el padre y la madre la otra. Para estos autores, en terminos exclusivamente juridicos, el concepto de filiacion se refiere a la relacion inmediata del padre y madre con el hijo. La relacion de filiacion toma el nombre de paternidad o maternidad, cuando se la considera con referencia al origen.

La filiacion puede ser legitima, derivada del matrimonio; natural, de padres que al tiempo de la concepcion no estaban casados, pero respecto de quienes no existian los impedimentos de parentesco o matrimonio anterior subsistente; (adulterina o incestuosa) y adoptiva. (25)

La filiacion natural (comprendiva de la adulterina e incestuosa) resulta, respecto de la madre, del solo hecho del nacimiento; un hijo de mujer casada no puede ser reconocido por otro hombre distinto al marido, sino cuando este lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo; se consagra analoga restriccion acerca de la investigacion de la maternidad que la establecida por el articulo 326 de nuestroCodigo Civil, salvo si ella se declarara en sentencia; la investigacion de paternidad se admite en los siguientes casos: a) posesion de estado; b) la existencia de un principio de prueba por escrito; c) caso de violacion, estupro o raptó, cuando el tiempo del delito

coincide con el de la concepcion; d) concubinato o relaciones sexuales continuas durante un cierto periodo.

Ensená Carcano, que "El padre, por este solo hecho, tiene deberes inviolables que cumplir." "El hijo no es mas que una consecuencia, un efecto de la causa".

Sostiene ideas semejantes Wenceslao Escalante; subraya que es en cierto modo la voluntad de los padres la que trae como consecuencia la concepcion de los hijos. Siendo así, queda fijada la imputabilidad de los padres, que al producir un ser-persona, deben ponerlo en condiciones de cumplir su destino, especialmente en virtud de ser ellos causa de su existencia. Estos argumentos, que Escalante expone al referirse a los hijos legitimos, son extensivos a las otras categorias de la filiacion.

Vemos así que mientras Carcano y Casares ponen de relieve el hecho del padre, Escalante nos habla del hecho voluntario, apuntando hacia la teoria del riesgo creado.

Indudable interes ofrecen las ideas de Diego Angulo Laguna. Este autor da como punto de partida de las obligaciones de los padres, un hecho de ellos, aislado, individual, concreto, voluntario, que trasciende y llega a negar las consideraciones que son debidas a otras personas, que infringe derechos, produciendo una perturbacion juridica. Dice: "Un hecho, el de la concepcion de los hijos ilegítimos, es el que da origen a las relaciones de estos con sus padres;

ese hecho es perfectamente imputable, y siendo imputable a un sujeto, procede en buenos principios declarar la responsabilidad de este." Y agrega: "del hecho de la concepcion de los hijos ilegítimos son responsables los padres para todos los efectos jurídicos que de él puedan hacer." Hasta aquí nos encontramos con la responsabilidad subjetiva, apuntando hacia el riesgo. Pero al estudiar el caso de una mujer que hubiese sido violada o narcotizada, Angulo resuelve la cuestión recordando que no solo de los actos voluntarios puede surgir responsabilidad en derecho: de acuerdo con el Código Civil español, son indemnables los daños ocasionados por el niño, el loco o el imbecil. En este caso, la solución dada por Angulo se liga estrechamente con las teorías de la responsabilidad objetiva. (Pero, este sería un caso de ausencia de acto por parte de la mujer, y de responsabilidad delictual por parte del violador). Continúa su exposición diciendo que la consecuencia del acto de ilícito comercio carnal es la vida que se da a un ser. "Si emprendemos la investigación de como se da este bien de la vida en los ilegítimos, veremos como por los padres se ha dislocado del lugar que le corresponde en el organismo de los bienes humanos, y como se ha truncado el orden sapientísimo de la naturaleza. La vida para ser tal bien y para que no se convierta en mal, productor de daños, necesita de determinadas condiciones que han de ser presentadas por el mismo sujeto,

puesto que el hecho de dar lo condicionado, si ha de ser racional implica la obligacion de suministrar lo condicionante, cuando estas condiciones solo en nosotros residen y solo por nuestra mediacion pueden ser alcanzadas". Luego se pregunta acerca de la forma en que los padres ilegítimos dan el bien de la vida a sus hijos, y contesta diciendo que lo dan del modo mas imperfecto, desligando de todas aquellas condiciones que lo hacen efectivo. Compara el estado de los hijos legítimos, nacidos en el seno de la familia y amparados por ella, rodeados de moralidad, buenas costumbres y cariño; y el de los hijos ilegítimos, sin amparo ni familia, nacidos en un ambiente de inmoralidad, en una escuela de libertinaje. Así, por el hecho mismo de su concepcion en tales circunstancias, los padres causan un dano a sus hijos no legítimos. Su carencia de representacion, amparo y nombre, su falta de medios para salir de tan misero estado, su exclusion del orden hereditario, todos estos son danos causados por el hecho de los padres. Son danos que deben ser reparados. Y Angulo estudia el otorgamiento de derechos a los hijos ilegítimos, como indemnizacion del dano que sus padres les han causado. En su extensa exposicion, Angulo enfoca la cuestion desde el punto de vista del dano causado por el hecho ilícito de los padres; su tesis apunta tambien hacia la teoria del riesgo.

Consideramos, -de acuerdo con todo lo expresado precedentemente- que debe permitirse la mas amplia investigacion de la paternidad y la maternidad. La ley no debe ser severa con los hijos sino, por el contrario, con los padres, autores de actos ilicitos, a quienes no debe escudar ni eximir de responsabilidad.

Pero, teniendo presente lo expuesto anteriormente, y en bien del superior valor juridico de la familia legitima, sostenemos la actual equiparacion de todas las categorias de hijos, asi como la extension a los hijos adulterinos o incestuosos al status legal de los hijos naturales. En consecuencia, no solamente se les ha de otorgar el derecho de alimentos y el derecho a la investigacion amplia y sin cortapisas de la paternidad y la maternidad, sino tambien un derecho sucesorio analogo al de los hijos legitimos.

Finalmente, en esta materia propugnamos, de acuerdo con lo expresado por Diaz de Guijarro y Fernandez Clerigo, que se adopten las denominaciones de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, en lugar de las tradicionales de hijos legitimos e ilegítimos o naturales.

Es legitimo el hijo concebido antes o despues de la celebracion del matrimonio. La concepcion, sin embargo, no es como hemos senalado un hecho que se pueda comprobar directamente; solo indirectamente, deduciendolo de otro hecho que es su consecuencia (el nacimiento), se puede fijar

aquella. Y, aun asi, solo de un modo aproximado puede determinarse el momento de la concepcion.

El interes superior que implica la determinacion preventiva del estado de hijo legitimo no consiente practicamente que tal determinacion se haga caso por caso. Por otra parte, no pudiendose determinar precisamente el momento de la concepcion, y derivandose en algunos casos una absoluta o grave incertidumbre respecto a la legitimidad del hijo, es necesario que la ley preste su ayuda, para eliminar tales dudas, estableciendo una presuncion. (26)

En este punto el legislador puede proceder de varios modos. En primer lugar podria remitir a la apreciacion discrecional del juez, permitiendole resolver, en casos dudosos, la cuestion a favor o en contra de la legitimidad (presumptio hominis); pero de este modo permaneceria incierto el estado mientras no surgiese la contienda. Es necesario, pues, que la ley recurra a una presuncion (presumptio juris).

Las presunciones de ley se basan generalmente en lo que constituye la normalidad en la infinita variedad de los casos (quod plerunque accidit). En nuestro caso, el puesto que el periodo normal de gestacion dura aproximadamente nueve meses, la ley fija la epoca de la concepcion en un periodo mas o menos amplio alrededor del dia 270 anterior al nacimiento; presumiendo, realizada la concepcion entre el dia 180 y el

300, con lo cual se presumen legitimos el hijo nacido dentro de esos limites cronologicos.

El articulo 324 del Codigo Civil presume como hijos de los conyuges:

I.- Los hijos nacidos despues de ciento ochenta dias contados desde la celebracion del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos dias siguientes a la disolucion del matrimonio, ya prevenga esta al matrimonio del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este termino se contara, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los conyuges por orden judicial. (27)

Tal reglamentacion tiene el inconveniente de negar el titulo de legitimidad a aquellos nacidos que por su inmadurez revelasen ser fruto de un gestacion mas breve. Ahora bien, en la determinacion de tales terminos se tiene en cuenta los casos excepcionales con los que se quiere favorecer la legitimidad, direccion adoptada por nuestro legislador y, en general, por todas las legislaciones, y asi se fijan como terminos maximo y minimo aquellos fuera de los cuales una concepcion en matrimonio no se considera posible.

Una presuncion de ley, en favor de la legitimidad, puede ser, a su vez, una presumptio juris tantum o una presumptio juris et de jure; es decir, que puede presumirse la legitimidad salvo prueba en contrario, que podria fundarse

precisamente en la madurez y circunstancias del nacido, o bien declararse por la ley legitimo el hijo nacido dentro de cierto termino e ilegitimo el nacido fuera de el, excluyendo toda prueba en contrario.

Existe el caso que preve sobre el hijo que nace antes de haber transcurrido 180 dias siguientes al matrimonio y establece que el marido (y, despues de su muerte, sus herederos) no podra desconocer la paternidad.. Ello implica que, en los demas casos, la paternidad puede ser desconocida, pero tambien quiere decir que el hijo nace presuntivamente legitimo. (28)

La determinacion de su fundamento tiene una importancia decisiva para resolver graves cuestiones que la ley no soluciona.

Hay una teoria que quiere basar la legitimidad en una ficcion legal; la ley presume que dicho hijo es concebido en matrimonio aunque realmente no lo sea. Derivaria de esto que tambien el hijo que en realidad fuese adulterino se consideraria como legitimo; que no seria apto para suceder en caso de sucesion abierta antes de la celebracion del matrimonio; que su estado de legitimidad no podria ser impugnado mas que por el padre o sus herederos en los brevisimos terminos establecidos para su impugnacion de la paternidad.

Otra teoria opera con el mismo concepto de ficcion pero lo aplica a la celebracion. Se presume o finge verificada esta en el concepto de la concepcion. Derivaria de esto la legitimidad del hijo en el caso indicado y su derecho a suceder; la legitimidad seria inatacable. Pero la ficcion como medio de construccion de principios juridicos es hoy repudiada por la doctrina; la ficcion no ha constituido mas que un modo artificioso mas para resolver cuestiones que de otro modo resultaban insolubles. Por otra parte, aun aceptada la ficcion, no siempre derivaban las consecuencias logicas indicadas.

Existe una tercera teoria que opera con el concepto de legitimacion: el hijo seria ilegítimo en el momento de la concepcion y resultaria legitimo por el subsiguiente matrimonio, por lo cual naceria legitimo. Aplicando pues, los principios de la legitimacion, resulta pues que no puede ser legitimo si es adulterino; que la legitimidad seria impugnabile por cualquiera que tuviera interes.

Contra esta teoria mucho ya se ha criticado y hasta se ha objetado que no puede hablarse de legitimacion faltando sus supuestos: una filiacion natural y el reconocimiento por los padres. Por ello se ha substituido el concepto de legitimacion por el de legitimidad legal, por el de una legitimidad que no se basa en el hecho natural de la

concepcion, sino en la ley; dicha legitimidad legal se origina en el matrimonio. (esta es la teoria de Bianchi).

Cierto es que la legitimidad es querida por la ley, pero esta idea no resuelve todo. Como criterio personal la doctrina rechaza infundadamente el concepto de la legitimacion. Si es cierto que la legitimidad es determinada, no por el nacimiento sino por la concepcion, el hijo concebido fuera de matrimonio y nacido dentro de este se halla en condicion identica al concebido y nacido fuera de matrimonio; es siempre fruto de una union no legitima y el nacimiento ocurrido antes o despues de la celebracion puede ser un hecho accidental, una diferencia de pocos dias o pocas horas. Puede afirmarse a priori que la misma razon que justifica la atribucion de la legitimidad al hijo natural de dos personas que se unen despues en matrimonio, fundamenta mayormente la legitimidad del hijo que, teniendo en cuenta su concepcion, es tambien hijo natural.

Cuando la doctrina observa contrariamente que la legitimacion es una institucion que afecta a los hijos nacidos fuera de matrimonio, se limita a afirmar un hecho, renunciando a hallar el fundamento de la legitimacion y a determinar la importancia que puede atribuirse al hecho del nacimiento frente al hecho de la concepcion. De tal afirmacion puede a los sumo deducirse que el hijo legitimado es algo diverso del hijo legitimo, porque aquél nace natural y se convierte luego

en legitimo, mientras que este nace legitimo y no necesita ser legitimado. (29)

La legitimacion presupone el reconocimiento o declaracion judicial de la filiacion natural; en este caso particular es ver la equiparacion del hijo legitimado al legitimo; una es la legitimacion.

Nuestra ley reconoce como forma de legitimacion unicamente la legitimacion por subsiguiente matrimonio. El fin politico de esta institucion se comprende facilmente; se desea favorecer con ella la celebracion del matrimonio, la regularizacion de las relaciones extralegales, la eliminacion de la diversidad de condicion juridica, entre los hermanos. Pero al interprete interesa sobre todo determinar el medio tecnico empleado por el legislador para conseguir tal fin.

Antes de estudiar cada un a de estas formas separadamente, se suelen establecer principios comunes a ambas, pero tienen estos tan escasa importancia, y las dos formas de legitimacion difieren entre si tan radicalmente, que creemos preferible separarlas.

Una primera teoria, que se remonta a Pothier, se basa en el concepto de ficcion, que ofrece dos modalidades, segun que la ficcion se aplique a la concepcion o a la celebracion. Algunos pretenden que la ley finge que la concepcion o el nacimiento tienen lugar despues de la

celebracion; otros, que la celebracion debe retrotraerse a los momentos de la concepcion o del nacimiento. Esta teoria, aparte aparte de la inadmisibilidad del medio que emplea, la ficcion, no puede conciliarse con nuestra ley, porque esta no refiere los efectos de la legitimacion a la concepcion, ni tampoco siempre a la celebracion, ya que, si el reconocimiento es posterior a aquella, los efectos se producen desde tal reconocimiento.

Otra teoria sostiene que la legitimacion es un beneficio de la ley, obra artificial de esta. Teoria de ningun valor, a menos que se pretenda deducir de ella que la legitimacion como artificio debe ser valorada con criterios de interpretacion rigurosamente restrictivos, deducccion que seria erronea. (30)

El fundamento de la legitimacion se puede deducir facilmente si se la compara con el caso del hijo nacido antes de 180 dias a contar desde el de la celebracion. Vimos ya que este caso era para nosotros un caso de legitimacion. Puesto que el momento que determina la legitimidad es el de la concepcion, cuando esta se da fuera de matrimonio debera haber ilegitimidad; la legitimidad que la ley atribuye no puede radicar en el hecho accidental de que el nacimiento ocurra dentro o fuera de matrimonio; el nacimiento que tiene lugar dentro de matrimonio produce efectos diversos del que tiene lugar fuera de este solo en cuanto que la comprobacion de la

filiación se hace en aquel con arreglo a las formas propias de la filiación legítima; pero en lo que se refiere a la razón de la legitimidad, debe esta buscarse fuera del hecho del nacimiento. Esta razón deriva de la idea de una regularización o legalización de las relaciones extra-matrimoniales operada por virtud del matrimonio. Conformación de esto se hallara en la historia de la institución.

Aparece esta ya en el derecho romano. Parece que fue Constantino quien concedió la legitimidad a los hijos nacidos de concubinato, cuando este se transformase en matrimonio. La concesión, renovada por emperadores posteriores, se convierte en estable con Anastasio, es abolida por Justino y restablecida por Justiniano. Suponia un concubinato, o sea, según el derecho romano, una unión de grado inferior. El derecho de la Iglesia, al no reconocer el concubinato, no habría debido acoger tal institución; sin embargo, la acogió, prescindiendo del concubinato; y como quiera que la legislación justiniana se basaba en este, de ello derivaban incertidumbres y confusiones. Un concepto, formulado por Alejandro III, se fue afirmando cada día con mayor fuerza: que la legitimidad es efecto del matrimonio. <Tanta est vis matrimonii ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.> En esta frase, inexactamente interpretada, radica la teoría de la ficción; y decimos inexactamente interpretada porque Alejandro III consideraba el

matrimonio dotado de fuerza bastante para atribuir la condicion de legitimos a los hijos nacidos, en cualquier momento, de los conyuges. En la doctrina canonica, por efecto de la concepcion contractual, se estimo que operaba la voluntad de los esposos; al celebrar el matrimonio, estos revelaban la intencion de unirse en matrimonio como existente en ellos desde el momento de efectuarse la union carnal; esta doctrina se apoyaba en una constitucion de Justiniano, en la que se hablaba ya de la presunta voluntad del legitimans.

Ello explica por que el efecto se produce en el momento de la celebracion. No concuerda con esto el que, en caso de reconocimiento posterior, el efecto se produzca en el momento del reconocimiento; pero esta disposicion es, como luego veremos, de caracter excepcional.

En la Edad Media, la legitimacion fue concedida tambien a estos hijos por los emperadores, y les es atribuida aun hoy por algunos codigos. La razon de la excusion no tiene en nuestro derecho la misma justificacion que tuvo en el derecho antiguo; se dijo que la legitimacion no era posible, porque el matrimonio no pudo ser celebrado en el momento de la concepcion, y la exclusion se extendio a todos los casos en que concurría tal imposibilidad.

Fundamental requisito de la legitimacion por subsiguiente matrimonio es precisamente el matrimonio de los padres del hijo natural. No es necesario que el matrimonio sea

valido, puesto que el matrimonio afectado de nulidad, si es contraido de buena fe por ambos conyuges o por uno de ellos, produce los efectos todos de un matrimonio valido.

Hay que advertir primeramente que si, concurriendo buena fe en uno de los conyuges por lo menos, se celebra un matrimonio entre personas de las cuales una es casada, o que estan ligadas por vinculos de parentesco o afinidad en linea recta o en linea colateral hasta el segundo grado, y dicho matrimonio es luego anulado, los hijos concebidos antes de la anulacion nacen legitimos, aunque sean adulterino o incestuosos; sobre esto la doctrina no duda, porque la ley no sienta excepcion alguna al determinar los efectos del matrimonio putativo.

Por nuestra parte, no admitimos que la buena fe en el reconocimiento produzca los mismos efectos que la buena fe en el matrimonio. Sera ya dificil aceptar una aplicacion analogica en materia de estado de las personas; y, a nuestro parecer, no hay aqui analogia, porque no consideramos eficiente la buena fe del matrimonio putativo; los efectos de este se los atribuimos al principio segun el cual el matrimonio, una vez verificado, produce sus consecuencias juridicas propias en tanto no sea anulado, consecuencias que son eliminadas por la mala fe de los conyuges, ya que no puede admitirse que puedan conseguir deliberadamente lo que la ley no les permite.

El artículo 360 del Código Civil, dice que la filiación de los hijos nacido fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad. (32)

El artículo 367 dice que el reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, aun cuando este lo revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.

El artículo 369 del Código Civil, establece que el reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

I.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil.

II.- Por acta especial ante el mismo Juez.

III.- Por escritura pública.

IV.- Por confesión judicial directa y expresa.

CAPITULO III.
FILIACION.

- (20) Rogina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.- Tomo II. Vol. II. Derecho de Familia.- Ed. Robredo Mexico. 1962. pag. 269.
- (21) Rogina Villegas Rafael.- Misma ob. cit. pag. 278.
- (22) Cicu Antonio.- La Filiacion.- Ed. Helenica.- Madrid 1930. pag. 189.
- (23) Colin y Capitant.- Curso Elemental de Derecho Civil. Ed. Reus.- Madrid 1952. pag. 548.
- (24) Fernandez Clerigo Luis.- El Derecho de Familia en la Legislacion Comparada.- Ed. Hispano Americana. Mexico.
- (25) Cicu Antonio.- Misma ob. cit. pag. 193.
- (26) Fernandez Clerigo.- Misma ob. cit. pag. 199.
- (27)Codigo Civil.- Misma ob. cit. pag. 105.
- (28) Fernandez Clerigo.- Misma ob. cit. pag. 211.
- (29) Teran Lomas Roberto.- Los Hijos Extra-Matrimoniales. Ed. Tipografica.- Buenos Aires 1954. pg. 91.
- (30) Teran Lomas Roberto.- Misma ob. cit. pag. 41.
- (31) Lopez de Carril Julio J.- Legitimacion de los Hijos Extra-Matrimoniales. Ed. Roque de Palma.- Buenos Aires 1960. pag. 21.
- (32)Codigo Civil.- Pag. 112.

APORTACIONES DEL DERECHO ROMANO.

Sobre los conceptos basicos reconocidos en la ley de las XII tablas, la tarea legislativa y constructora de derecho se intensifica, surgiendo todas las leyes dictadas hasta Justiniano, que no hace sino coleccionar sistematicamente sus disposiciones. Esta obra ha sido alabada justamente por lo sencilla y concisa. Rigio la vida de los patricios y los plebeyos, pero no obstante, en adelante, se prohibe a estos ocupar cargos publicos y contraer matrimonio con los patricios. Estas leyes fueron votadas y sancionadas por los comicios centuriados. (32)

Paralelamente al derecho escrito se desarrolla la costumbre, que se vuelve normas surgidas del seno social en forma espontanea, por la tacita aceptacion de una regla o institucion de derecho. Como base de esta norma, fue por lo que se regia de los antepasados y por la jurisprudencia; este tipo de fuente de derecho hasta la fecha sigue teniendo utilidad para ayudar a las resoluciones de situaciones no previstas por el ordenamiento legal. Sobre la Jurisprudencia en un principio estuvo a cargo su interpretacion a cargo de los pontifices, y esto era algo muy particular y mas tarde queda esta situacion como una actividad juridica abierta a todos los

habitantes, así surgen los jurisconsultos, aunque como se podía ver en un principio, la jurisprudencia no tenía fuerza de ley, como más tarde la obtuvo. Sin embargo, el derecho continúa sus progresos. La autoridad conferida a los dictámenes de los jurisconsultos aumenta. Los comicios por tribus y concilia plebis cesan de reunirse; pasando la potestad legislativa en primer término al senado, y luego las leyes son directamente sancionadas por los emperadores. Los edictos de los magistrados y las respuestas de los jurisconsultos se convierten, en fuente de derecho civil.

Durante el período de Alejandro Severo y de Justiniano, el período del Imperio Romano se divide en dos: el Oriente y el Occidente. Este desaparece en el siglo V, invadido por los Barbaros. En Oriente y merced a la labor de Justiniano, el imperio parece reconquistar su viejo esplendor; pero a su muerte toda su obra se disuelve, absorbida por la influencia de las ideas griegas.

De las fuentes del derecho, solo quedan la costumbre y las constituciones imperiales, las demás han desaparecido. Por esta razón se sintió la necesidad de compilar los escritos y opiniones de algunos jurisconsultos de la pasada época, como fueron los escritos de Gayo, Ulpiano, Papiniano, Paulo y Modestino. De toda esa transformación, el derecho formado en esa época recibe el nombre de Derecho Romano Helenico.

Los principios de la filosofía griega se hacen sentir en todos los ordenes de la vida privada: así, se disminuyen los poderes brutales que otorga la patria potestad; se permite que los hijos de los concubinos puedan ser legitimados y aun heredar en cierta medida; la esclavitud es mirada mas humanamente.

Asimismo el cristianismo (religión adoptada oficialmente por Constantino) influye especialmente en las relaciones de la familia: son derogadas las leyes promulgadas por Augusto en cuanto tratan de imponer, casi en forma obligatoria, el matrimonio a todos los habitantes; son repudiados el divorcio, las segundas nupcias etc.

Aproximadamente por el año de 527 d.j.c., se veía el advenimiento de Justiniano. Era imperiosa la reforma legislativa, pues se concibió la idea de reunir en un solo cuerpo todos los manantiales de derecho, fuese cual fuese su origen.

A la muerte de Justiniano (565 d.j.c.) concluye la historia y evolución del derecho romano. El trabajo de formación ha concluido y el derecho, por obra de Justiniano, ha cristalizado definitivamente; en un futuro regirán las relaciones de pueblos que nada tengan de romanos, perpetuándose en su grandeza hasta nuestros días.

Los pueblos barbaros fundaron nuevos reinos sobre las ruinas del Imperio romano, pero las leyes de los vencidos

fueron respetadas. Y así, en un mismo territorio se aplicaron distintos derechos : los vencidos (los romanos), continuaron rigiéndose por el derecho romano, en tanto los vencedores (los Barbaros) por sus costumbres propias y particulares.

El derecho era, pues, mas personal que territorial.

Para satisfacer las exigencias de esta nueva situación, los reyes barbaros hicieron redactar para los subditos romanos colecciones de leyes, tomadas del derecho romano, y recopilar para sus pueblos las costumbres que los regian.

Justiniano en la creencia de haber realizado una labor de compilacion completa, y a fin de evitar una nueva confusion de preceptos legales, prohibio terminantemente todo comentario de sus obras. Unicamente se permitia efectuar copias literales, traducciones y resúmenes a fin de facilitar la ensenanza; pero esta prohibicion no fue respetada. Bajo el nombre de indices se publicaron diversos comentarios.

Estas obras se conocen merced a juristas de fines del siglo VI, por citas hechas en la basilicas. Luego y por mas de dos siglos cesa toda actividad intelectual, hasta que en el siglo VIII, es nuevamente abierta la era de las compilaciones oficiales.

Se ha visto ya como, a raiz de las invasiones barbaras, se aplicaron en el territorio que ocupaba el

imperio, el sistema de la personalidad de las leyes, a los romanos el derecho romano y a los barbaros sus costumbres. Al ser reconquistada Italia, renace la hegemonia del derecho romano, entrando en vigor, entonces, la compilacion de Justiniano, que deroga las colecciones de leyes dictadas en distintas regiones sometidas.

A partir del siglo VII, y por obra de la escuela de Bolonia, se activa en toda la peninsula itálica el estudio del derecho. Este movimiento no quedo circunscrito al pais de origen sino que paso sucesivamente a Francia, Holanda, Belgica, etc. hasta llegar gradualmente a los restantes paises de la Europa Occidental. Fue fundador de esta escuela Irnerio de Bolonia, quien organizo los estudios y la investigacion sobre la base del metodo exegetico interpretativo elevando esta disciplina a un nivel nunca igualado. A su muerte le sucedieron en sus estudios Bulgaro, Martino Gocia, Jacobo Porta y Hugo de Alberico.

De esta epoca la compilacion Justiniana toma el nombre de Corpus Juris Civiles. (34)

LA FAMILIA ROMANA.

La familia romana tiene una fundamentacion politica y se caracteriza por el rasgo dominante del regimen patriarcal:

La soberanía del padre o del abuelo paterno.

Su poder es absoluto:

A) Puede excluir a sus descendientes por la emancipación y hacer ingresar a extranjeros por la adopción.

B) Todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual solo el ejerce durante toda su vida, los derechos de propietario y.

C) Cumple, como sacerdote de dioses domésticos, las ceremonias del culto privado que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos. En síntesis: la familia es un pequeño estado, cuyo jefe absoluto es el Pater Familias. Como consecuencia de que la familia pueda estar integrada por extranjeros (adoptados), y de que puedan no estar incluidos los descendientes (emancipados; descendientes por vía femenina, que entran a formar parte de la familia del marido), resulta que:

El fundamento de la familia civil no es la sangre, sino un vínculo de carácter civil, denominado agnación.

Estos conceptos se modificaron muy lentamente, y solo en el bajo imperio, la autoridad del padre llegó a ser menos absoluta y a tenerse en cuenta el parentesco sanguíneo: la cognación. (35)

En la sociedad civil, su constitucion autonoma y monarquica investia al pater familias, magistrado domestico por derecho propio, pero respetado y garantizado por la Ley, de una autoridad absoluta en la casa, donde no penetraba el poder publico. su magistratura implica un poder judicial, manifestado por las decisiones que pronunciaba (podia imponer, como penas, la expulsion de la casa y la prision, la flagelacion y la muerte), y un poder reglamentario que se traducia en sus decisiones como magistrado y administrador.

Sobre las acepciones de la palabra familia, en la Ley de las Doce Tablas, ya se habla de esta como un conjunto de individuos sometidos a la patria potestad o a la manus de una misma persona (padre o abuelo paterno). En este caso, la familia tiene un caracter meramente civil, pues forman parte de ella, personas no vinculadas por la sangre (extranos incorporados por la adopcion), y por el contrario, no forman parte otras, vinculadas por la sangre (hijos emancipados, mujeres que por matrimonio han pasado a formar parte de la familia del marido).

En el libro del Digesto se habla de la familia como un conjunto de personas vinculadas por la sangre, vale decir, las que tienen una ascendencia comun, o sea en este caso, la

familia tiene un carácter natural (consanguinidad). En otras acepciones, la palabra familia servía para designar al patrimonio, especialmente al transmitido por la herencia.

Sobre el concepto del parentesco civil, recordemos que fue fundado en la autoridad paterna o marital (patria potestad; manus). La familia agnaticia o civil comprende los que están bajo la patria potestad o la manus del jefe de familia, entre ellos y con relación al jefe, por consiguiente, los hijos bajo patria potestad son agnados:

a).- de su padre.

b).- de su madre, siempre que esta se encuentre in manu. De lo contrario, solo son cognados de esta.

c).- de sus hermanos bajo patria potestad y sus descendientes en la misma condición. Pero no de los que hubiesen salido de la patria potestad por emancipación, o de las mujeres que hubiesen pasado a la familia de su marido; ni de sus descendientes.

d).- de los extranjeros incorporados a la familia por medio de la adopción.

El parentesco consanguíneo, fundado en la existencia de un ascendiente común, puede ser:

a).- en línea recta, que es el que existe entre dos personas, cuando una de ellas desciende de la otra, sea inmediatamente (padre e hijo) o mediatamente (abuelo y nieto).

b).- La línea colateral, que es la que existe entre dos personas, cuando ambas tienen un ascendiente común, pero ninguna de ellas desciende de la otra (hermanos entre sí; tíos y sobrinos; primos entre sí). (36)

La patria potestad era el poder que tenía el jefe de familia sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil. No era, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes, sino una institución del derecho civil, que solo puede ejercerla el ciudadano sobre su descendiente. Tiene por objeto, más que la protección del hijo, el interés del jefe de familia; de donde derivan las siguientes consecuencias:

a).- No se modifica en razón de la edad ni del matrimonio de los hijos;

b).- Solo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre al que la ejerce, pues el abuelo paterno la conserva mientras vive.

c).- Nunca puede pertenecer a la madre.

Es pues, el derecho romano, un derecho que reconoce unicamente la potestad del padre. La potestad de la madre sobre los hijos no podia desenvolverse en el antiguo matrimonio romano por cuanto a que la madre se hayaba equiparada a sus propios principios en la quasi patria potestad del padre. Aun despues de suprimida la manus, el derecho romano no ha pensado en dar a la madre una posicion semejante a la del padre hacia los hijos, ni siquiera por via de aproximacion.

La patria potestad era en principio una potestad sobre la vida y muerte del hijo, pero ya desde los origenes y segun la tradicion de los romanos, por lo menos, la potestad sobre la vida y la muerte no era en modo alguno ilimitada. En la epoca imperial el padre ya no tiene el derecho de matar a los hijos, sino solo una facultad domestica correccional por la cual podia en caso necesario impetrar el auxilio de la autoridad.

En la Epoca Republicana estaba permitida la venta del hijo a otro ciudadano tanto en el sentido de venta en esclavitud como en dacion en quasi esclavitud. En la Epoca Imperial Constantino volvio a permitir la venta del hijo para un caso estrictamente circunscrito.

Al inicio, el hijo de familia no tuvo un patrimonio propio y todas sus adquisiciones pertenecian al padre; si este

le concede un patrimonio especial, un *pequium*, este sigue siendo sin embargo - desde el punto de vista jurídico - patrimonio del padre. Desde el Emperador Augusto empieza el desarrollo de la capacidad de los hijos a tener propio patrimonio, con el *castrense pequium*. El soldado puede disponer *mortis causa* de lo que haya adquirido con ocasión del servicio militar. Lentamente se llegó por este camino al reconocimiento de la plena y libre propiedad del hijo sobre esta adquisición. En la primitiva legislación imperial fueron equiparadas otras adquisiciones al *pequium castrense*: la adquisición en virtud de oficios públicos y de la corte; por ejercicio de la abogacía; la adquisición de los eclesiásticos; los regalos del emperador y de la emperatriz. Constantino estableció que la herencia materna correspondiese al hijo en propiedad y al padre en administración y usufructo. Esto fue extendido a toda adquisición del hijo con excepción, de un lado, del *pequium castrense* y *quasi castrense* y, por otro lado, de la adquisición con medios del padre. Para esta última siguió en vigor la antigua regla, siendo necesariamente propiedad del padre. El patrimonio que el hijo tiene en propiedad y el padre en administración y disfrute se denomina *pequium adventicium*. Sucede que un patrimonio que en sí mismo considerado se caracteriza *pequium adventicium*, queda excluido del derecho de usufructo y administración del padre.

La patria potestad del Derecho Romano es en principio vitalicia y constituye un acto de gracia del padre, cuando exime al hijo de la patria potestad.

Aunque la relacion entre el padre y los hijos es de una manera absolutamente esencial - por parte del padre derecho y sumision por parte del hijo-, seria inexacto negar totalmente en el sentido del Derecho Romano un deber del padre hacia los hijos: se manifiesta en el desenvolvimiento del derecho de sucesion forzosa que ya a fines de la Republica se manifiesta como derecho de legitima y en la accion contra el padre para mantener a los hijos.

Segun las concepciones del derecho aleman el padre tiene la Munt. sobre el hijo que significa un derecho y un deber de proteccion, por conclusion de la administracion y disfrute del patrimonio del hijo. En ellas, la potestad del padre no es vitalicia como en el Derecho Romano, sino que termina cuando el hijo ya crecido, comienza una vida economicamente independiente.

El Derecho Aleman conoce tambien una potestad materna sobre el hijo que, mientras viva el padre, aparece oculta por el derecho de este, haciendose valer despues de la muerte del mismo.

No era claro en modo alguno hasta que punto llegaron a tener validez los principios romanos en el derecho comun. Las reglas especiales del Derecho Romano sobre el patrimonio

especial atribuido al hijo por el padre y las disposiciones conexas sobre la responsabilidad del padre por los negocios jurídicos del hijo no tuvieron aplicación práctica. Se reconocía que el padre no tenía derecho alguno sobre el *pequium castrense* y *quasi castrense*, y que en cambio, en las demás adquisiciones del hijo, si bien este ostentaba la propiedad, el padre tenía la administración y el disfrute; asimismo, el principio de que el derecho de disfrute del padre sobre tales adquisiciones podía ser excluido. Se discutía si el padre podría atribuir de su patrimonio alguna cosa en propiedad al hijo, o si en la aplicación de los principios romanos, toda adquisición con medios del padre, tenía que ser necesariamente propiedad de este.

Ahora bien, en todo el derecho común, inspirado en el antiguo derecho alemán, se reconocía la institución de la llamada tutela paterna, en virtud de la cual el padre había de administrar a modo de tutor todo patrimonio del hijo, sin estar sujeto, a las especiales limitaciones y obligaciones de un tutor, por ejemplo, al requisito de la aprobación supertutelar para las enajenaciones.

El derecho común no mantuvo la naturaleza vitalicia de la patria potestad, sino que, bajo el nombre de emancipación jurídica, el hijo sale de la patria potestad cuando comienza una economía independiente, la hija, cuando se casa.

Por el contrario, en el derecho comun no se hablaba en modo alguno de patria potestad de la madre. Una vez muerto el padre se habia de constituir la tutela sobre el hijo. La madre tenia, sin embargo, un derecho a ser nombrada tutriz.

En las Antigua Leyes Prusianas se hablaba solo de potestad del padre, pero obligaba a los hijos a venerar y a obedecer a ambos padres, dando a la madre el derecho a cuidar y a educar a los hijos junto al padre, aunque atribuyese la preferencia a este.

El padre tiene el usufructo del patrimonio del hijo con ciertas excepciones. Con el usufructo va paralelamente un derecho del padre a la administracion, pero incluso, sobre el patrimonio del hijo exento de usufructo, el padre tiene la administracion tutelar durante la menor edad de aquel.

La patria potestad se extingue cuando el hijo mayor adquiere una posicion economica separada del padre y lo mismo cuando un hijo mayor explota un negocio propio o es investido de un cargo publico, aunque aun recibiese apoyo del padre. La hija se exime de la patria potestad por el matrimonio si se casa con el consentimiento del padre otorgado por este o suplido por el Juez; sin embargo, mientras la hija es menor y hasta su mayoria, el padre conserva ciertos derechos tutelares.

A la madre no competen derechos de igual naturaleza a los del padre. Una vez muerto este se constituye la tutela

sobre los hijos menores. La madre puede ser nombrada tutriz. Si el padre no ha nombrado tutor alguno, el Juez tiene que preferir a la madre. Segun la regulacion prusiana de la tutela, la madre era llamada a la tutela de sus hijos, pero siempre despues de aquel a quien el padre hubiera designado como tutor.

El Derecho Frances instituye una patria potestad que durante su vida ejerce el padre exclusivamente. Se combina el disfrute del patrimonio del hijo hasta que este haya cumplido los dieciocho anos. Ciertas adquisiciones estan libres del usufructo. Despues de la muerte del padre, el usufructo compete a la madre. La administracion del patrimonio de los hijos menores la lleva el padre durante el matrimonio en una posicion tutelar. Muerto el padre, la tutela compete ex jure a la madre.

ElCodigo Civil austriaco establece una potestad del padre sobre los hijos menores con un disfrute muy limitado de los frutos.

El Derecho Ingles otorga al padre y despues de su muerte a la madre una tutela legal y sin disfrute.

El Derecho Civil Aleman estatuye una potestad de los padres a la cual esta sujeto el hijo solo hasta la mayor edad. Comprende el derecho y el deber de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo y tiene por tanto un caracter tutelar. Va unido con el derecho del disfrute del patrimonio del hijo.

Corresponde en primer lugar al padre y en segundo lugar a la madre. Ya no procede la constitucion de la tutela despues de la muerte del padre, si vive la madre, salvo circunstancias extraordinarias. Con esto, apartandose notablemente del Derecho Romano, ha triunfado en el Derecho Civil la idea del Derecho Aleman, reconocida tambien en el Derecho Frances, en el Suizo, y en parte en el Derecho Ingles. De todos modos la patria potestad de la madre es aun inferior a la del padre.

En virtud de la patria potestad el padre tiene el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, por lo tanto el derecho de cuidar de la persona del hijo implica el de determinar su nombre, el deber de educarlo, de vigilarlo y de determinar su residencia.

Haciendo un analisis de aproximacion entre el antiguo Derecho Romano, a la epoca actual, nos parece que debe, ante todo, tenerse presente que por ejemplo, en el Derecho Romano, las relaciones juridicas son esencialmente las relaciones externas del grupo; por eso, en su origen, faltan o son embrionarias las relaciones juridicas internas; y, en consecuencia, la potestad del pater familias se nos aparece como un poder absoluto sobre las personas y sobre los bienes. El derecho familiar es por eso, en el Derecho Romano, esencialmente derecho privado: garantiza frente al Estado la libertad privada; asi se explica que el hijo de familia tuviese una capacidad de derecho publico plena cuando todavia

no le esta reconocida o le esta limitadamente reconocida la capacidad de derecho privado. Asi se explica el caracter de la patria potestad que comprende poderes tan absolutos e ilimitados. El derecho del Estado no penetra en el interior, donde el freno a los poderes son los males mayores. Por eso al exterior no aparece una colectividad o un patrimonio familiar, sino el jefe. Hoy en dia, este caracter de la patria potestad ha desaparecido; pero si al valorar tal fenomeno se toma en consideracion la parte que en el mismo ha tenido el desarrollo de las relaciones juridicas internas, no podremos -sin mas- afirmar que se ha perdido la naturaleza juridica de aquella potestad, asi como es verdad que no podemos afirmar que haya desaparecido en el Estado, el concepto de soberania del pueblo al pasar de la forma absoluta a la forma constitucional.

Lo cierto es que cuando en la estructura politica de la familia se vea no la estructura embrionaria del Estado, sino la estructura propia del agregado familiar como tal, por sus propias características, no se tendra dificultad para afirmar que, desde este punto de vista, ninguna modificacion se ha tenido desde el Derecho Romano hasta hoy, y que el cambio es, como para cualquier otro agregado, debido a la fuerza disgregadora y centralizadora del Estado. Esto es, se ha tenido esencialmente restricciones de cometidos y subordinaciones al Estado.

Se ha visto a la patria potestad equiparandolo como un poder disciplinario. Si se pudiera considerar que el poder del padre se agota en un poder disciplinario, y si despues se debiese admitir que este es poder que corresponde a la estructura de la relacion privada, seria dificil sostener un analogia entre patria potestad y soberania; pero el que la patria potestad no pueda reducirse a un poder disciplinario no tiene necesidad de demostracion: Este incluso suele ser senalado entre los atributos de la patria potestad como derecho de correccion. No basta: nos parece poder afirmar que tampoco dentro de estos limites el mismo pueda ponerse a la par con los casos de poder disciplinario que se quieren encontrar en el restante derecho privado. En concreto, se quiere encontrar el hecho de la dependencia de la persona, con la relacion de supremacia y subordinacion tambien en relaciones de derecho privado, solo porque se cree observar en ellas una disminucion de libertad personal, en correspondencia con un poder superior de decision y mando.

Ahora bien, en la patria potestad, la subordinacion personal del hijo al padre es, menos aun que en la relacion entre ciudadano y Estado, reconducible a la voluntad del hijo o del padre. Se ha observado bien que la misma es una necesidad. Y si esto no ha valido para afirmar una distincion entre este y los casos de poder disciplinario del derecho privado, es solo porque no se ha advertido que tal necesidad

no es una logica consecuencia de una relacion libre, voluntariamente, constituida; sino que es, por decirlo asi, una necesidad a priori, mas evidente que aquella que opera en la relacion entre ciudadano y estado.

Pero lo que vale para el poder disciplinario del padre, vale con mayor razon para el poder del padre en su complejo, para la patria potestad. Tambien bajo este mas amplio punto de vista, la cuestion se presenta en los mismos terminos: Un poder supremo directivo de lo que puede encontrar en toda comunidad de personas organizadas para un fin. Sin embargo, no es para nosotros posible considerar el poder directivo en una asociacion privada como de naturaleza analoga a la soberania del Estado. No se admite que el poder derive en todos los casos de la voluntad de los individuos; que la relacion de supremacia y desigualdad no sea caracteristica del derecho publico. Cualquiera que sea la opinion que se pueda tener sobre la naturaleza de la soberania del Estado, creemos que se puede y se debe poner al lado de ella, - como analogos, - aquellos poderes que se forman natural y necesariamente por fuerzas independientes del arbitrio de los individuos - pese se deben distinguir de ellos por ser de naturaleza diversa, - aquellos que traen su origen de una voluntaria limitacion de libertad individual.

Todo esto trae aparejada la labor para diferenciar patria potestad y soberania. La analogia entre patria potestad

familiar y soberania se funda sobre la comun caracteristica que ambas tienen de ser poderes, competencias, y no derechos en el sentido privatistico. En sustancia, la exactitud de lo que sostenemos resulta ya de la concepcion organica de la familia que la aproxima como agregado al Estado; y descende precisamente de ser soberania y potestad familiar un producto del formarse y localizarse organos y funciones que es propio de todo organismo. Si no se mantiene firme este orden de ideas, dificilmente se podra llegar a separar conceptualmente el derecho del padre del derecho de propietario o del acreedor; la obligacion del hijo de la obligacion del deudor. Y la doctrina, - oscila continuamente - entre la concepcion de derecho real y la concepcion de derecho de credito. Por la primera, aparte los argumentos historicos, estaria la inmediacion del poder sobre la persona y el caracter absoluto del derecho, defendido sobre todas las cosas: se tendria, por consiguiente, solo diversidad de objeto: alli una cosa, aqui una persona. Pero quien no es propenso a considerar como objeto el cuerpo, se inclinara naturalmente a la segunda acepcion.

La patria potestad es comunmente considerada como derecho subjetivo privado, precisamente porque mientras los deberes inherentes a ella son considerados como consecuencia del correlativo de derecho del hijo, en la libertad y en el poder del padre de ejercitarla se ve la afirmacion de un

derecho suyo; en cuanto el mismo se pone no tanto frente al hijo, cuanto frente a los terceros y al Estado mismo. Se ha dicho que el poder del padre no puede entenderse como poder sobre la persona física, que por consiguiente esta bajo un cierto aspecto perfectamente justificada una aproximación con el poder del acreedor sobre el deudor, del usufructuario sobre el propietario; en todos estos casos, en efecto, se tiene una limitación de libertad de la persona en el lado interno y una limitación de libertad igualmente al exterior. Por tanto, el hecho de que en la patria potestad, el derecho del padre se ponga frente al hijo, y frente a cualquiera, no constituiría una característica peculiar suya; todavía la doctrina encuentra como característico de la patria potestad este hecho: Que en el lado interno, existe más bien exclusión de libertad, sujeción; por lo que el poder del padre como derecho se afirmaría solamente al exterior. Nosotros podremos valernos de tal comprobación para confirmar el paralelo con el poder (de imperio) del Estado: que es precisamente poder, e implica por consiguiente, sujeción en el interior; y es derecho, libertad de igual a igual, solamente en las relaciones internacionales. La valoración, sin embargo, sería meramente exterior; y basta objetar que en los dos casos no hay sujeción plena, sino que hay una esfera de libertad más o menos amplia del ciudadano y del hijo, para quitar a la aproximación todo valor.

En la naturaleza misma del derecho, es donde debe buscarse la razón de la especial característica de la patria potestad frente a los otros derechos privados. Estos afirman la libertad del individuo de cuidar los propios intereses. La patria potestad es, ante todo, deber; es además también poder y, por consiguiente libertad; pero esta se pone al exterior no como libertad de obrar según el interés familiar lo exige; no, pues, libertad de obrar contra o fuera de tal interés. Jurídicamente, los límites de tal libertad están señalados por la sanción en caso de abuso. Es esta sanción y la figura del abuso de la patria potestad lo que constituye el dato positivo, incontrastable, a favor de nuestra construcción. Si la libertad del padre fuese ilimitada, se podría hablar quizá aunque fuese restringidamente a los poderes personales, de derecho subjetivo en el sentido privadístico. La sanción por abuso no pone solamente al padre, en las relaciones con el estado, en una situación de dependencia, de sujeción, sino que también en las relaciones con la familia y con el hijo elimina la concepción privadística basada sobre la independencia de los sujetos.

El concepto de abuso del derecho de patria potestad no presume la libertad de uso de tal derecho; ya que esto quiere significar precisamente que el titular puede usar libremente de su derecho; hasta tal punto donde el hijo este sujeto a la potestad del progenitor hasta la mayor edad o la

emancipacion, siendo esta potestad ejercida por el padre y a falta de este sera ejercida por la madre.

En la transformacion, la autoridad paterna es ahora comun a los padres en cuanto a la posicion, pero constituia el monopolio del padre en cuanto a su realizacion; y volviendo a los derechos de la madre, estos quedaban latentes mientras no surgia determinada complicacion. Aunque hoy en dia practicamente con ocasion de una decision a tomar, es indispensable el consentimiento de ambos. Ademas y de manera mas general, la madre esta particularmente calificada para ejercer control sobre el uso que hace el padre de sus prerrogativas. La madre puede dirigirse a los Tribunales para obtener bien la perdida de la patria potestad contra su marido, bien, sin recurrir a tan grave medida, las que son propias para salvaguardar los intereses de los hijos.

Sobre los ascendientes, fuera del padre y la madre, estan investidos de la patria potestad considerada en su plenitud, en el caso que el hijo hubiera perdido a ambos de sus progenitores.

No es que el padre ostente siempre incesantemente la patria potestad; ocurre que se le escapa, mas o menos completamente, para pasar en general practicamente a la madre; en este orden de ideas se considera como eventualidad: fallecimiento, decadencia, ausencia, locura, alejamiento, divorcio, separacion de hecho, y adopcion. Cuando el padre y

la madre han fallecido, la patria potestad no se remonta a los ascendientes.

La patria potestad constituye una relacion obligatoria central de la cual irradian multitud de derechos y deberes, todos instituidos y ordenados, no en interes del titular, sino en interes del sujeto pasivo, en ultimo caso por lo menos; se acostumbra designarlos con el nombre de atributos de la patria potestad, y esta terminologia puede muy bien emplearse porque discierne las cargas y deberes a que corresponden esas prerrogativas. Una de esas prerrogativas o facultades que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos menores no emancipados es precisamente tener el goce de esa patria potestad.

El padre y la madre, tienen potestad sobre sus hijos legitimos no emancipados, y los hijos tienen la obligacion de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y veneracion. Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad, estan bajo la potestad del padre o de la madre que les reconoce o adopta.

En nuestro Codigo Civil vigente, en su articulo 413 dice: La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educacion de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que dicten, de acuerdo con la Ley

Sobre Prevencion Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

El capitulo de la Patria Potestad en nuestro Codigo Civil se encuentra en su Titulo Octavo, y comprende del -articulo 441 al 448.

El articulo 448 dice: La Patria Potestad no es renunciabile; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

I.- Cuando tengan sesenta anos cumplidos.

II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeno.

Por lo tanto nos podemos dar cuenta que la patria potestad no pertenece mas que al padre y a la madre. No rebasa el circulo de la familia en sentido restringido.

Los abuelos no poseen la patria potestad.

Aunque tambien se puede contemplar el concepto sobre las disposiciones de la autoridad paterna durante el matrimonio, la cual es ejercida por el padre en su caracter de cabeza de familia. Por lo tanto, es la cabeza de familia quien tiene, durante el matrimonio, el ejercicio de la autoridad paterna. De ahi resulta que, por ser normalmente el padre el cabeza de familia, es el quien ejerce esa autoridad. Sin embargo, la situacion no es la misma.

Por ser la mujer la suplente del marido cabeza de familia, la madre debe ser asociada por el padre al ejercicio

de su autoridad; la mujer concurre con el marido para educar a los hijos, eso significa que el padre debe consultar con la madre antes de decidir, la madre ejerce la patria potestad, en lugar del padre, en todos los casos en que se convierte en cabeza de familia; o sea, si estuviera imposibilitado para manifestar su voluntad en razon de su incapacidad, de su ausencia, de su alejamiento o de cualquiera otra causa; tambien cabe decir que la madre puede ejercer la patria potestad en caso de privacion de todos los derechos del padre, en caso de condena del padre por abandono de familia; cuando el padre, sin el concurso de la madre, haya confiado el hijo a la asistencia de la infancia o a una institucion caritativa, y abandonado sus derechos de patria potestad. Pero, en todos esos casos, la transmision del ejercicio de la patria potestad a la madre no es nunca obligatoria.

En caso de desavenencia podran concurrir los conyuges ante los Tribunales competentes para exponer sus motivos, aunque se puede pensar mal en el sentido, de que se vera mal como subsistira una familia en que la suerte del hijo sera decidida por el Juez. No sera sino retornar a un sistema parecido al que los mismos revolucionarios franceses debieron abandonar: un tribunal domestico, compuesto por parientes y amigos, para resolver los conflictos entre padres e hijos. Por eso la Facultad de Derecho de Paris, en el informe que ha sido llamada a formular sobre el anteproyecto, ha emitido el deseo

de que el ejercicio de la patria potestad se deje exclusivamente al cabeza de familia.

A la muerte de uno de los padres, el superstite ejerce la patria potestad sobre la persona del hijo. Por el contrario al regimen de los bienes se modifica: la tutela sustituye a la administracion legal.

A la muerte del segundo de los padres, la patria potestad hace lugar al regimen de la tutela, que se extiende asi a la persona del menor.

En caso de divorcio y la separacion de cuerpos dejan subsistente la patria potestad, cuya atribucion no se encuentra modificada en principio. Pero algunos atributos, y de los mas importantes, se pierden por el conyuge culpable. El padre que se vea privado asi de la guarda, conserva el derecho y la obligacion de vigilar la educacion de sus hijos. tiene un derecho de visita, cuyo ejercicio puede hacer que se reglamente por los tribunales.

Cuando muera uno de los conyuges divorciados ahi la jurisprudencia esta dividida. Se ha sostenido que el superstite, investido en lo sucesivo de la autoridad paterna, recobraría necesaria e inmediatamente la custodia del hijo; pero la mejor solucion parece ser la de no tomar en cuenta mas que el interes del hijo.

Por estar asimilada la declaracion de nulidad de un matrimonio putativo al divorcio, en una gran parte de sus

efectos, el esposo de buena fe ejerce la patria potestad y, por ello la guarda; el esposo de mala fe obtiene un derecho de visita.

CAPITULO IV.
APORTACIONES DEL DERECHO ROMANO.

- (33) Oderigo Mario.- Sinopsis de Derecho Romano.- Ed. Roque de Palma.- Buenos Aires 1957. pag. 79.
- (34) Oderigo Mario.- Mismo ob. cit. pag. 82.
- (35) Oderigo Mario.- Mismo ob. cit. pag. 77.
- (36) Rajina Villegas Rafael.- Mismo ob. cit. pag. 187.
- (37)Codigo Civil.- Pag. 126.

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA.

CODIGO PROMULGADO POR EL PRESIDENTE BENITO JUAREZ, QUE COMENSO A REGIR EL PRIMERO DE MARZO DE 1871.

LA PATRIA POTESTAD.

El capitulo primero considera la patria potestad con relacion a las personas y establece los principios de justicia que el derecho comun reconoce para conservar en bien de la sociedad las relaciones de padres e hijos. En este terreno, realizo una notable aportacion a nuestro sistema vigente, ya que el codigo de las Partidas y los posteriores de Espana, siguiendo literalmente las leyes romanas quitaron a la madre la patria potestad que el Fuero Juzgo le concedia. Al entrar en vigor este cuerpo de Leyes, casi todos los codigos reconocian ese derecho; porque la sociedad ya habia depuesto la antigua prevencion contra las mujeres, cuya condicion alguna vez considerada como cosa, y siempre esclava, servia solo en los tiempos anteriores al cristianismo para los placeres del hombre, que nunca la consideraba digna de su estimacion. La moral cristiana, dulcificando las costumbres y estableciendo el noble principio de la fraternidad, levanto a la mujer, que en la edad media fue ya una diosa. Pero todo su culto se reducía al amor y a los torneos. En cuanto a derechos civiles, su condicion fue casi igual a la en que la dejaron

los tiempos de barbarie; pudiendo asegurarse que hasta los ultimos siglos fue cuando realmente comenzo la rehabilitacion de la mujer. (38)

El Legislador de 1870 podia decir que la distinta educacion modifica, si no desnaturaliza, los elementos morales de la mujer, no es racional ni justo extender su inferioridad mas alla de las materias que exigen conocimientos especiales; y como al tratarse de la vida domestica, la mujer tiene tanta o mas inteligencia que el hombre; y como en fin, el cuidado de los hijos es tanto mas eficaz, cuanto mas vivo es el sentimiento, no es posible ya hoy negar a una madre el ejercicio del mas sagrado de los derechos.

Como la administracion de los bienes podia exigir una instruccion superior, se autorizaba al padre para que pudiera nombrar uno o mas consultores, que habian de oir a la madre. Aqui brota un argumento realmente solido. Si la madre tiene obligacion de seguir el dictamen del consultor, la patria potestad es un derecho ilusorio y vale mas no darlo que poner en ridiculo su ejercicio. Si la madre no esta obligada a seguir, sino solo a oir el dictamen del consultor, este es casi inutil y no se evitan los peligros a que puede dar lugar la inexperiencia o la ausencia de malicia de la mujer.

La nueva Ley reconocia toda la fuerza de este raciocinio; mas deciden su opinion otras razones de gran peso tambien. Entre la denegacion de la patria potestad y los

peligros de su ejercicio, deben aceptarse estos, ya porque no hay accion humana en que no amaguen; ya porque no son absolutos como aquella, y ya, en fin, porque los unos son parciales y la otra es universal. Ademas: esos peligros son menores si se toma en cuenta el amor maternal, que es el mas ascendrado y tal vez el unico verdadero que hay en el mundo. Ese noble sentimiento hara que la mujer siga el buen consejo; y si alguna vez obra mal, casi nunca sera intencionalmente, lo cual es otra garantia de acierto. Por otra parte: en la entonces vigente legislacion se corrian hasta cierto punto los mismos peligros; porque pudiendo ser tutora testamentaria la madre, entra a la administracion sin la traba de consultor, y podia causar grandes males a sus hijos. En fin, se contaba con las restricciones que tanto en esta materia como en el de testamentos puso la primera Ley Civil, que por lo mismo creyo que la disposicion en consulta, era justa y conveniente. Mas no se contento con ese paso sino que dando otro, amplio la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros, solo podia alegarse la edad: pero como se les concede facultad de renunciar la patria potestad, es prudente creer, que el abuelo que no se considere ya capaz de ejercer aquel derecho, lo renunciara en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas militan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante en esta materia y en la de sucesiones, fue no introducir en los negocios domesticos a personas extranas, sino cuando no se puede evitar; y como en ambas debe

intervenir el Ministerio Publico, cree que tienen los menores las suficientes garantias.

Otro aspecto muy importante es aquel que considera la patria potestad con relacion a los bienes, cuya administracion queda a cargo del que ejerce aquel derecho.

En esta materia, las razones que la decidieron a no admitir el Consejo de Familia, apreciando -en el dictamen de la Comision Redactora- que las leyes, y sobre todo las instituciones, deben acomodarse a las costumbres; y aunque el deber del legislador ilustrado consiste tambien en procurar la reforma y mejora de las costumbres, no solo en lo moral, sino en lo social, este deber ha de desempeñarse prudentemente, a fin de no desterrar costumbres utiles o introducir sin criterio otras nuevas. La Comision redactora creyo: que el Consejo de Familia no esta en nuestras costumbres; y que no hacia falta en el estado de nuestra sociedad. La reunion de los parientes puede ser causa de disturbios cuando no hay respeto a la jerarquia domestica. En otras partes un pariente anciano respeta y considera en un niño al jefe de la familia, porque esta es la organizacion social. Pero entre nosotros falta y debe faltar ese elemento; porque cada padre es jefe de su familia, y el hijo de su hermano mayor es solamente uno de sus sobrinos. Y como ademas falta tambien la dependencia, ya en lo moral, ya respecto de los bienes, no puede haber esa relacion que hace del Consejo de Familia un elemento favorable a los intereses del menor. A mayor abundamiento, especulaba

que debería decirse cuando es mas de temerse que la desavenencia de dos parientes o sus intereses o sus pasiones sean causas de mal, y que la institucion que se creyo una salvaguardia, se conviertan en fuente de desgracias para el huorfono.

Con las fuertes restricciones que se pusieron a la administracion de los bienes de los menores, y con la intervencion constante del juez y del ministerio publico, el legislador penso obtener las ventajas que se atribuyen al Consejo de Familia sin necesidad de aumentar el numero de personas, que tal vez sean una remora para muchos negocios.

Conforme al derecho romano y al espanol se hacian varias distinciones bajo los nombres de peculio profecticio, adventicio, castrense y cuasi castrense, que mas o menos han sido modificadas por los codigos modernos, ya en los nombres, ya en la sustancia misma. La comision ha creido que en el estado de nuestra sociedad debian modificarse en gran manera esas distinciones y sus consecuencias; atendiendose solo respecto de estas a la verdadera utilidad de las familias, y respecto de las primeras solo al origen de los bienes. Por esta razon se senalaron cinco clases, que son: 1a. Bienes donados por el padre. 2a. Bienes donados por la madre o los abuelos. 3a. Bienes donados por parientes colaterales o por extranos. 4a. Bienes debidos a don de la fortuna. 5a. Bienes adquiridos por un trabajo honesto, sea cual fuere.

En todas esas clases la propiedad es del hijo; porque la donacion en las tres primeras es un contrato que debe trasferir el dominio; en la 4a. el origen de los bienes no permite dudar de la propiedad; y en la 5a. el trabajo da un derecho incontestable. Como la donacion puede ser inoficiosa algunas veces, los bienes de la primera y segunda clases deben traerse a colacion en su respectivo caso.

En las cuatro primeras alternativas, la administracion es del padre, porque tratandose de menores, no hay razon para privar a aquel del derecho que la ley le concede; mas el puede ceder su ejercicio al hijo, cuando este sea capaz de administrar los bienes. En cuanto al usufructo, en la primera clase queda tambien al arbitrio del padre senalar la parte que debe disfrutar el hijo, porque debe atenderse tanto al origen de los bienes, como a la utilidad del hijo. Si el padre no hace la designacion, el hijo tendra la mitad; puesto que es el dueno del capital, que bajo cierto aspecto puede considerarse como girado en una sociedad. En las otras tres clases tendra el hijo la mitad del usufructo; porque en ellos falta la consideracion fundada en el origen de los bienes.

En la 5a. opcion, el usufructo y la administracion pertenecen al hijo, que respecto de esos bienes se tiene por emancipado; porque supone la ley, que ya es capaz de administrar, quien sabe adquirir con su trabajo. Y si algun

peligro hay, queda remediado con las restricciones puestas a los hijos emancipados.

El capitulo V final de este Código, trata de los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad. Las disposiciones que contiene son de derecho comun, a excepcion de la que concede a los padres la facultad de nombrar consultores a la madre y abuelas; de la cual se ha hablado al examinar los articulos en que se concede a estas la patria potestad. (39)

Este Código y el de 1884, solo tuvieron cambios a razon de pequenas modificaciones de gramatica.

El Presidente Manuel Gonzalez, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la autorizacion concedida al Ejecutivo de la Union, por decreto de 14 de diciembre de 1883, mando promulgar el nuevo:

CODIGO CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA CALIFORNIA, EN CUYO TITULO OCTAVO DEL LIBRO SE LEGISLO SOBRE LA PATRIA POTESTAD.

1.- En este nuevo Código, La patria potestad es tambien el conjunto de derechos que la ley concede al padre en

las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados. (40)

Considera que el poder paterno esta fundado en la naturaleza, que sabiamente puso en el corazon de los padres un amor infinito hacia sus hijos, el cual les hace procurar en todo su felicidad, defenderlos de todos los peligros y enseñarles todas aquellas virtudes que pueden conducirlos al bienestar privado y al respeto publico. Esta enseñanza requiere por parte del hijo, obediencia; y de parte del padre, autoridad para hacer cumplir sus mandatos; y como ambas cosas estan intimamente grabadas en el corazon humano, se dice que la autoridad del padre sobre el hijo esta basada en la naturaleza. Todos los pueblos, por lo mismo, desde la mas remota antigüedad, reconocieron este poder, exagerandolo las mas veces a tal grado, que lo convirtieron en una verdadera tirania; despues, a medida que se ilustraban las naciones, lo fueron restringiendo hasta senalarle los limites que la sana razon aconseja; pero todos, sin excepcion alguna, reglamentaron la patria potestad y reconocieron en ella un elemento de orden en la familia, que a su vez sirve de garantia al de la sociedad.

2.- La patria potestad se divide en onerosa y util: la onerosa no es mas que el conjunto de obligaciones que la naturaleza y la ley imponen a los padres para con sus hijos: la util es la reunion de derechos que la ley concede a los

padres respecto de algunos bienes de sus hijos menores no emancipados.

La patria potestad onerosa comprende, así las obligaciones de los padres como las de los hijos, cuyo cumplimiento queda bajo la vigilancia del padre, auxiliado por la autoridad pública.

3.- La patria potestad se ejerce no solo sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, sino también sobre la persona y bienes de los naturales legitimados y reconocidos. Dijimos en otra parte que uno de los efectos del matrimonio es equiparar a los hijos nacidos antes de que se verificara, con los que nazcan después; y que todos se consideran por la ley como legítimos; así, pues, ambos están bajo la patria potestad. En cuanto a los naturales reconocidos, puesto que el padre se confiesa autor de ellos, era natural que cargase con todas las obligaciones anexas a la paternidad, y que disfrutase de todos sus derechos. Los demás hijos no están bajo el poder de sus padres; unos, porque aunque haya confesión sobre la paternidad, la ley no la admite como cierta; y en otros, el legislador, por las razones que dejamos apuntadas, no permite que sean reconocidos, y faltando el reconocimiento, no puede nacer la patria potestad.

4.- Aunque la legislación anterior no concedía la patria potestad más que al padre, negándola a la madre y ascendientes, esto era en razón de que aun la madre estaba

bajo el poder del marido, no tan absolutamente como entre los romanos, pero si considerada como inepta para la direccion de la familia; y a los ascendientes se les habia suprimido en el ejercicio de ella, en fuerza de emancipacion de los hijos. Nuestras leyes actuales, sin proscribir los principios romanos enteramente, los han despojado de la parte de injusticia que encerraban; y cuidando más eficazmente de la suerte de los hijos, ordenan que el ejercicio de la patria potestad corresponda al padre, a la madre, al abuelo paterno, al materno, a la abuela paterna y a la materna sucesivamente; de manera que existiendo el padre, nadie sino el ejercera este derecho, pero faltando, pasa la patria potestad a la madre, y asi en adelante; mas esta falta debe ser absoluta y de tal naturaleza que prive del ejercicio del poder paterno, como la que proviene de la muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, y solo entonces entrara al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido, debiendo decirse lo mismo en caso de renuncia.

El poder de la madre y los ascendientes se ejerce sobre las mismas personas que tiene el padre bajo su potestad, porque siendo el objeto del legislador el que los menores tengan siempre en la familia una autoridad protectora, no debia exceptuar de este beneficio a ninguno de ellos; asi es, que muerto el padre, la madre en su caso, o los ascendientes, van recibiendo de su antecesor la patria potestad; y los hijos, entretanto son menores de edad y no esten emancipados,

caen bajo este poder, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde segun la ley.

5.- La naturaleza misma aconseja el honor y respeto que se deben a los padres, porque ellos son una consecuencia necesaria de la direccion paternal que recibe el hombre desde los primeros anos de la vida, mas la ley ha querido consignar expresamente que, cualquiera que sean el estado, edad y condicion de los hijos, deben estos honrar y respetar a sus padres y demas ascendientes, para de ese modo proporcionar a la autoridad publica un medio de refrenar la mala conducta de los hijos, haciendoles conservar la reverencia debida a aquellas personas de quienes recibieron el ser ellos mismos o sus padres. Los padres a su vez tienen la obligacion de educar a sus hijos convenientemente, para lo cual gozan de la facultad de corregirlos y castigarlos con templanza y mesura; facultad de que disfrutan los ascendientes en defecto del padre. En consecuencia de esta obligacion, los hijos que estuvieren bajo la patria potestad no podran dejar la casa del que la ejerce sin permiso de este o decreto de la autoridad publica competente, ni pueden comparecer en juicio, ni contraer obligacion alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

6.- La ley, que segun demuestran las anteriores prescripciones, se afana por hacer efectiva la educacion de los hijos, comprendiendo que en algunas ocasiones no bastaran las templadas correcciones del padre para conseguir tan noble

fin, encomienda a las autoridades les auxiliien en el ejercicio de aquella facultad cuando sean requeridas para ello, aunque debieran hacerlo de una manera prudente y moderada, porque no deben confundirse las faltas privadas de los hijos con las que tienen un caracter publico, y de que las autoridades son inmediatamente responsables.

CAPITULO II.

1.- Si los padres tienen obligacion de educar a los hijos, y de esta obligacion nace el derecho de castigarlos, es porque los hombres en sus primeros anos no tienen ni el juicio ni la capacidad suficiente para manejarse por si propios. Siendo esta aptitud el fruto de la educacion, la falta de ella coloca a los hijos, antes de su emancipacion, bajo el poder de las personas que la ley designa, y como persona, tambien sus bienes estan sometidos a ella, por no poder dirigirlos cuerdamente en esa edad; en virtud de esas consideraciones, la ley designa al que ejerce la patria potestad, como legitimo representante de los que estan bajo de ella, y administrador legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones legales.

2.- En la legislacion romana, lo mismo que en la espanola antigua, se dio el nombre de peculio a los bienes que el hijo adquiria mientras estaba bajo el poder paterno, y la ultima dividia los peculios en cuatro especies: profecticio,

adventicio, castrense y cuasi castrense, clasificando los derechos que el padre tenia en cada uno de ellos. Nuestro Codigo Civil no ha aceptado esta division, y senalando otra distinta, ensena que los bienes del hijo, mientras esta bajo la patria potestad, se dividen en cinco clases:

I. Bienes que proceden de donación del padre:

II. Bienes que proceden de donacion de la madre o de los abuelos, aun cuando aquella o alguno de estos esten ejerciendo la patria potestad:

III.- Bienes que proceden de donacion de los parientes colaterales o de personas extranas, aunque estos y los de la segunda clase se hayan donado en consideracion al padre:

IV. Bienes debidos al don de la fortuna.

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

3.- Los bienes de la primera division son los que correspondian al peculio profecticio, y nuestra ley actual no concede, como el derecho derogado, la propiedad de ellos al padre, sino al hijo, reservando la administracion a aquel. Desde que el padre hizo donacion al hijo de algunos bienes, se desprendio de la propiedad de ellos, que por efecto mismo del contrato hizo pasar al donatario; de otro modo el acto del padre seria nulo y vendria a reducirse a un simple encargo, que constituiria al hijo en la categoria de sirviente. Cuando esto suceda, el hijo no adquirira derecho ninguno en los

bienes que cuida de su padre; pero este no es el caso de la ley. El padre que goza de la administracion de estos bienes, puede concederla integramente al hijo, senalandole como una remuneracion a su trabajo e industria, la porcion de frutos que estime conveniente. Y si el padre no hiciese esta designacion, como es de justicia que el hijo tenga algun premio por el trabajo que invierta en la administracion de bienes que son suyos, la ley le senala una mitad de los frutos. La otra sera siempre del padre, asi porque es el administrador legal de ellos, como porque la ley le reserva el usufructo.

En los bienes de la II, III y IV clase, la propiedad pertenece al hijo y la mitad del usufructo; pero la administracion y la otra mitad de los frutos al padre, a quien esto se ha concedido por el cuidado de conservacion que debe tener de los bienes y del hijo mismo; sin embargo, el padre puede renunciar en beneficio de este la administracion o el usufructo, o una cosa y otra. Siempre que esto suceda, ya por voluntad del padre o por disposicion de la ley, el hijo se considerara como emancipado respecto de la administracion, de la cual gozara plenamente, con las restricciones que a causa de su menor edad le impone la ley; es decir, necesitara de consentimiento del que le emancipo o del ascendiente a quien corresponda este derecho, o del juez en su caso, para contraer matrimonio antes de llegar a la mayor edad; de autorizacion de que le emancipo, o en falta de este de la del juez, para la

enajenacion, gravamen o hipoteca de bienes raices; por ultimo, de un tutor para los negocios judiciales.

Por lo que hace a los bienes de la clase V, pertenecen al hijo en propiedad, usufructo y administracion. El padre en ellos no tiene ningun derecho, porque su adquisicion se debe al trabajo y moralidad del hijo; virtudes que debia premiar la ley estimulando de ese modo a los menores, y porque ademas asi lo exigia la justicia natural, pues al que ha sabido adquirir bienes no seria equitativo privarlo del dominio pleno sobre ellos. En la legislacion anterior esto solo sucedia respecto de los bienes que el hijo adquiria por razon de las letras o de la guerra, a lo que llamaba peculio quasi castrense y castrense; pero como las razones expuestas comprenden todas las adquisiciones que el hijo haga por un trabajo honesto, no subsiste actualmente aquella limitacion.

4.- Hemos visto hasta aqui sobre cuales bienes el hijo tiene la propiedad, y en cuales le esta reservada a su padre; mas esta propiedad no en todos los casos es tan perfecta que una vez hecha la adquisicion, no se deba por ella resarcimiento alguno, pues los bienes que proceden de donacion del padre o de la madre y abuelos, deben traerse a colacion en la division de los bienes del respectivo donante; esto es, deben deducirse al que los recibio de la cantidad total que le corresponde en la herencia; sin cuya disposicione habria desigualdad en las legitimas, y por este medio podrian

barrenarse las leyes justisimas sobre sucesiones, dictadas precisamente para conservar un derecho igual a todos los hijos, respecto de los bienes del padre. Debe advertirse tambien, que en el valor de los bienes del hijo deben computarse los reditos y rentas que se hayan vencido, antes de que el padre entre en posesion de los bienes, cuya propiedad pertenece a aquel, por no poder considerarse frutos de que debe gozar el padre, cuando fueron producidos antes de que el posea.

5.- El usufructo concedido al padre lo obliga a dar alimentos al hijo, mientras tenga los bienes en su poder; ademas, a cumplir con todas las prescripciones legales impuestas a los usufructuarios, con excepcion de la de afianzar. Esta excepcion existe en favor del padre, porque respecto de el no hay la razon que tuvo la ley para exigirla en general: la ternura paterna aleja la mayor parte de los

peligros que se combaten en el usufructuario extrano; y la reverencia que los hijos deben a sus padres no permite que se les exija la fianza de su manejo. Sin embargo, para alejar mas el abuso que el padre podria hacer de estos respectos que el legislador le guarda, no puede enajenar ni gravar en manera alguna los bienes inmuebles que le corresponden en usufructo y administracion, o en esta solamente, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la autorizacion del juez competente.

6.- El derecho de usufructo de los bienes del hijo no es indefinido; se extingue: 1o. Por la emancipacion o mayor edad de los hijos, porque en esta edad el hombre es apto para manejarse por si mismo, segun la ley: 2o. Cuando la madre pasa a segundas nupcias, por no ser justo que siga percibiendo los frutos de unos bienes que descuida por su voluntad, cuando sometiendo por otra parte a la potestad marital, si conservara la administracion o el usufructo de los bienes, se daria ocasion a disputas. La perdida del usufructo se produciria aun cuando sea despues declarado nulo el matrimonio contraido por la madre, pues siempre existe la razon por que la ley le impuso esa pena: el abandono voluntario de las personas y bienes de sus hijos. Acaso esta regla podria tener una excepcion, y es en todo caso en que la nulidad provenga de falta de consentimiento de la mujer para contraer matrimonio: 3o. Por renuncia. El padre puede renunciar libremente la parte de usufructo que la ley le senala, como puede renunciar la administracion, y este acto produce la extincion del derecho que tiene el padre para percibirlo; mas como este derecho habia entrado ya en sus bienes y formaba parte de su patrimonio, renunciar la percepcion de los frutos es donar su valor a aquel en cuyo favor se renuncia; y por tanto, se considera como donacion hecha al hijo, la renuncia que haga del usufructo.

7.- La administracion que el padre tiene de los bienes de sus hijos, lo obliga a dar cuenta de la gerencia de ellos; porque, como dijimos antes, tiene todas las

obligaciones del administrador comun; mas esto debe entenderse de los bienes de que el padre sea mero administrador y de que no tenga usufructo, pues respecto de aquellos de que sea usufructuario, no tendra obligacion de rendir cuenta. Esta el padre tambien obligado a entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan, cuya guarda les habia encomendado la ley entretanto los hijos eran capaces de dirigirse por si; llegado este caso, no tiene razon para retenerlos. Si resistiere la entrega, y en general, siempre que el padre tenga un interes opuesto al de sus hijos menores, seran estos representados en juicio y fuera de el por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

En terminos generales, y como una recopilacion de los dos Codigos ya mencionados, se puede exponer:

1.- La patria potestad que, como dijimos al principio de este titulo, es un derecho natural consagrado por la ley civil, para que los hijos de familia puedan formarse y lleguen a ser utiles a la sociedad, tenia por fuerza que dejar de existir cuando los hijos alcanzasen el grado de perfeccion necesario en su desarrollo fisico y moral, para poner en ejercicio sin peligro alguno todas sus facultades productoras. Es indudable que hay una edad en que el hombre no solo se encuentra en aptitud para manejarse por si propio, sino que habiendo alcanzado todos los conocimientos practicos de la

vida que posee su padres, la direccion de este, sobre no ser necesario, acaso llegaria a ser peligrosa, impidiendo el mayor avance que el hijo por si propio podia adquirir; por otra parte, si el hijo se emancipaba por medio del matrimonio, la potestad del padre se complicaria con la potestad del hijo, que a su vez era ya jefe de otra familia; teniendo, para conservarla, necesidad de una accion mas amplia, expedita e independiente. La patria potestad puede acabarse, perderse o suspenderse. Se acaba: 1o. Por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga: 2o Por la emancipacion: 3o Por la mayor edad del hijo. Se pierde: 1o. Cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la perdida de este derecho: 2o. En los casos de divorcio, respecto de aquel de los conyuges que hubiere dado causa a el. Puede tambien perder la patria potestad el padre, o modificar su ejercicio por sentencia de los tribunales, siempre que el que la ejerce trate a los que estan en ella con excesiva severidad, no los eduque, les imponga preceptos inmorales o les de ejemplos y consejos corruptores; porque en todos estos casos la potestad paterna tuerce su objeto, y la ley civil que la ha consagrado para el bien de la familia, no puede permitir que se convierta en un mal, o por lo menos en un peligro gravisimo para los hijos. Por ultimo, se suspende: 1o. Por incapacidad declarada judicialmente; por locura, idiotismo o imbecibilidad, aun cuando tengan intervalos lucidos, o por ser sordomudos que no sepan leer ni escribir: 2o. Por ser prodigos; si bien entonces la suspension de la patria potestad solo se refiere a la administracion de los bienes: 3o. Por ausencia declarada en

forma: 4o. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspension.

En los casos precedentes, desde luego se nota que ellos no entranan perpetuidad, pues no pueden desaparecer completamente o modificarse, de modo que sea posible el ejercicio de la patria potestad: por esto en todos ellos no se acaba ni se pierde esta, sino se suspende solamente hasta que, removido el obstaculo temporal que lo impide, vuelva a adquirirse su ejercicio.

2.- Siempre que se pierde, acaba o suspende la patria potestad, el padre o quien la ejercia deja de disfrutar del usufructo que le esta senalado en los bienes del hijo, puesto que ya ni la persona, ni las cosas de este, estan bajo su cuidado; a menos que la suspension provenga de falta de razon, pues si por demencia han quedado suspensos en el ejercicio de la patria potestad, siempre conservaran su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor: si asi no fuera, la perdida de el seria una pena innecesaria, aplicada al demente, tanto mas injusta, cuanto que su estado exige mayores auxilios y cuidados.

3.- Cuando, por muerte del padre, la patria potestad haya de recaer en la madre o en las abuelas, como estas personas son por lo comun un poco diestras en el manejo de intereses y en la direccion de los hijos, la ley permite al padre nombrar en su testamento a aquellas, uno o mas

consultores, cuyo dictamen haya de oír para los actos que aquel determine expresamente. La madre o abuela a quien se haya hecho tal nombramiento, están obligadas a obedecer al testador en el ejercicio de la patria potestad; de tal suerte, que si dejaren de oír el dictamen de consulto o consultores, podran ser privadas en juicio contradictorio, con audiencia del ministerio publico, de toda autoridad y derechos sobre sus hijos o nietos, a instancia de aquellos; pero el acto ejercido no se anulara por solo este motivo.

4.- El padre, sin embargo, no podra usar de este derecho si al tiempo de morir no se hallare en ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior a la perdida o suspension de aquel derecho; porque la facultad de nombrar consultores a la madre o abuela, es uno de los actos de la patria potestad, y no gozando de ella o estando en suspenso, mal puede ejercitarla. Mas cuando la suspension se funda en ausencia o locura, valdra el nombramiento si se hizo en testamento anterior a la declaracion de ausencia o a la enajenacion mental. En efecto, si el loco puede testar validamente en un intervalo lucido, con mayor razon sera valedero lo dispuesto en testamento suyo, anterior a la perdida de la razon. Lo mismo debe decirse respecto del ausente, cuyos actos anteriores, como veremos, son validos y deben guardarse.

5.- La madre, abuelos y abuelas, pueden renunciar siempre su derecho a la patria potestad, o el ejercicio de

esta, la cual, en ambos casos, recaera en el ascendiente a quien corresponda segun la ley; pues aunque esta ha querido que los ascendientes conserven ese derecho lo mismo que la madre, comprendiendo que la avanzada edad, las enfermedades, el caracter conocidamente debil y otras causas que pueden existir en estas persona, les haria recibir la patria potestad como una carga insufrible, que abandonarían o no desempenarian bien con perjuicio de los hijos, los ha dejado en libertad de renunciarla para que pase al que le siga en el orden legal; y no habiendo ascendiente que reclame ese derecho, se proveera de tutor al menor, conforme a la ley. Una vez renunciada la patria potestad por un ascendiente, no puede recobrarla.

Hay, por ultimo, otras causas que ademas de las mencionadas, privan a la madre o abuela de la patria potestad, y que no estan en la regla general, por nacer de la situacion peculiar en que estas personas pueden encontrarse; tales son, que la madre o abuela viuda de a luz un hijo ilegítimo o pase a segundas nupcias. En este caso, si no hubiere persona en quien recaiga la patria potestad, se proveera a la tutela conforme a la ley; pero sin que en ningun caso pueda ser nombrado tutor el segundo marido. Si la madre o la abuela volviese a enviudar; con la muerte del segundo marido habra cesado el obstaculo que impidio la administracion y cuidado de los bienes de los hijos y sus bienés; y es natural, por consiguiente, que vuelva a recobrar los derechos perdidos por las segundas nupcias.

En el desarrollo historico-legislativo de la patria potestad tiene singular importancia considerar la Ley de Divorcio, expedida en Veracruz en 29 de diciembre de 1914, por el C. Primer Jefe del Ejercito Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos y Jefe de la Revolucion, en razon de que la disolucion del vinculo conyugal en un juicio contencioso, ha tenido como consecuencia la perdida de la patria potestad. (41)

C O N S I D E R A N D O:

Que el matrimonio tiene por objetos esenciales la procreacion de la especie, la educacion de los hijos y la mutua ayuda de los contrayentes para soportar las cargas de la vida; que, en esa virtud, se contrae siempre en concepto de union definitiva, pues los conyuges al unirse entienden conseguir por ese medio la realizacion de sus mas altos ideales; pero, desgraciadamente, no siempre se alcanzan los fines para los cuales fue contraido el matrimonio, y, por excepcionales que puedan ser estos casos, la ley debe justamente atender a remediarlos, relevando a los conyuges de la obligacion de permanecer unidos durante toda su existencia, en un estado irregular contrario a la naturaleza y a las necesidades humanas;

Que lo que hasta ahora se ha llamado divorcio en nuestra legislacion, o sea la simple separacion de los consortes sin disolver el vinculo, unica forma que permitio la ley de 14 de diciembre de 1874, lejos de satisfacer la necesidad social de reducir a su minima expresion las consecuencias de las uniones desgraciadas, solo crea una situacion irregular, pero que la que trata de remediarse, porque fomenta la discordia entre las familias, lastimando hondamente los efectos entre padres e hijos, y extendiendo la desmoralizacion en la sociedad;

Que esa simple separacion de los consortes crea, ademas, una situacion anomala de duracion indefinida, que es contraria a la naturaleza y al derecho que tiene todo ser humano de procurar su bienestar y la satisfaccion de sus necesidades, por cuanto condena a los conyuges separados a perpetua inhabilidad para los mas altos fines de la vida;

Que la experiencia y el ejemplo de las naciones civilizadas ensenan que el divorcio que disuelve el vinculo es el unico medio racional de subsanar, hasta donde es posible, los errores de uniones que no pueden subsistir;

Que admitiendo el principio establecido por nuestras leyes de Reforma, de que el matrimonio es un contrato civil, formado por la espontanea y libre voluntad de los contrayentes, es absurdo que deba subsistir cuando esa voluntad falta por completo, o cuando existan causas que hagan

definitivamente irreparable la desunion consumada ya por las circunstancias.

Que tratandose de uniones que, por irreductible incompatibilidad de caracteres, tuvieran que deshacerse por voluntad de las partes, se hace solamente necesario cerciorarse de la definitiva voluntad de esos conyuges para divorciarse, y de la imposibilidad absoluta de remediar sus desavenencias o de resolver sus crisis, lo cual puede comprobarse por el transcurso de un periodo racional de tiempo, desde la celebracion del matrimonio hasta que se permita su disolucion, para convencerse asi de que la desunion moral de los conyuges es irreparable;

Que por otra parte, el divorcio por consentimiento mutuo es un medio discreto de cubrir las culpas graves de alguno de los conyuges por medio de la voluntad de ambos para divorciarse, sin necesidad de dejar sobre las respectivas familias, o sobre los hijos, la mancha de una deshonra;

Que, ademas es bien conocida la circunstancia de que el matrimonio entre las clases desheredadas en este pais es excepcional, realizandose la mayor parte de las uniones de ambos sexos por amasiatos, que casi nunca llegan a legalizarse, ya sea por la pobreza de los interesados o por temor instintivo de contraer un lazo de consecuencias irreparables, y en estas condiciones es evidente que la institucion del divorcio que disuelve el vinculo es el medio

mas directo y poderoso para reducir a su minimo el numero de uniones ilegítimas entre las clases populares, que forman la inmensa mayoría de la nación mexicana, disminuyendo, como consecuencia forzosa, el numero de hijos cuya condicion esta actualmente fuera de la ley;

Que, además, es un hecho fuera de toda duda que en las clases medias de Mexico la mujer, debido a las condiciones especiales de educacion y costumbres dichas clases, esta incapacitada para la lucha economica por la vida, de donde resulta que la mujer cuyo matrimonio llega a ser un fracaso se convierte en una victima del marido, se encuentra en una condicion de esclavitud de la cual le es imposible salir si la ley no la emancipa desvinculandola del marido; que, en efecto, en la clase media la separacion es casi siempre provocada por culpa del marido, y es de ordinario la mujer quien la necesita, sin que con esto haya llegado a conseguir hasta hoy otra cosa que apartar temporalmente a la mujer del marido, pero sin remediar en nada sus condiciones economicas y sociales, por lo que sin duda el establecimiento del divorcio tenderia, principalmente en nuestra clase media, a levantar a la mujer y a darle posibilidades de emanciparse de la condicion de esclavitud que en la actualidad tiene;

Que, por otra parte, la institucion del divorcio no encontraria obstaculo serio en las clases elevadas y cultas, supuesto que las ensenanzas de otros paises en donde se

encuentra establecido, las tiene acostumbradas a mirar el divorcio que disuelve el vinculo como perfectamente natural;

Que la experiencia de paises tan cultos como Inglaterra, Francia y Estados Unidos de Norte America, ha demostrado ya, hasta la evidencia, que el divorcio que disuelve el vinculo es un poderoso factor de moralidad, porque, facilitando la formacion de nuevas uniones legitimas, evitando la multiplicidad de los concubinatos, y, por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen en las costumbres publicas, da mayor estabilidad a los afectos y relaciones conyugales, asegura la felicidad de mayor numero de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que por error o ligereza, fueron al matrimonio a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida;

Que si bien la aceptacion del divorcio que disuelve el vinculo es el medio directo de corregir una verdadera necesidad social, debe tenerse en cuenta que solo se trata de un caso de excepcion, y no de un estado que sea la condicion general de los hombres en sociedad; por lo cual es preciso reducirlo solo a los casos en que la mala condicion de los consortes es ya irreparable en otra forma que no sea su absoluta separacion.

Por tanto, ha tenido a bien decretar lo siguiente:

Art. 1o.- Se reforma la fraccion IX del articulo 23 de la Ley de 14 de Diciembre de 1874 reglamentaria de las Adiciones y Reformas de la Constitucion Federal decretadas el 25 de Diciembre de 1873, en los terminos siguientes:

Fraccion IX.- El matrimonio podra disolverse en cuanto al vinculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los conyuges cuando el matrimonio tenga mas de tres anos de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realizacion de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los conyuges, que hagan irreparable desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los conyuges pueden contraer una nueva union legitima.

Art. 2o.- Entretanto se restablece el orden constitucional en la Republica, los Gobernadores de los Estados quedan autorizados para hacer en los respectivos Codigos Civiles, las modificaciones necesarias, a fin de que esta ley puedea tener aplicacion.

TRANSITORIO.- Esta ley sera publicada por Bando y Pregonada, comenzara a surtir sus efectos desde esta fecha.

CONSTITUCION Y REFORMAS.

Veracruz, a los 29 dias del mes de Diciembre de 1914. (42)

V. CARRANZA.

DECRETO DE "VENUSTIANO CARRANZA", Jefe de la Revolucion, Primer Jefe del Ejercito Constitucionalista y Encargado del Poder Ejecutivo de la Nacion, en virtud de las facultades de que se hallo investido, hizo reformas a varios articulos del Codigo Civil en lo referente al divorcio;

C O N S I D E R A N D O

"Que modificada por decreto de 29 de diciembre de 1914, la faccion IX del articulo 23 de la ley de 24 de diciembre de 1874, la cual establecia que el matrimonio legitimamente contraido solo podia disolverse durante la vida de los conyuges por mutuo y libre consentimiento de las partes o por las causas graves que determinen las leyes locales, quedando habiles los consortes para contraer una nueva union legitima, se hace preciso proceder desde luego a hacer en el Codigo Civil del Distrito Federal y los Territorios, las modificaciones consiguientes para que pueda hacerse efectiva la reforma mencionada;

"Que conforme a la ley de 29 de diciembre de 1914, el matrimonio puede disolverse por mutuo consentimiento despues de tres anos de celebrado o en cualquier tiempo, por

causas que hagan imposible e indebida la realizacion de sus fines, o por faltas graves de alguno de los conyuges, que hagan irreparable la desavenencia conyugal; por lo cual las modificaciones que se hagan en elCodigo Civil, para ponerlo en concordancia con la reforma mencionada, deben referirse, por una parte, a las causas que habran de aceptarse segun el criterio de la ley como motivos de divorcio, y, por la otra, a las diversas consecuencias que este tiene que producir forzosamente al romper el vinculo, y que no se producian cuando solo autorizaba la separacion de los consortes;

"Que las causas que, con motivo de la separacion de los consortes, enumeraba el antiguo articulo 227 delCodigo Civil, pueden en rigor aceptarse en su generalidad como determinantes del divorcio que disuelve en vinculo; porque si ellas podian prestar y de hecho prestan fundamento bastante para autorizar una separacion para toda la vida de los consortes, fue porque se las considero como seguro indicante de que la vida comun de estos era ya imposible;

"Que, esto no obstante, no se estima causa bastante para el divorcio que disuelve el vinculo la que senalaba la fraccion XII del articulo 227, es decir, la infraccion de las capitulaciones matrimoniales; porque aparte de que ella no indica, ni mucho hace presumir, que los consortes se hayan perdido el afecto de una manera irremediable, o que los altos fines del matrimonio se hayan hecho imposibles, hay necesidad de no dar a los intereses meramente pecuniarios un valor

exagerado, hasta el grado de sobreponerlos a los intereses morales y sociales de los consortes;

"Que por cuanto a las causas que mencionan las fracciones I y II del articulo 227, es obvia su aceptacion en el nuevo articulo entre los motivos del divorcio;

"Que la causa que expresa la fraccion II del antiguo articulo 227, es indudablemente un indicante seguro de que el consorte que comete los actos de inmoralidad que dicha fraccion senala, ha llegado a un grado de perversion que lo incapacita, no solo para un comercio legitimo y honesto con el otro conyuge, sino que lo coloca en la imposibilidad de ser en familia el director moral de ella; pues no puede ser un ejemplo saludable para sus buenas costumbres el que se degrada hasta el extremo de perder todo sentimiento de honor y de pasar sobre los mas sagrados afectos, que deben ser siempre la base del hogar; pero, a la vez, debe tenerse en cuenta que no hay motivo para no formular una regla general que comprenda otros casos de perversion tan graves como los anteriores.

"Que si la enfermedad cronica o incurable, que sea tambien contagiosa o hereditaria; era, segun la fraccion XI del articulo 227, causa que ameritaba la separacion de los consortes cuando dicha enfermedad era anterior al matrimonio y no habia tenido conocimiento de ella el conyuge sano, no se ve la razon para que no sea ahora causa de divorcio; porque no debe olvidarse que si el bien publico requiere que el hogar

sea un centro donde se cultive la moral, tambien exige que no se convierta en un foco de propagacion de enfermedades contagiosas o hereditarias, que tendra indudablemente que extenderse a la sociedad, convirtiendose en un azote publico causando estragos tan graves y trascendentales como la depravacion o corrupcion de las costumbres; por lo cual hay verdadera necesidad de formular una regla, como la que contiene la fraccion IV del nuevo articulo 227;

"Que la fraccion de que se acaba de hacer merito, comprende tambien el caso en que uno de los consortes sea incapaz para llenar los fines del matrimonio, porque cuando dichos fines no pueden ser realizados, la union carece de objeto, y no hay el menor motivo para que, si bien muy lamentable, no tiene por que resentir la en su persona, si, por otra parte, no hay la abnegacion que puede imponerle el afecto, de hacer el sacrificio de su dicha personal para que su compania sirva de consuelo a la infelicidad de otro;

"Que tratandose del divorcio por mutuo consentimiento, la ley debe autorizarlo unicamente en los casos en que la experiencia de la vida conyugal haya demostrado, de una manera indudable, que seria imposible o altamente indebida la continuacion de la existencia comun, con grave detrimento, fisico o moral, de los conyuges o con graves perjuicios para la educacion de los hijos; que, por lo tanto, la ley debe prever la forma de llegar al mayor grado de certeza en cuanto a lo irreparable de las desavenencias y a la

imposibilidad de la vida comun, a cuyo efecto se hace necesario esperar el transcurso de tres años, durante el cual no puede concederse el divorcio por mutuo consentimiento, pues durante ese lapso de tiempo los conyuges habran tenido oportunidad de buscar la solucion de sus crisis transitorias o de sus desavenencias reparables, lo cual no se obtendria si se concediera esta clase de divorcio en los primeros años del matrimonio, que la experiencia ensena ser los años de prueba y de adaptacion para los caracteres de los conyuges. A este respecto, los nuevos artículos 233, 234 y 235 de la nueva ley, exigen que el procedimiento del divorcio por mutuo consentimiento este rodeado de ciertas solemnidades y formas que den al juez el convencimiento indudable de la firme decision y libre voluntad de los conyuges para divorciarse;

"Que por cuanto a los demas casos enumerados en el nuevo artículo 227 en su fracciones V, VI, VII, VIII y X, es obvia su admision como motivos para el divorcio, pues todos ellos implican la perdida absoluta del afecto, y por consiguiente, la imposibilidad de la vida conyugal en lo futuro, o la inconveniencia de que se continúe la existencia en comun, con detrimento de la personalidad de los conyuges y de la educacion de los hijos;

"Que por cuanto a la fraccion IX del nuevo artículo 227, se considera justo conceder al conyuge inocente el divorcio, cuando se le presenta delante un largo periodo de tiempo durante el cual va a estar enteramente privado de los

beneficios del matrimonio, y amenazado de soportar, en cambio, todo el peso de la vida durante un largo tiempo, que casi siempre consumira los mejores anos de su existencia;

"Que las demas modificaciones que se hacen al Codigo Civil, son las necesarias para que los efectos del divorcio conduzcan al fin de romper toda relacion entre los consortes por lo que toca a sus bienes, como se ve por su simple lectura, no habiendo necesidad de modificar lo relativo a las actas del Registro Civil, ni a la restitution de la dote, porque ya esta establecido que las sentencias de divorcio se anoten al margen de las actas de matrimonio porque, disuelto el matrimonio por el divorcio, este surtira el mismo efecto que hasta hoy ha producido la disolucion del matrimonio por muerte, a la disolucion de la sociedad legal por esta misma causa o por cualquiera otra;

"Que para evitar cualquiera mala inteligencia en los preceptos de la ley que no se ha creido necesario reformar, basta establecer que la palabra divorcio, que antes solo significaba la separacion de lecho y habitacion y que no disolvia el vinculo, hoy debe entenderse en el sentido de que este queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva union legitima.

DE LA PATRIA POTESTAD.

Expedida por el Primer Jefe de Ejercito Constitucionalista. Encargado del Poder Ejecutivo de la Nacion, el 9 de abril de 1917, publicada en el "Diario Oficial" de 14 al 11 de mayo, fecha en que entro en vigor.

Esta Ley fue abrogada o derogada por el articulo 9 transitorio del Codigo Civil de 1928.

CAPITULO XV.

ART. 238.- Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condicion, deben honrar y respetar a sus padres y demas ascendientes. (43)

ART. 239.- Los hijos menores de edad, no emancipados, estan bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella, segun la Ley.

ART. 240.- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legitimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos.

ART. 241.- La patria potestad se ejerce:

I.- Por el padre y la madre;

II.- Por el abuelo y la abuela paternnos;

III.- Por el abuelo y la abuela maternos.

ART. 242.- Solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entraran al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en el articulo anterior.

Si solo faltare una de las dos personas a que, en el orden indicado, corresponde la patria potestad, el que quede continuara en el ejercicio de ese derecho.

ART. 243.- Mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podra dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad judicial competente.

ART. 244.- A los que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligacion de educarle convenientemente.

Los que ejercen la patria potestad, tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente.

ART. 245.- Las autoridades auxiliaran a los padres en el ejercicio de esta y las demas facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridos para ello.

ART. 246.- El que esta sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligacion alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho.

CAPITULO XVI.

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO.

ART. 247.- Los que ejercen la patria potestad son legitimos representantes de los que estan bajo de ella, y tienen la administracion legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de la Ley.

ART. 248.- Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes sera el padre o el abuelo, pero consultara en todos los negocios a su consorte, y requerira su consentimiento expreso para los actos mas importantes de la administracion.

El padre o el abuelo, en su caso, representara tambien a sus hijos en juicio; pero no podra celebrar ningun arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con la autorizacion judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

ART. 249.- Los que ejerzan patria potestad tendran sobre los bienes del hijo, mientras dure la administracion, la mitad del usufructo de ellos.

ART. 250.- Los reditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres o abuelos entren en posesion de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, perteneceran a este, y en ningun caso seran frutos de que deberan gozar el que o los que ejerzan la patria potestad.

ART. 251.- El usufructo de los bienes concedido a los que ejercen la patria potestad lleva consigo las obligaciones que expresa el capitulo V de esta ley, y ademas las impuestas a los usufructuarios, con excepcion de la de afianzar.

ART. 252.- Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningun modo los bienes inmuebles y muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la autorizacion del juez competente.

ART. 253.- El derecho de usufructo concedido a los que ejercen la patria potestad se extingue:

I.- Por la mayor edad de los hijos;

II.- Por la perdida de la patria potestad ;

III.- Por renuncia.

ART. 254.- La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo sera considerada como donacion.

ART. 255.- Los que ejercen la patria potestad no tienen obligacion de dar cuenta de su gerencia mas que respecto de los bienes y frutos que no les pertenezcan.

ART. 256.- En todos los casos en que los que ejercen la patria potestad tengan un interes opuesto al de sus hijos menores, seran estos representados en juicio y fuera de el por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

ART. 257.- Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomara las medidas necesarias para asegurar que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destina, y para que el resto se invierta adquiriendo un inmueble, o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

ART. 258.- Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para asegurar los bienes del hijo, siempre que el que ejerce la patria potestad los administre mal, echandolos o haciendole sufrir perdidas de consideracion.

Estas medidas se tomaran a instancia de la madre o de la abuela, cuando fuere el padre o el abuelo el que administre, o del abuelo cuando fuere la madre la que estuviere administrando, o de los hermanos mayores del menor, o de este mismo cuando hubiere cumplido catorce anos, o del Ministerio Publico.

CAPITULO XVII.

DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

ART. 259.- La patria potestad se acaba:

I.- Por la muerte del que la ejerce, ni no hay otra persona en quien recaiga;

II.- Por la mayor edad del hijo:

III.- Por la emancipacion en los terminos del articulo 475.

ART. 260.- La patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la perdida de este derecho, y en los casos senalados por los articulos 94 y 99.

ART. 261.- Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio, si trata a los que estan en ella con excesiva severidad, no los educa,

o les impone preceptos inmorales, o les da ejemplos o consejos corruptores.

ART. 262.- La patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente en los casos II, II, y IV del artículo 299;

II.- Por la ausencia declarada en forma;

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión.

ART. 263.- Los que ejerzan la patria potestad conservan su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia han quedado suspensos en el ejercicio de ella.

ART. 264.- Los abuelos y abuelas pueden siempre renunciar a su derecho a la patria potestad o al ejercicio de esta; la cual, en ambos casos, recaera en el ascendiente o ascendientes a que corresponda según la ley. Si no los hubiere, se proveera a la tutela del menor conforme a derecho.

ART. 265.- El ascendiente que renuncia a la patria potestad no puede recobrarla.

ART. 266.- La madre o abuela viuda que ejerza la patria potestad perdera el derecho a ella, si vive en mancebia o da a luz un hijo ilegítimo. La abuela no tendra derecho a

entregar en el ejercicio de la patria potestad si viviere en manebia o diera a luz un hijo ilegítimo antes de que recaiga en ella ese derecho.

ART. 267.- La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveera a la tutela conforme a la ley.

ART. 268.- La tutela en ningún caso podrá recaer en al segundo marido.

ART. 269.- La madre o abuela, que volviese a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias. (44)

En el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común para toda la República en materia Federal, decretado por el Presidente Constitucional Plutarco Elías Calles, en 3 de enero de 1928, entro en vigor en el año de 1932. En dicho Código nos expone como dato importante, en su Capítulo X sobre el tema del divorcio, su artículo 283, que a la letra dice:

Art. 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

Primera. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y

XV del artículo 267, los hijos quedaran bajo la patria potestad del conyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedaran bajo la patria potestad de ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrara tutor.

Segunda. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XIV del artículo 267, los hijos quedaran bajo la patria potestad del conyuge inocente; pero a la muerte de este el conyuge culpable recuperara la patria potestad. Si los dos conyuges fueren culpables, se les suspendera en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrandola el otro al acaecer esta. Entretanto, los hijos quedaran bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrara tutor.

Tercera. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedaran en poder del conyuge sano, pero el consorte enfermo conservara los demas derechos sobre la persona y bienes de sus hijos. (45)

El tema de la patria potestad que hemos venido expresando en el cuerpo de este trabajo, sirve como indice directo de una jerarquia gradual, no considerada expresamente en el texto del artículo 267 deCodigo Civil, en las causales de divorcio, en las que no existe clasificacion alguna que determine cuales tienen mayor o menor gravedad. Mas sin embargo, la regla que estuvo vigente a partir de la

aplicabilidad del Código Civil en 1932, señalaba indirectamente formulas que establecían cierta jerarquía en cuanto a la trascendencia del divorcio, tenida cuenta que en todo el catálogo de las causales, con excepción de las previstas en su artículo 268 y en el divorcio voluntario, se consagraba la sanción de pérdida de la patria potestad, como consecuencia de ser culpable de la causal de divorcio.

El precepto que se consulta, realizaba una doble clasificación en los siguientes términos:

1.- Aquellos casos previstos en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV, del artículo 267 en las que el culpable del divorcio perdía para siempre el ejercicio de la patria potestad.

2.- Aquellas otras causas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, en los cuales el culpable del divorcio, aunque perdía la patria potestad, no lo era en forma definitiva ni para siempre, puesto que se anticipaba la posibilidad de que falleciera el conyuge inocente, a quien se le hubiere reservado el uso exclusivo de esa función, y así recuperaba esa función.

El examen del catálogo que hemos comentado en los párrafos que anteceden, nos permitieron elaborar un criterio en cuanto a la mayor o menor gravedad de la conducta que

provocaba el divorcio, y esos textos normaban las consideraciones y resoluciones de los jueces competentes.

Ahora bien, el índice preexistente ha quedado derogado de acuerdo con el contenido del nuevo artículo 283 del Código Civil, publicado en el Diario Oficial, de 1983, que en la actualidad preceptúa, reformas al Código Civil:

"ARTICULO PRIMERO.- Se reforma el artículo 283 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y se deroga el artículo 271 del referido ordenamiento, para quedar como sigue:

Art. 283.- La sentencia de divorcio fijara la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozara de las mas amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su perdida, suspension o limitacion, segun el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesarios para ello. El Juez observara las normas del presente código para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a quien legalmente tenga derecho a ellos, en su caso, o de designar tutor. (46)

Debemos hacer notar que es trascendental esta norma en la materia que se aborda en esta tesis, pues sin criterio alguno, sin parametro o línea que permita llegar a una

definición o conclusión, se suprimen las reglas anteriores y se otorgan al Juez Familiar facultades omnimodas para resolver lo que a su juicio sea procedente. De ahí que, sin normas objetivas, peligrosamente se reduzca al subjetivismo del Juez la decisión que priva a un padre o a una madre del delicado ejercicio de la función de la patria potestad.

La reforma reciente aun no nos permite calificar sus resultados; pero anticipamos que va a dar lugar a numerosísimos conflictos, cuya solución quedara a cargo de la jurisprudencia que tendrá que surgir. Mientras sostendremos la necesidad de reformar el texto actual y reintroducir las fórmulas que durante tantos años estuvieron vigentes, que cuando menos garantizaban a las partes, la certeza de los riesgos y consecuencias que tendrían que enfrentar los procedimientos del divorcio.

Por otra parte, siempre hemos sostenido que al contrario de lo que expusimos en los párrafos precedentes que el legislador de 1928 resolvió que la patria potestad se perdía en los términos del artículo 444 fracción III del Código Civil, el cual entraña conceptos difícilísimos de integrar y casi imposibles de acreditar en un procedimiento judicial, porque ese precepto plantea las siguientes hipótesis.

Art. 444.- La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la perdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o mas veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el articulo 283;

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sancion de la ley penal;

IV.- Por la exposicion que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por mas de seis meses.

CAPITULO V.
PATRIA POTESTAD

- (38) Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California.- Ed. Aguilar e Hijos 1871. pag. 22.
- (39) Calva Esteban.- Instituciones de Derecho Civil.- Ed. De Diaz de Leon y White Mexico 1874. pag. 22.
- (40) Código Civil del Distrito Federal y territorio de la Baja California.- Ed. Aguilar e Hijos 1884. Mexico. pag. 68.
- (41) Legislacion Pre- Constitucional de la Revolucion Mexicana.- Ed. Populares Mexico 1959. pag. 31.
- (42) Legislacion Pre-Constitucional de la Revolucion Mexicana.- Misma ob. cit. pag. 51.
- (43) Ley Sobre Relaciones Familiares.- Ed. Andrade 1980. Mexico. pag. 51.
- (44) Ley Sobre Relaciones Familiares.- Misma ob. cit. pag. 56.
- (45) Código Civil.- Ed. Porrúa. Mexico 1983. pag. 98.
- (46) Diario Oficial.- Mexico Diciembre 1983. pag. 20.

ACC.

VS.

CHPR.

ORDINARIO CIVIL.

DIVORCIO NECESARIO.

EXPEDIENTE

C. JUEZ VIGESIMO SEGUNDO DE LO FAMILIAR.

ACC por mi propio derecho ...

Que en la Via Ordinaria Civil, vengo a demandar de mi esposo CHPR, quien tiene su domicilio para los efectos del emplazamiento, en ...

a).- El divorcio necesario y como consecuencia del mismo, la disolucion del vinculo matrimonial que actualmente nos une, con todas sus consecuencias legales.

b).- La declaracion de que el demandado tiene obligacion de dar alimentos, tanto a mi menor hijo de nombre C. H. P. C., como a la suscrita, en la proporcion que establece la Ley, y como consecuencia de ello, que se fije a su cargo una pension alimenticia definitiva en favor del aludido menor y de la suscrita.

c).- La rendicion de cuentas respecto de todos los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal ...

d).- La disolucion de la sociedad conyugal, regimen bajo el cual contraje matrimonio con el hoy demandado y como consecuencia de dicha disolucion, la liquidacion y pago de la parte proporcional que me corresponde del patrimonio comun.

e).- El pago de las utilidades que he dejado de percibir y que me corresponden en proporcion con la participacion que tengo en la sociedad conyugal ...

f).- El pago de los intereses legales sobre las cantidades liquidas que resulten a mi favor desde la contitucion en mora hasta la total solucion del adeudo.

g).- El pago de los danos y perjuicios que el demandado ha ocasionado en el patrimonio de la suscrita por no haber percibido las utilidades que se reclaman en el presente juicio.

h).- El pago de los gastos y costas que el presente juicio origine, asi como los incidentes a que diere lugar.

Fundo esta demanda en las razones de hecho y consideraciones legales que enseguida se mencionan:

H E C H O S

1.- ... contraje matrimonio con el Senor CHPR, bajo el regimen de sociedad conyugal, tal y como lo acredito con la copia certificada del acta de matrimonio ... que obra en el

libro 7, foja numero 60, partida numero 60 del ano de 1965, levantada en el Juzgado del Registro Civil Decimo, certificacion que me fue expedida el dia 10 de septiembre anterior por el Jefe de la Oficina Central del Registro Civil.

2.- De nuestro matrimonio tenemos un hijo de nombre C. H. P. C., quien nacio ..., tal y como lo acredito con la copia certificada de la insercion que obra en la foja

3.- Nuestro ultimo domicilio conyugal quedo establecido en ...

4.- Desde el dia 20 de febrero del presente ano, el demandado CHPR, abandono nuestro domicilio conyugal que ultimamente establecimos, o sea, la casa marcada con el numero ..., sin que para ello mediara causa justificada alguna, configurandose por lo tanto, la causal de divorcio prevista en la fraccion VIII del articulo 267 delCodigo Civil vigente.

5.- Ahora bien, desde la fecha en que mi esposo abandono injustificadamente el domicilio conyugal, o sea, desde el dia 20 del mes de febrero del ano en curso, se ha negado injustificadamente a proporcionarme en forma suficiente alimentos, no obstante que posee medios economicos bastantes para ello y estar obligado a cubrirlos, tanto a mi menor hijo como a la suscrita, en los terminos de lo establecido por los articulo 162, 1164, 301, 302 y concordantes delCodigo Civil vigente en este lugar, configurandose igualmente la causal de divorcio prevista en la fraccion XII del articulo 267 del cuerpo legal invocado ...

6.- Consecuentemente, en concepto de la suscrita, la conducta de mi esposo hacia mi, revela con toda evidencia un grave desinterés hacia el estado matrimonial que nos une, por haber incurrido en forma reiterada en violación al mutuo socorro y consideración que los conyuges deben profesarse, al haber incurrido en las causales invocadas, por lo que con base en lo dispuesto por los artículos 267 fracciones VIII y XII del Código Civil vigente, proceda sus consecuencias legales, al pago de los alimentos que reclamo y a cubrir los gastos y costas que este juicio origine, así como al pago de las demás prestaciones que reclamo.

SEPARACION PROVISIONAL DE LOS CONYUGES.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 282 del Código Civil vigente, pido de Usted se decrete la separación provisional de los conyuges, tan solo mientras este juicio de divorcio y tomando en cuenta la naturaleza de las causales invocadas, pido de Su Señoría se prevenga al demandado señor CHPR a efecto de que se abstenga de molestarme, apercibiéndolo con la imposición de alguno de los medios de apremio previstos en el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles, sin perjuicio de formular denuncia ante las autoridades correspondientes.

DEPOSITO DEL MENOR.

Con apoyo en lo dispuesto por los artículos 275, 282 y concordantes del Código Civil vigente, pido de Su Señoría

que se decrete a mi favor la guarda y custodia del menor habido dentro del matrimonio de nombre C. H. P. C., autorizandolo para que permanezca a mi lado en forma provisional y tan solo mientras dure el procedimiento y a reserva de lo que sea resuelto en la definitiva. La suscrita considera procedente la medida en atencion a que todas las necesidades del menor se encuentran plenamente garantizadas, ya que en primer lugar, estara incorporado a mi lado, y en segundo termino, por separado solicitare la fijacion de una pension alimenticia provisional con base en lo que establecen los articulo 165 y 311 delCodigo Civil vigente. ASIMISMO, PIDO DE SU SENORIA QUE SE PREVENGA A MI ESPOSO EL SENOR CHPR, PARA QUE SE ABSTENGA DE MOLESTAR AL MENOR, APERCIBIENDOLO CON IMPONERLE UNA CORRECCION DISCIPLINARIA O DE FORMULAR DENUNCIA ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA EL CASO DE QUE DESOBEDEZCA LA ORDEN QUE AL RESPECTO SEA DECRETADA POR USTED.

DERECHO.

En cuanto al fondo, son aplicables los articulos 162, 163, 164, 165, 168, 172, 173, 177, 183, 187, 188 fraccion I, 194, 196, 267 fracciones VIII y XII, 269, 282, 283, 284, 285, 286, 301, 303, 310, 311, 2688, 2689, 2691, 2720 fraccion VII, 2726, 2728 y demas relativos y aplicables delCodigo de Procedimientos Civiles en vigor:

Por lo expuesto y con fundamento en los numerales invocados, A USTED C. JUEZ, atentamente pido se sirva:

que se decrete a mi favor la guarda y custodia del menor habido dentro del matrimonio de nombre C. H. P. C., autorizandolo para que permanezca a mi lado en forma provisional y tan solo mientras dure el procedimiento y a reserva de lo que sea resuelto en la definitiva. La suscrita considera procedente la medida en atencion a que todas las necesidades del menor se encuentran plenamente garantizadas, ya que en primer lugar, estara incorporado a mi lado, y en segundo termino, por separado solicitare la fijacion de una pension alimenticia provisional con base en lo que establecen los articulo 165 y 311 del Código Civil vigente. ASIMISMO, PIDO DE SU SENORIA QUE SE PREVENGA A MI ESPOSO EL SENOR CHPR, PARA QUE SE ABSTENGA DE MOLESTAR AL MENOR, APERCIBIENDOLO CON IMPONERLE UNA CORRECCION DISCIPLINARIA O DE FORMULAR DENUNCIA ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA EL CASO DE QUE DESOBEDEZCA LA ORDEN QUE AL RESPECTO SEA DECRETADA POR USTED.

DERECHO.

En cuanto al fondo, son aplicables los articulos 162, 163, 164, 165, 168, 172, 173, 177, 183, 187, 188 fraccion I, 194, 196, 267 fracciones VIII y XII, 269, 282, 283, 284, 285, 286, 301, 303, 310, 311, 2688, 2689, 2691, 2720 fraccion VII, 2726, 2728 y demas relativos y aplicables del Código de Procedimientos Civiles en vigor:

Por lo expuesto y con fundamento en los numerales invocados, A USTED C. JUEZ, atentamente pido se sirva:

PRIMERO.- Tenerme por presentada en los terminos del presente escrito, demandando de mi esposo prestaciones contenidas en el proemio de esta demanda.

SEGUNDO.- Con las copias simples exhibidas , pido que se corra traslado al demandado para que dentro del plazo de nueve dias, comparezca a defender sus derechos, apercibiendolo en los terminos del articulo 271 del Codigo de Procedimientos Civfles en vigor.

TERCERO.- Conceder a la suscrita y a mi menor hijo, el derecho de percibir una pension alimenticia provisional, fijando el porcentaje a cargo del demandado sobre las prestaciones ordinarias y extraordinarias que perciba en la empresa que se indica en el capitulo relativo, ordenando tambien que se gire el oficio correspondiente a efecto de que una vez que se practique el descuento en el porcentaje senalado por su Senoria, me sea entregada la suma que resulte.

CUARTO.- DECRETAR LA SEPARACION PROVISIONAL DE LOS CONYUGES Y PREVENIR A MI ESPOSO PARA QUE SE ABSTENGA DE MOLESTAR A LA SUSCRITA Y A MI MENOR HIJO, APERCIBIENDOLO CON LA IMPOSICION DE ALGUNO DE LOS MEDIOS DE APREMIO PREVISTOS EN EL ARTICULO 73 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, SIN PERJUICIO DE FORMULAR DENUNCIA ANTE LAS AUTORIDADES CORRESPONDIENTES.

QUINTO.- Decretar a mi favor, la guarda y custodia provisional de mi menor hijo, autorizandolo para que viva a mi

lado tan solo mientras dure el juicio y a reserva de lo que sea resuelto en la definitiva.

SEXTO.- Abrir el juicio a prueba concediendo a las partes el plazo legal para su ofrecimiento y rendicion.

SEPTIMO.- Con los demas tramites legales, dictar sentencia favorable a mis intereses en los terminos de lo reclamado en esta demanda.

PROTESTO LO NECESARIO.

Mexico, Distrito Federal, a trece de noviembre de mil novecientos ochenta.

EL JUEZ DE LA CAUSA DICTO EL SIGUIENTE AUTO DE ADMISION.

"Mexico, Distrito Federal, a veintiuno de Enero de mil novecientos ochenta y uno.

"Registrese el escrito de cuenta y con sus anexos formese expediente. Con fundamento en los articulo 114, 255 y 256 delCodigo de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se admite la demanda y con las copias autorizadas emplacese al demandado para que formule contestacion dentro de nueve dias. CON APOYO EN EL ARTICULO 282 DEL CODIGO CIVIL SE AUTORIZA LA SEPARACION PROVISIONAL DE LOS CONYUGES, HACIENDOLE SABER AL DEMANDADO SE ABSTENGA DE MOLESTAR A SU HIJO Y MADRE

DE ESTE, DESOBEDECE, SE LE APERCIBE QUE LE SERA IMPUESTA UNA MEDIDA DE APREMIO DE LAS QUE SENALA EL ARTICULO 73 DEL CODIGO ADJETIVO. Requierase al demandado para que al contestar la demanda manifieste lo que a su derecho corresponda respecto del Quinto petitorio. Gírense los oficios para los efectos de la pension alimenticia provisional que en su oportunidad se fijara conforme a lo establecido en el articulo 311 del Código Sustantivo. Por señalado el domicilio para recibir notificaciones y para oír las se autoriza a las personas mencionadas. Notifíquese. Lo proveyo y firma el C. Juez Vigésimo Segundo de lo Familiar, del Distrito Federal ...

AL SE EMPLAZADO EL DEMANDADO, IMPUGNO EL AUTO DE ADMISION EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

"Que por cedula de tres de los corrientes, el C. Secretario Actuario de ese H. Juzgado de su digno cargo, me ha corrido traslado del auto de admision de veintiuno de enero ultimo; emplazandome para contestar la demanda dentro del termino de nueve dias y previniendome para que me abstenga de molestar a mi Esposa e Hijo, apercibido de una de las medidas de apremio de las que estan señaladas en el Articulo 73 del Código de Procedimientos Civiles.

"El auto de admision me causa agravios, por lo que lo impugno mediante el recurso de apelacion, que debe admitirse en el efecto devolutivo, para lo que se senalo la demanda inicial y el auto apelado, a fin que mediante copia

que de ellos expidan, se turne a la Superioridad, para la tramitacion de la alzada.

"El recurso se funda en lo dispuesto por los Articulos 688, 689, 691, 692, 694, 697 y demas relativos del Codigo de Procedimientos Civiles.

"Por lo anteriormente expuesto y fundado, a Usted C. Juez, muy atentamente pido:

"I.- Tenerme por presentado con este escrito por mi propio derecho, interponiendo recurso de apelacion en contra del auto que admitio la demanda.

"II.- Admitir el recurso en el efecto devolutivo; teniendo por señaladas las constancias para integrar el testimonio de apelacion.

"III.- Remitir el testimonio al Tribunal Superior para la substanciacion del recurso.

"PROTESTO LO NECESARIO.

"Mexico, Distrito Federal, a siete de febrero de mil novecientos ochenta y uno.

AL CONTINUAR EL RECURSO, SE APERSONO ANTE LA H. DECIMO PRIMERA

SALA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL;
QUE FORMO EL TOCA 494/81, MANIFESTANDO:

Que por auto de veinticinco de junio anterior, publicado en el Boletin Judicial de veintiseis del mismo mes y ano, en el tramite del recurso de apelacion que oportunamente interpuse, se confirma la calificacion del grado hecha por el inferior y se ponen los autos a la vista del suscrito apelante por el termino de tres dias para expresar agravios, lo cual se me notifico personalmente en veintidos del actual.

En tiempo, continuo la Alzada, misma que tiene lo siguientes

A N T E C E D E N T E S :

I.- Por escrito de trece de noviembre de mil novecientos ochenta, mi esposa, ocurrio ante el C. Juez Vigesimo Segundo de lo Familiar, ejercitando accion para obtener del suscrito el divorcio necesario; asi como el pago de una pension provisional y definitiva; la perdida de la patria potestad sobre mi hijo menor; la disolucion de la sociedad conyugal, el pago de las utilidades que ha dejado de percibir con la participacion de la sociedad conyugal, el pago de los danos y perjuicios y danos y costas del juicio.

En el escrito de referencia, la actora hizo una prolija y falsa relacion de hechos en los que pretende fundamentar su accion y en la parte de SEPARACION PROVISIONAL

DE LOS CONYUGES, solicito se conminara al suscrito para que me abstenga de molestarla, asi como a nuestro hijo.

II.- El C. Juez Vigésimo Segundo de lo Familiar -que originalmente conocio el procedimiento- admitio la demanda, mediante proveido de veintiuno de enero del año en curso y dispuso se me hiciera prevencion para que me abstenga DE MOLESTAR A MI HIJO.

III.- Por diligencia de tres de febrero ultimo, se me corrio traslado del auto admisorio de la demanda; emplazandome para contestarlo, lo que oportunamente hice en tiempo.

IV.- Antes de contestar la demanda, por escrito de siete de febrero ultimo. interpuse recurso de apelacion en contra del auto admisorio, que es el que motiva esta Alzada, tenida cuenta que me causa los siguientes:

A G R A V I O S :

UNICO.- El auto impugnado viola en mi perjuico lo dispuesto por lo articulos 79, 81, 940, 941 y demas relativos del Codigo de Procedimientos Civiles, en relacion con lo dispuesto por los articulos 411, 412, 413, 422, 423, 444 fraccion I, 447 y demas relativos del Codigo Civil.

En efecto, basto la peticion de la actora para que el Juez a quo dispusiera prevenir al suscrito para que me ABSTENGA DE MOLESTAR A MI HIJO.

Desde luego debe decirse que el suscrito, se encuentra plenamente en ejercicio de la patria potestad que la Ley le otorga sobre la persona y bienes de su hijo. En consecuencia, tiene la obligacion y privilegio de desempeñar esa funcion para cuidar, proteger, orientar, educar, corregir y supervisar la conducta de su hijo menor. De ese privilegio, no puede separarseme, mas que por sentencia ejecutoriada. Sin embargo, el Juez natural -en forma notoriamente incongruente- decide que el suscrito NO DEBE MOLESTAR A SU HIJO.

A mayor abundamiento, la resolucioin impugnada no solo es incongruente con la demanda, sino que es tambien con cualquier disposicioin legal, ya que no existe ninguna formula objetiva que permita al Juez inferior el decretar que no puedo "MOLESTAR" a mi hijo, sin que se precise an que consiste esa conducta que se me veda, puesto que si en ejercicio de la patria potestad puedo y debo corregir a mi hijo y ello se traduce como una molestia entonces se estaria restringiendo un derecho que solo mediante resultado de la sentencia definitiva podria impedirse. Por otra parte, vaguedad y ambiguedad de la medida recurrida es ademas antinatural.

Las resoluciones judiciales deben ser congruentes, como lo dispone el articulo 81 de la Ley Adjetiva, pero no solo con los hechos, sino con el mismo derecho; no existiendo ninguna disposicioin legal que permita al Juez disponer la medida impugnada.

La medida apelada es contraria a lo dispuesto por el artículo 941 del Código de Procedimientos Civiles, que obliga al Juez de lo Familiar decretar las medidas que tiendan a preservar y a proteger a los miembros del núcleo familiar. No obstante lo anterior, el Juez ha dictado incongruentemente una orden vaga de "NO MOLESTAR" que en realidad es una medida disolutoria de la unidad familiar y que excluye de las funciones de protección y de cuidado a un padre que esta en pleno ejercicio de la patria potestad.

Las mismas medidas contrarian abiertamente lo dispuesto por los artículos 411, 412, 413, 422, 423 y demás relativos del Código Civil, cuyo artículo 444 señala los casos en los que la patria potestad se pierde (sin que el suscrito este en ninguno de ellos), y el 447 la fórmula de la suspensión de dicha patria potestad, cuya fracción III establece la sentencia condenatoria que imponga como pena dicha suspensión. Por todo ello, debe colegirse que la supuesta medida provisional decretada por el Juez Vigésimo Segundo de lo Familiar es notoriamente ilegal, porque pretende impedirme el ejercicio de la patria potestad, que solo puede suspenderse por sentencia. Este mismo criterio fue encontrado fundado por esa H. Sala en la sentencia del Toca 211/80 dictada en 14 de mayo de 1980, al tramitar la apelación interpuesta por M. C. A..

Por las razones antes expuestas, muy atentamente solicito se encuentre fundado el agravio que expreso, y se revoque la prevención decretada, por ser violatoria de las fórmulas legales que reclamo.

Resultan ademas aplicables los articulos 688, 692, 704, 714, 715 y demas relativos delCodigo de Procedimientos Civiles.

Por lo anteriormente expuesto y fundado, muy atentamente pido:

I.- Tenerme por presentado en tiempo, expresando los agravios que me causa el auto impugnado.

II.- Con la copia simple exhibida, dar vista a la parte apelada para que exprese lo que a su derecho convenga.

III.- En su oportunidad, dictar sentencia, declarando fundado el agravio expuesto y revocando la resolucion impugnada.

PROTESTO LO NECESARIO.

Mexico, Distrito Federal, a veintitres de julio de mil novecientos ochenta y uno.

LA SALA DEL CONOCIMIENTO, ENCONTRO FUNDADOS LOS AGRAVIOS EN LOS SIGUIENTES TERMINOS:

"Mexico, Distrito Federal, a veintiuno de octubre de mil novecientos ochenta y uno.

V I S T O, el Toca 494/81, para resolver el recurso de apelacion hecho valer por el Senor CHPR, en contra del auto de fecha veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y uno, dictado por el C. Juez Vigesimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, en los autos del juicio Oidinario Civil de Divorcio Necesario, seguido por la Senora ACC en contra del apelante Senor CHPR; y

R E S U L T A N D O :

1.- Con motivo de la demanda presentada por la Senora ACC, en contra del Senor CHPR, el Juez Vigesimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, con fecha veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y uno, dicto auto admisorio en los siguientes terminos: "Registrese el escrito de cuenta y con sus anexos formese expediente. Con fundamento en los articulo 114, 255 y 256 del Codice de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se admite la demanda y con las copias autorizadas emplacese al demandado para que formule contestacion dentro de nueve dias. Con apoyo en el articulo 282 del Codice Civil se autoriza la separacion provisional de los conyuges, haciendole saber al demandado se abstenga de molestar a su hijo y madre de este, si desobedece, se le apercibe que le sera impuesta una medida de apremio de las que senala el articulo 73 del Codice Adjetivo. Requierase al demandado para que al contestar la demanda manifieste lo que a su derecho corresponda respecto del Quinto petitorio. Girense

los oficios para los efectos de la pension alimenticia provisional que en su oportunidad se fijara conforme a lo establecido en el articulo 311 delCodigo Sustantivo. Por senalado el domicilio para recibir notificaciones y para oirlas se autoriza a las personas mencionadas. Notifiquese. Lo proveyo y firma el C. Juez Vigesimo Segundo de lo Familiar, del Distrito Federal, Licenciado JUAN BANDERAS TRIGOS, ante el Segundo Secretario de Acuerdo, Licenciado JOSE C. ROSALES SANCHEZ, que da fe.

2.- Emplazado que fue el demandado, por escrito presentado el nueve de febrero de mil novecientos ochenta y uno, interpuso recurso de apelacion en contra del auto citado, recurso que le fue admitido en el efecto devolutivo por el Juez del conocimiento, ordenando integrar el testimonio respectivo y su envio a esta Sala para la substanciacion de la Alzada.

3.- Recibido el testimonio, se ordeno la formacion del Toca, confirmandose el grado en que admitio la apelacion el Juez mencionado, poniendose los autos a la vista del apelante por el termino de Ley para que expresara agravios, los que formulo oportunamente y fueron contestados, citandose en su oportunidad para oir sentencia.

C O N S I E R A N D O .

1.- El recurrente hizo valer los siguientes agravios: "UNICO.- El auto impugnado viola en mi perjuicio lo dispuesto por los articulos 79, 81, 940, 941 y demas relativos

del Codigo de Procedimientos Civiles, en relacion con lo dispuesto por los articulos 411, 412, 413, 422, 423, 444, fraccion I,447, y demas relativos del Codigo Civil.- En efecto, basto la peticion de la actora para que el Juez a quo, dispusiera prevenir al suscrito para que me ABSTENGA DE MOLESTAR A MI HIJO.- Desde luego debe decirse que el suscrito, se encuentra plenamente en ejercicio de la patria potestad que la Ley le otorga sobre la persona y bienes de su hijo. En consecuencia, tiene la obligacion y privilegio de desempenar esa funcion para cuidar, proteger, orientar, educar, corregir, y supervisar la conducta de su hijo menor. De ese privilegio no puede separarse, mas que por sentencia ejecutoriada. Sin embargo, el Juez natural en forma notoriamente incongruente decide que el suscrito NO DEBE MOLESTAR A SU HIJO. A mayor abundamiento, la resolucioin impugnada no solo es incongruente con la demanda, sino que lo es tambien con cualquier disposicioin legal, ya que no existe ninguna formula objetiva que permita al juez inferior el decretar el que no puedo "MOLESTAR" a mi hijo, sin que se precise en que consiste esa conducta que se me veda, puesto que si en ejercicio de la patria potestad puedo y debo corregir a mi hijo y ello se traduce como una molestia entonces se estaria restringiendo un derecho que solo mediante resultado de la sentencia definitiva podria impedirse. Por otra parte, la gravedad y ambiguedad de la medida recurrida es ademas antinatural. -Las resoluciones judiciales deben ser congruentes, como lo dispone el articulo 81 de la Ley Adjetiva, pero no solo con los hechos, sino con el mismo derecho; no existiendo ninguna disposicioin legal que permita al Juez disponer la medida impugnada.- La medida apelada es contraria a lo dispuesto por el articulo 941 del

Codigo de Procedimientos Civiles, que obliga al Juez de lo Familiar a decretar las medidas que tiendan a preservar y a proteger a los miembros del nucleo familiar. No obstante lo anterior, el Juez ha dictado incongruentemente una orden vaga de "NO MOLESTAR" que en realidad es una medida disolutoria de la unidad familiar y que excluye de las funciones de proteccion y de cuidado a un padre que esta en pleno ejercicio de la patria potestad. Las mismas medidas contrarian abiertamente lo dispuesto por los articulos 411, 412, 413, 422, 423 y demas relativos del Codigo Civil, cuyo articulo 444 senala los casos en los que la patria potestad se pierde (sin que el suscrito este en ninguno de ellos), y el 447 la formula de la suspension de dicha patria potestad, cuya fraccion III establece la sentencia condenatoria que imponga como pena dicha suspension. Por todo ello, debe colegirse que la supuesta medida provisional decretada por el Juez Vigesimo Segundo de lo Familiar es notoriamente ilegal, porque pretende impedirme el ejercicio de la patria potestad, que solo puede suspenderse por sentencia. Este mismo criterio fue encontrado fundado por esa H. Sala en la sentencia del Toca 211/80 dictada en 14 de mayo de 1980, al tramitar la apelacion interpuesta por Martinez Castaneda Apolinar. Por las razones antes expuestas, muy atentamente solicito se encuentre fundado el agravio que expreso, y se revoque la prevencion decretada, por se violatoria de las formular legales que reclamo.

II.- El apelante en sus agravios esencialmente hace valer que el Juez indebidamente dicto, como medida provisional, el que el demandado se abstuviera de molestar a su hijo, lo cual "es incongruente con cualquier disposicion

legal", resultando ademas una orden vaga, que pretende impedirle el ejercicio de la patria potestad sobre su menor hijo.

Son parcialmente fundados los agravios, ya que, si bien la medida provisional decretada por el Juez, no implica la perdida de la patria potestad, como hace valer el apelante, tal medida no se encuentra debidamente fundada, ya que el articulo 282 delCodigo Civil, en que funda el Juez el auto admisorio, prescribe que los hijos de los divorciante se pondran al cuidado provisional de una persona, pudiendo ser uno de los propios divorciantes.

Al proveer el Juez el escrito de la actora, en el sentido de que se aperciba al demandado de no molestar a su hijo durante el procedimiento del juicio de divorcio en el que se ha invocado como causal el abandono de hogar, sin que en el escrito de demanda se relacionen malos tratos, por lo que la medida decretada, sale de los lineamientos del citado articulo 282; por lo que procede revocar, parcialmente, el auto apelado, suprimiendo la parte en que se le apercibe de no molestar a su hijo, y simplemente resolviendo, que tratandose de divorcio por abandono de hogar, y dado que no existen elementos que justifiquen tal medida, no ha lugar a acordarla de conformidad; resolviendose, en su oportunidad, sobre la custodia del hijo menor de las partes.

III.- Por no estar el caso comprendido dentro de los supuestos del articulo 140 delCodigo de Procedimientos Civiles, no se hace condena en costas.

Por lo expuesto y fundado se resuelve:

PRIMERO.- Se revoca parcialmente el auto de fecha veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y uno, dictado por el Juez Vigésimo Segundo de lo Familiar del Distrito Federal, en los autos del juicio ordinario civil de divorcio necesario seguido por la Señora ACC y el Señor CHPR, para quedar como sigue:

"Regístrese el escrito de cuenta y junto con sus anexos formese expediente. Con fundamento en lo dispuesto por los artículos 114, 255 y 256 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se admite la demanda y con las copias autorizadas emplácese al demandado para que formule contestación dentro del término de nueve días. Con fundamento en el artículo 282 del Código Civil, se autoriza la separación provisional de los conyuges, haciéndole saber al demandado se abstenga de molestar a su esposa, para el caso de desobediencia, se le apercibe que le será impuesta una medida de apremio de las que señala el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles, SIN QUE PROCEDA ACORDAR TAL MEDIDA RESPECTO AL HIJO MENOR DE LAS PARTES, CUYO CUIDADO SE RESOLVERA CONFORME LO PREVIENE LA FRACCION VI DEL CITADO ARTICULO 282 DEL CODIGO CIVIL.- Requierase al demandado para que al contestar la demanda, manifieste lo que a su derecho corresponda, respecto del Quinto punto petitorio de la demanda de la actora. Gírense los oficios que sean necesarios, para los efectos de poder fijar la pensión alimenticia provisional, en los términos del artículo 311 del Código Civil. Se tiene

por señalado el domicilio para recibir notificaciones y autorizando para oirlas, a las personas que se mencionan en el escrito de demanda. Notifíquese".

SEGUNDO.- No se hace condena en costas.

TERCERO.- Notifíquese y remítase testimonio de esta resolución y constancias de sus notificaciones al Juzgado de su origen y en su oportunidad archívese el toca.

A S I, por unanimidad de votos lo resolvieron y firman los Ciudadanos Magistrados que integran la Decimo Primera Sala del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Licenciados JOSE SANCHEZ CABRERA, EVA CASTANEDA DE ZAMBRANA Y BALDOMERA SANCHEZ CAMACHO, siendo Ponente en este asunto la ultima de los nombrados, ante el Ciudadano Secretario de Acuerdos de la Sala que autoriza y da fe.

CONCLUSIONES

1.- La Patria Potestad es un derecho natural y objetivo que es resultado de la paternidad y de la filiación.

2.- La Patria Potestad era un poder omnimodo, que ejercía el pater familias sobre todos los miembros de la comunidad familiar que le estaban sometidos.

3.- El poder que ejercía en tal forma el marido, incluía en él a su esposa, que por ello se encontraba bajo la potestad marita; ocupando la situación similar a la de los hijos.

4.- La Patria Potestad se originó como una facultad exclusiva del padre, sobre la persona y en su caso, los bienes de los hijos, estaba concebida para favorecer estrictamente los intereses del padre.

5.- En la actualidad existe un fenómeno de conversión, ya que se han invertido las posiciones de la relación paterno filial.

6.- En la legislación vigente, la Patria Potestad se inspira en la protección de los hijos, y por tanto de la familia.

7.- Encontramos ahora que la Patria Potestad se ha transformado; habiendo dejado de ser un derecho del padre, para convertirse en una obligación. Ella se impone a ambos padres (hombre y mujer) la responsabilidad de proteger, educar, corregir, orientar, castigar, alimentar a los hijos menores.

8.- Los hijos menores tienen a su favor, reciprocamente de ser los beneficiarios de las obligaciones del ejercicio de la Patria Potestad.

9.- La Patria Potestad se desempeña como "Funcion social" en beneficio del nucleo familiar.

10.- El Juez, es el funcionario que tiene la responsabilidad de administrar justicia a los particulares, mediante la interpretacion y aplicacion de la Ley.

11.- El Juez de lo familiar esta facultado para dictar de oficio las disposiciones que considere pertinentes, para preservar y proteger a los miembros de una familia.

12.- En la mayoria de los casos, considero que los jueces de lo familiar, se exceden resolviendo sobre las medidas provisionales, como en el caso concreto que expuse en el que el Juez ordena que el Padre no moleste a sus hijos.

13.- El que un Juez impida a uno de los Padres que se abstenga de molestar a sus hijos con el solo apoyo de un auto admisorio, define una situacion en la que a este conyuge

le estan restringiendo sus derechos como Padre, sin tener aun Sentencia ejecutoriada en donde lo condenen a la perdida de la Patria Potestad, (estas medidas no preservan ni protegen a la familia; por el contrario la desintegran).

14.- Ningun Juez de lo Familiar puede con base en una medida provisional restringir a los padres el ejercicio de la Patria Potestad sobre sus menores hijos.

15.- Ningun hijo se le puede impedir por medio de una medida provisional, el disfrutar del cuidado de uno de sus padres.

16.- El Juez de lo familiar esta obligado a decretar medidas que tiendan a preservar y a proteger a los miembros del nucleo familiar.

17.- El Juez de lo familiar no esta facultado para dictar medidas que puedan restringir de los derechos que gozan tanto los padres para con sus hijos, como tambien de los hijos para con sus padres.

BIBLIOGRAFIA GENERAL.

- Aubry y Rau. Droit Civil Francais.- Editorial Techniques, S. A. Paris 1953.
- Calva Esteban.- Instituciones de Derecho Civil. Editorial Diaz de Leon White.- Mexico 1974.
- Castan y Tobenas Jose.- La Condicion Social y Juridica de la Mujer.- Editorial. Reus. Madrid 1955.
- Cicu Antonio.- El Derecho de Familia. Vol. I. Editorial Ediar, Buenos Aires 1947.
- Cicu Antonio.- La Filiacion.- Editorial Helenica Madrid 1930.
- Codigo Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.- Editorial Aguilar.- Mexico 1897.
- Codigo Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California.- Editorial Aguilar.- Mexico 1906.
- Codigo Civil.- Editorial Porrúa.- Mexico 1983.
- Codigo Civil del Distrito Federal y Territorios Federales.- Editorial Talleres Graficos de la Nacion.- Mexico 1928.
- Colin Ambrosio y H. Capitant.- Curso Elemental de Derecho Civil. Editorial Reus. Madrid 1952.
- Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos.- Editorial Porrúa.- Mexico 1983.
- Cornejo Mariano H.- Sociologia General. Tomo I. Editorial Aguilar. Mexico 1934.
- Cornejo Mariano H.- Sociologia General. Tomo II. Editorial Aguilar. Mexico 1934.
- Diario Oficial.- Mexico 27 diciembre 1983.
- Fernandez Clerigo Luis. El Derecho de Familia en la Legislacion Comparada. Editorial Hispano-Americana

Mexico 1947.

Josserrand Louis.- Derecho Civil.- Editorial. Bosch y Cia. Buenos Aires 1952.

Kipp Theodor y Martin Wolff.- Derecho de Familia
Editorial Bosch y Cia. Barcelona 1952.

Legislacion Pre-Constitucional de la Revolucion
Mexicana.- Ediciones Populares del Gobierno de
Jalisco.- Mexico 1959.

Ley Sobre Relaciones Familiares.- Editorial Andrade
Mexico 1980.

Lopez de Carril Julio J.- Legitimacion de los Hijos
Extra-Matrimoniales.- Editorial Roque Depalma.-
Buenos Aires 1960.

Magallon Ibarra Jorge Mario. El Matrimonio. Ed.
Tipografica Mexicana, S. A. Mexico 1965.

Oderigo Mario.- Sinopsis de Derecho Romano.
Editorial Roque Depalma. Buenos Aires 1957.

Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.
Editorial Robredo. Mexico 1959.

Rojina Villegas Rafael.- Derecho Civil Mexicano.
Vo. II. Editorial Robredo. Mexico 1962.

Teran Lomas Roberto.- Los Hijos Extramatrimoniales.
Editorial Tipografica Argentina. Buenos Aires 1954.

Zanon Masdeu Luis.- La Separacion Matrimonial de
Hecho.- Editorial Hispano Europea. Racelona 1974.