

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**LA SITUACION JURIDICA
DE LOS HIJOS
FRENTE AL POSTERIOR MATRIMONIO
DE SUS PADRES**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA EL SEÑOR**

Jorge Castillo Reyna

MEXICO, D. F.

1 9 6 9



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA SITUACION JURIDICA
DE LOS HIJOS
FRENTE AL POSTERIOR MATRIMONIO
DE SUS PADRES

Jorge Castillo Reyna

MEXICO, D. F.

1969

Soledad Reyna Aguilera
A cuyo anhelo, abnegación
y sacrificio debo la realiza-
ción y culminación de mis es-
tudios.

A MIS PADRES CARINOSAMENTE

Joel Valois Alzúa.
Quien con su trabajo y cari-
ño, siempre hizo honor virtuo-
samente al grado de llamarle
"padre".

A mi esposa, e hijas que con
su cariño siempre me alenta-
ron, esperando conmigo este
momento

A mi hermano el
Lic. Jaime Castillo Reyna
Afectuosamente y cuyas metas
siempre trataré de superar.

A toda la familia y amigos
que siempre me alentaron a
seguir adelante

A la generación 56 de abogados quienes juntos gozamos y sufrimos los días de estudiantes

A MI QUERIDA FACULTAD DE DERECHO

A todos los maestros de la Facultad, a quienes nos debemos y especialmente al Lic. Iván Lagunes, Director de esta Tesis

P R O L O G O

La presente tesis, fue elaborada bajo el convencimiento del deber ético y jurídico de proteger a los hijos menores de edad, cuando sus padres contraen un nuevo matrimonio o que lo contraen con persona distinta a aquella con quien fueron procreados. Pues debido a tal circunstancia, en muchos casos quedan desprotegidos, ya que nuestra legislación, no establece obligaciones a la relación padrastros-hijastros lo cual ocasiona frecuentemente que se impida la reintegración familiar por causa del nuevo vínculo.

Por ser este el primer trabajo, fruto de los conocimientos adquiridos en las aulas de esta facultad y la escasa experiencia jurídica, ruego al H. Jurado su benevolencia para esta tesis, que presento para obtener el título de Licenciado en Derecho. Pues tal vez carezca de la fluidez y precisión jurídica requerida, pero que dados sus conocimientos, tanto del tema como del Derecho en general, no creo que se les dificulte su comprensión.

LA SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS FRENTE AL POSTERIOR MATRIMONIO DE SUS PADRES

C A P I T U L O P R I M E R O

LA PERSONALIDAD JURIDICA.

1.—Concepto y definición. 2.—Principio de la personalidad. 3.—Atributos de la personalidad referidos a los hijos: a) El nombre, b) El domicilio, c) El patrimonio y d) El estado civil.

C A P I T U L O S E G U N D O

LOS HIJOS EN LA FAMILIA

1.—La familia. a.—Origen de la familia, b.—Formas de organización familiar. 2.—El matrimonio. Concepto y Evolución. 3.—Las relaciones de padres e hijos dentro de la familia.

C A P I T U L O T E R C E R O

SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS EN CASO DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

1.—Por muerte de uno de los cónyuges. 2.—Por divorcio. A.—La separación de cuerpos, B.—El divorcio vincular, 3.—Por nulidad del matrimonio. 4.—El problema visto por el derecho comparado.

C A P I T U L O C U A R T O

SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS FRENTE AL NUEVO MATRIMONIO DE SUS PADRES

1.—El problema en cuanto a la persona del menor. 2.—Su situación respecto a la patria potestad. 3.—La obligación del nuevo cónyuge en tal situación.

C O N C L U S I O N E S

B I B L I O G R A F I A

CAPITULO PRIMERO

LA PERSONALIDAD JURIDICA

1.—Concepto y definición. 2.—Principio y fin de la personalidad. 3.—Atributos de la personalidad referidos a los hijos:
a) Nombre, b) Domicilio, c) Patrimonio y d) Estado civil.

1.—Concepto y definición.— El estudio referente a la situación jurídica de los hijos frente al nuevo matrimonio de los padres, precisa analizar los derechos que corresponden a aquellos como personas en general, lo cual obliga a hacer un desglosamiento de los términos persona y personalidad.

El vocablo persona tuvo su origen en Roma, pues informa Eugene Petit (1) que "designaba en el sentido propio, la máscara de la cual se servían en escena los actores romanos para dar amplitud a su voz (personare). De aquí se empleó en sentido figurado para expresar el papel que un individuo puede desempeñar en la sociedad; por ejemplo, la persona del jefe de familia, la persona del tutor, etc., pero estas personas sólo interesan a los jurisconsultos en el sentido de los derechos que pueden tener y obligaciones que les sean impuestas. En otra significación más extensa se entiende por persona todo ser susceptible de derechos y obligaciones".

Actualmente, persona es todo ser humano, libre, dado que la esclavitud está abolida en todas las sociedades del mundo.

No obstante todavía existe un sometimiento a la autoridad paterna o marital, pues aunque todos somos libres por esencia, reconocemos un sometimiento de los hijos ante los padres, de la esposa ante el esposo y de toda la familia hacia una persona determinada por su edad o respetabilidad, pero las leyes garantizan igualdad de derechos entre todos los seres humanos.

Sin embargo, hoy día los autores están de acuerdo en considerar también la siguiente clasificación de las personas: A las personas individualmente se les denomina personas físicas y cuando se organizan colectivamente, conforme a la ley, se les llama personas morales o jurídicas.

La persona física es el ser humano y las colectivas son la nación, los Estados, etc. y las demás citadas por el artículo 25 del Código Civil, y como la actividad individual se desempeña cada día más, en forma colectiva, las personas morales toman cada vez mayor importancia en la vida jurídica.

(1) Petit Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano" Editora Nacional, México, 1953, Pág. 75.

Se ha dicho, que las personas físicas gozan de capacidad de ejercicio y capacidad de goce, y que esta capacidad casi concuerda con la de las personas morales, pero se distingue en dos aspectos, según Rafael Rojina Villegas (2) a saber:

a.—En las personas morales no puede haber incapacidad de ejercicio, toda vez que ésta depende exclusivamente de circunstancias propias e inherentes al ser humano, tales como la minoría de edad, la privación de la inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, la sordomudez unida a la circunstancia de no saber leer o escribir, la embriaguez consuetudinaria o el abuso inmoderado y habitual de drogas y enervantes.

b.—En las personas morales su capacidad de goce está limitada en razón de su objeto, naturaleza y fines.

En fin, podemos formular como regla general que estas entidades no pueden adquirir bienes o derechos ni reportar obligaciones que no tengan relaciones con su objeto y fines propios. Así el artículo 27 Constitucional en sus fracciones III, IV y V, da reglas para determinar la capacidad de goce de las personas morales, el artículo 26 del Código Civil dispone que “las personas morales sólo pueden ejercitar todos los derechos necesarios para realizar el objeto de su institución”, y el artículo 10 de la ley de Sociedades Mercantiles, dice que “los administradores no podrán realizar operaciones extrañas al objeto de la sociedad”.

En este estudio sólo interesa la personalidad física, única susceptible de poseer un estado civil, marco en el que queda encuadrada la presente tesis.

2.—Principio y fin de la personalidad.

Después de definir a la personalidad como la aptitud de contraer derechos y obligaciones, determinaremos cuándo principia y cuándo termina la personalidad.

Existen diversas opiniones respecto a cuándo se inicia la personalidad, pues mientras unos autores aceptan el momento de la concepción, otros el del nacimiento o de éste aunado a la viabilidad.

Al respecto el artículo 22 del Código Civil establece que “la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código”.

(2) Rojina Villegas Rafael. “Compendio de Derecho Civil”
Editorial Librería Robredo, México, 1964, Vol. I Pág. 155.

Rojina Villegas nos hace ver, que este artículo contiene una ficción jurídica al afirmar que desde el momento en que un individuo es concebido entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido. Ello es debido al influjo del Derecho Romano sobre la legislación española y de ésta sobre nuestro derecho. (3)

Es así como nuestra legislación concede la personalidad al embrión humano antes de nacer para ciertas consecuencias de derecho y esta es principalmente la capacidad para heredar.

Nicolás Coviello, dice que "la personalidad del hombre comienza con el nacimiento, que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno; pues este es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independiente de la que corresponde a la madre. Por eso no basta que salga únicamente la cabeza; pero, por otra parte, no es necesario que se haya cortado el cordón umbilical". (4) Este autor niega la personalidad al ser en el momento de la concepción.

Otro tanto afirma José Maldonado y Fernández del Torco pues según el artículo 29 del Código Civil Español, el establecer el beneficio de que el concebido se le tenga por nacido, no quiere decir, que debe considerársele ya como persona; y aun menos si se tiene en cuenta que este beneficio sólo se le concede en el caso de que sea viable. Asegura dicho autor que, "si no parece posible atribuirle en absoluto la categoría de persona jurídica, tampoco creo que coloca el problema en su planteamiento más claro, el acudir a una figura de capacidad limitada o pendiente. La capacidad jurídica sólo la tendrá desde el nacimiento, si reúne las condiciones del artículo 30 (del Código Civil Español que se refiere a la viabilidad), antes de éste, el derecho hará producir ciertos efectos en el mundo jurídico, como si el concebido existiera realmente, pero sin colocarlos sobre una base de substancia personal del mismo. En estos efectos la ley más que atribuir desde luego derechos al concebido, tiende a limitar los de los demás en atención al futuro bien de ese ser que aún no ha nacido" (5).

Esto es correcto como también lo es la solución que ha dado al efecto nuestro Código Civil en sus artículos 22, 337 y 1314, en el sentido de considerar al feto con ciertos derechos sujetando la concepción a la condición de que el feto nazca viable.

Esas disposiciones están en lo justo porque garantizan los derechos del concebido a la vez que también los de los demás herederos en caso de falta de viabilidad del recién nacido. Esto es,

(3) Rojina Villegas, R., ob. cit., Pág. 159

(4) Coviello N., "Doctrina General del Derecho Civil"

Trduc. F. J. Tena Ed. UTEHA, México, 1938, Pág. 158.

(5) Rojina Villegas, R., ob. cit., Pág. 160.

que en el caso del concebido, se le debe garantizar sus derechos a la herencia, de recibir legados y donaciones, pues son éstos los principales derechos del concebido.

En el Derecho Romano se consideraba a las personas no nacidas como inciertas, y por lo tanto incapaces de heredar; los hijos no nacidos aun en el momento de la confección del testamento, eran llamados póstumos.

“De esto resultaban graves consecuencias. El padre de familia que hacía un testamento estando su mujer encinta no podía instituir al hijo de antemano, y el testamento quedaba roto por el nacimiento de ese hijo, es decir, de un heredero suyo que no había podido ser instituido ni desheredado. El Derecho Civil, para remediar este inconveniente, permitió en buena hora al jefe de familia instituir o desheredar a los póstumos suyos, los que nacen del testador herederos suyos” (6).

Según vemos, en el Derecho Romano se tendía a proteger al ser concebido, a fin de evitar que al nacer quedara desposeído de sus derechos hereditarios, sujetando el hecho del nacimiento a la viabilidad pues no era suficiente que naciera, sino, además, que pudiera vivir. “La ruptura sólo se producía si había omitido un póstumo suyo nacido viable”. (7)

Podemos concluir que la personalidad comienza con el nacimiento siempre que el nacido muestre aptitud para seguir viviendo, aunque se pueden retrotraer los efectos jurídicos al momento de la concepción, a fin de garantizar a la persona ciertos derechos tales como la vida, herencia, legados y donaciones.

Por lo que se refiere a la conclusión de la personalidad, la mayoría de los autores opinan en el sentido de que la personalidad se extingue con la muerte; lo mismo afirma nuestro Código Civil en su artículo 22.

Para Rafael de Pina (8), por ejemplo, la muerte “es la causa extintiva única de la capacidad abstracta del sujeto de Derecho, pero no así de las relaciones jurídicas anteriores al hecho del fallecimiento”.

Agrega Rojina Villegas (9) que “así como el nacimiento o la concepción del ser determinan el origen de la capacidad y por lo tanto, de la personalidad, la muerte constituye el fin. Sin embargo, puede darse el caso de que la muerte, por ignorarse el momento en que se realizó, no extinga la personalidad; esto ocurre, en las personas ausentes”.

(6) Petit, Eugene, ob. cit., Pág. 525.

(7) ibidem, Pág. 535.

(8) De Pina Rafael, “Elementos de Derecho Civil Mexicano” Ed. Porrúa, S. A. México 1963, Vol. I Pág. 209.

(9) Rojina Villegas, R., ob. cit., Págs. 162 y 163

“Como se ignora si el ausente vive o ha muerto, la ley no puede determinar la extinción de la personalidad con un dato incierto. El único sistema entonces, consiste en formular presunciones de muerte; se regulan ciertos períodos en la ausencia, primero, declarar que el individuo se encuentra ausente para todos los efectos legales, pues no basta la ausencia de hecho, debe haber la declaratoria judicial de ausencia y, para ello se toma en cuenta el transcurso de ciertos plazos. Una vez que se declara la ausencia, corren otros plazos hasta llegar a la presunción de muerte y hasta que se constituya ésta, cesa la personalidad”.

Pero a pesar de lo anterior, cuando el sujeto aparece se destruyen los efectos relacionados con la presunta muerte, y los bienes que habían pasado a sus herederos, regresan a su patrimonio. En caso de establecerse la muerte con certeza, los efectos jurídicos se referirán a la fecha de la muerte real, quedando todo lo diligenciado con anterioridad sin valor jurídico. Esto porque la presunción de muerte puede ser anterior o posterior a la muerte real, originando un caso en el cual el sujeto puede haber sido orivado de personalidad, aún en vida, o se puede seguir reconociendo personalidad a un ser que haya muerto.

3.—Atributos de la personalidad referidos a los hijos.

Hemos dicho que persona es todo ser capaz de adquirir derechos y obligaciones y como los hijos son personas al igual que todo ser humano, mientras reúnan las condiciones que exige la ley, por lo mismo gozan de iguales prerrogativas o atributos y estos son: a) Un nombre, b) Un domicilio, c) Un patrimonio y d) Un estado Civil (10).

Los Hermanos Mazeaud consideran que “el estado civil de una persona fija su identidad jurídica; el nombre permite reconocerla y designarla; el domicilio permite encontrarla. El estado civil, el nombre y el domicilio son los signos reveladores de la personalidad”.

“El patrimonio es considerado también como un atributo de la personalidad y así debe ser, pues todo individuo, toda persona, es capaz de tener derechos y obligaciones, y el patrimonio también se constituye de derechos y obligaciones, por lo cual es atribuible a las personas” (11).

a) El nombre es uno de los principales atributos de la personalidad y los mismos hermanos Mazeaud lo definen como “uno de los signos reveladores de la personalidad que sirve para reconocerla y designarla”.

(10) De Pina, Rafael, ob. cit., Pág. 210.

(11) Mazeaud Hns. “Lecciones de Derecho Civil” Editorial Jurídica Europa y América, Buenos Aires, 1959 part. I Vol. IV, Pág. 28.

Este atributo tiene la característica de indisponibilidad, es decir, no puede enajenarse ni heredarse, sino que "el derecho al nombre es un derecho subjetivo de carácter extrapatrimonial, es decir, no es valorable en dinero ni puede ser objeto de contratación, se trata de una facultad jurídica que no es transmisible hereditariamente y que no figura dentro del patrimonio del difunto. Podemos considerar que este derecho no depende de la vida de la persona, pues el nombre patronímico pertenece a una familia, y por lo tanto, no está referido exclusivamente a la existencia de un individuo" (12), por esto no es posible establecer un derecho de propiedad sobre el nombre, pues éste no es tangible ni está dentro del comercio y por su propia naturaleza es inmaterial.

Coviello (13) agrega "que el nombre no puede considerarse como un derecho de propiedad ni como un derecho patrimonial cualquiera; porque el nombre no es un objeto exterior a la persona ni tiene por sí valor patrimonial; es por lo contrario un derecho de índole personal. Las personas no deben confundirse con otras ni en el bien ni en el mal, y por eso tienen derecho a conservar aquel signo que según los usos sociales se reputa idóneo para mantenerla distinta. De su fin práctico, se infiere que una vez adquirido no puede cambiarse arbitrariamente; de otro modo lo que puede servir para diferenciar, resultaría fuente inagotable de confusiones. El derecho al nombre, además de tener importancia en las relaciones de derecho privado, la tiene también en las de derecho público. Además de ser un derecho, es también un deber, porque el interés público exige que una persona no se confunda con otra".

Por tal motivo "el que tiene derecho a un nombre, puede usarlo en todas las manifestaciones de su actividad y puede excluir de su uso a cualquiera que no tenga derecho. Y con ese fin, puede comparecer en juicio, ya para hacer que cesen las molestias o perturbaciones que otro le causa o para impedir que se use legítimamente. La primera acción puede llamarse de reclamación de nombre y la segunda de contradicción del nombre" (14).

De lo anterior deducimos que este derecho es a la vez una obligación que debe atribuirse a todos los individuos, y por lo tanto a los menores. Estos, en su calidad de hijos, tienen derecho a usar el nombre de sus padres desde su nacimiento, por ser miembros de una familia, pues el nombre se transmite de generación en generación pero no en calidad de herencia.

b) El atributo domicilio se define como el lugar en que una persona reside habitualmente con el propósito de radicar en él (15).

(12) Rojina Villegas, ob. cit., Pág. 194.

(13) Coviello N., ob. cit., Pág. 187.

(14) Coviello, N., ob. cit., Pág. 188.

(15) Rojina Villegas R., ob. cit., Página 187.

Para Josserand el domicilio completa la identificación de la persona que el apellido contribuye a asegurar; por lo mismo todo individuo que tiene un nombre y un apellido debe tener una sede legal en la cual se ha de considerar siempre como presente, aun cuando de hecho se encuentre momentaneamente alejado de ella (16).

Para este autor el verdadero objeto del domicilio es el señalar un lugar en el cual se han de considerar siempre como presentes a los sujetos de un derecho u obligación.

Nuestra legislación regula el domicilio en los artículos 29 a 34 del Código Civil, dándonos reglas para su determinación y lo define como "el lugar donde reside una persona con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle".

En su artículo 30 dicho código nos habla de la presunción de domicilio, en caso de residir por más de seis meses en un lugar, en los artículos siguientes precisa los domicilios legal y convencional. De estos preceptos se deducen tres tipos de domicilio: el voluntario, el legal y el convencional.

El domicilio voluntario es el que se elige y puede cambiar la persona a su arbitrio.

El domicilio legal es aquel que fija la ley a una persona para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente, art. 31.

El domicilio convencional lo fija el artículo 34 y es el que se designa para el cumplimiento de determinadas obligaciones.

Ahora bien, si el domicilio es atribuido a las personas, a los menores en su calidad de personas también se les atribuye un domicilio y así lo establece el artículo 32, en sus fracciones I y II, que dicen:

"Se reputa domicilio legal: fracc. I del menor no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto; Fracc. II, Del menor que no esté bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor".

Hemos de señalar que la ley al fijar el domicilio de los menores, éstos no pueden voluntariamente cambiar de domicilio, si no es con el consentimiento de quien ejerce la patria potestad; lo mismo podemos afirmar del domicilio convencional.

(16) Josserand, L. "Derecho Civil" Editorial BOSCH Buenos Aires 1951-2 T. I. Vol. I, Pág. 196.

Es de suponer que así lo dispuso el legislador con miras a evitar perjuicios a los menores, que por falta de experiencia abandonen el hogar paterno y pretendan sustraerse a las obligaciones y derechos que les confiere la patria potestad, ya que ésta presupone la guarda y corrección a cargo de los padres, lo que sólo es posible realizar correctamente si habitan en el hogar paterno.

El cambiar voluntariamente de domicilio sólo puede llevarse a cabo con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o de la autoridad judicial.

c) Para definir el patrimonio que es otro atributo de la personalidad, los autores se han dividido en dos corrientes: subjetivistas y objetivistas.

Los primeros sostienen la teoría clásica, llamada también personalista. "Estos consideran al patrimonio como reflejo de la personalidad, pues lo conciben "como el conjunto de bienes o riquezas que corresponden a una persona o como el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a un solo titular, pero afirman, sin embargo, que cuando se habla de patrimonio como atributo de la persona se hace referencia más bien que al patrimonio, en su consideración económico-jurídica, a la capacidad patrimonial o de tener un patrimonio; es decir, a la facultad o aptitud potencial para adquirirlo". Los segundos o sea los que están a favor de la teoría objetiva o económica "defienden la existencia de patrimonios sin objeto, conciben el patrimonio como una individualidad jurídica propia, sin tomar en cuenta el hecho de que esté unido o no a una persona" (17).

Me adhiero a la teoría subjetiva por considerar que los seguidores de la teoría objetivista o económica del patrimonio, están en un error, cuando estiman al patrimonio como una "individualidad jurídica propia, sin tener en cuenta el hecho de que esté unido o no a una persona", ya que todo bien, todo derecho, existe en cuanto pertenece a una persona o a una colectividad, pues de otro modo no tendría objeto hablar de un patrimonio que nadie quiere o sería equiparar al patrimonio con las personas, lo cual es falso, por ser el patrimonio un atributo o derecho inherente a las personas.

Por tal motivo, conclúyese que los hijos tienen derecho al patrimonio y que este se constituye por la facultad de recibir de sus padres alimentos, educación, etc., además de los bienes y beneficios que su propia capacidad les proporcione. Esto lo confirma Rafael de Pina cuando sostiene que el patrimonio "es un atri-

(17) De Pina Rafael. ob. cit., Pág. 215.

buto de las personas, pero que su contenido no es exclusivamente pecuniario, siendo esto lo que permite sostener que toda persona es sujeto de un patrimonio" (18).

d) El estado civil es un atributo muy importante para las personas, dada la gran trascendencia de su contenido y de las relaciones que regula. "Se llama estado civil de una persona, a ciertas condiciones que la ley toma en consideración para atribuirles efectos jurídicos" (19).

La mayoría de los autores aceptan un triple enfoque del estado civil y dicen que se puede estudiar desde tres puntos de vista o relaciones: Primero, desde el punto de vista de las relaciones con la agrupación política, en segundo lugar desde las relaciones con la familia y por último, desde las relaciones meramente personales.

Dice Bonnacasse después de aceptar este triple enfoque, que "el estado civil contribuye a la individualización de la persona, uniéndola a un grupo social determinado, y que este grupo puede ser el Estado o la familia". "Dentro de la relación con el Estado se puede ser nacional o extranjero y dentro de la nación se es ciudadano o no, a esta relación se le llama estado político".

La segunda relación se denomina estado de familia, dice el autor citado, y se "descompone en estado de esposo, pariente por afinidad, o sea la relación de los esposos con los parientes del otro, pariente consanguíneo o sea la descendencia de un tronco común".

El estado personal es aquel que resulta de una simple comparación entre una persona y las demás o entre estados sucesivos de la persona" (20).

Hasta aquí los autores están de acuerdo, pero difieren en cuanto a si la capacidad forma parte del estado de las personas o si son aspectos diferentes que deben considerarse jurídicamente en forma separada.

Bonnacasse acepta que debe hacerse una distinción, en virtud de que en el estado de las personas sólo se atiende a la relación que guardan en un grupo determinado, la nación o la familia, sin tomar en cuenta la aptitud de las mismas para adquirir o ejercitar derechos y obligaciones, afirmando que al referirse a la capacidad se refiere a la persona en sí misma (22).

(18) De Pina Rafael Ob. Cit. Pág. 216

(19) Planiol y Ripert. "Manual de Derecho Civil Francés" Editorial Cultural, Habana, 1940. P.I. T.I. Pág. 9.

(20) Bonnacasse, Julien "Elementos de Derecho Civil" Editorial Y Trad. José M. Cajica Jr., Puebla Méx. 1946 Vol. I, Pág. 319.

(22) Bonnacasse, J. ob. cit., Pág.

Esto es exacto, y debemos considerar que la capacidad entendida en su totalidad jurídica, tanto de goce como de ejercicio viene a ser la esencia, el elemento principal de la personalidad, y que aún, como lo dice Rojina Villegas "puede faltar la capacidad de ejercicio y sin embargo, existir la personalidad" (23). Ahora bien si para ser persona es necesario tener capacidad y al suprimirse ésta desaparece la personalidad, debe deducirse que la capacidad no puede ni debe ser considerada un atributo, y sí el elemento necesario para la existencia de la personalidad.

Kelsen concibe al sujeto "como un centro de imputación de derechos y obligaciones y actos jurídicos, por lo tanto la capacidad viene a constituir la posibilidad jurídica de que exista ese centro de imputación y al desaparecer también tendrá que extinguirse el sujeto jurídico" (24).

De tal modo la capacidad y el estado civil no deben confundirse, ya que pueden darse casos en los que una persona pierda su estado social, o de familia, conservando su personalidad; pero jamás podrá despojársele totalmente de su capacidad. Perderá su capacidad de goce, pero conservará, a pesar de ello, su calidad de sujeto de derecho.

El estado civil es una cualidad de relación de las personas, siendo evidente que no se puede separar de las mismas y por lo mismo no es transmisible, ni enajenable ni es patrimonial o prescriptible.

El estado civil "está unido a la persona, de la que no es sino un reflejo; por eso presenta caracteres muy particulares; el estado civil es indivisible, inalienable: no cabe adquirir un estado que no sea el de uno, ni cederlo, ni renunciar o transigir sobre una cuestión de estado civil. El estado es imprescriptible, pues no es posible perder su estado o adquirir uno que no sea el propio, por el transcurso del tiempo. Sin embargo el estado civil es susceptible de posesión" (25).

La ley fija nuestro estado civil, por nuestro nacimiento y no podemos a voluntad cambiar aquel, como tampoco de personalidad; no obstante, aunque no podamos por nuestra voluntad modificar directamente nuestro estado civil, tenemos la facultad de realizar ciertos actos que por vía de consecuencia, entrañan modificaciones de nuestro estado civil; Por ejemplo: el matrimonio, la separación de cuerpos, el divorcio" etc. (26).

(23) Rojina Villegas, R., ob. cit., Pág. 158.

(24) ibidem, Pág. 158.

(25) Mazeud, Hnos. ob. cit., Pág. 25.

(26) ibidem Págs. 32 y 33.

Otro tanto afirma Bonnacasse al expresar que "toda persona tiene derecho al estado civil, por ser este una representación o individualización de esa persona jurídicamente hablando. El estado civil, no es un elemento exterior, por el contrario es la persona misma, es su individualización jurídica y por lo tanto social" (27).

Es el estado, sigue el autor citado, una situación jurídica en la cual está interesado el orden público y que los individuos no pueden crear, modificar sus consecuencias o desconocerla. Para esto es necesario ejercitar las acciones que la ley otorga y son dos fundamentalmente: la acción de reclamación de estado y la acción de desconocimiento del mismo.

La acción de reclamación de estado, tiene por objeto que se atribuya a una persona determinada su verdadero estado del cual se encuentra privado por cualquier razón, mientras que la acción de desconocimiento, tiene por objeto impedir a una persona, que se atribuya un estado que no es el suyo, y del cual, jurídicamente, o de hecho se beneficia o pretende beneficiarse.

De tal modo, los menores tienen derecho a reclamar que se les reconozca su estado de hijo, como consecuencia de su relación o situación en la familia. De esta relación del individuo con la familia, dijimos, se considerará el estado familiar de una persona.

"De las relaciones del individuo con la familia se consideran fuentes del estado civil: el parentesco, el matrimonio, el divorcio y el concubinato. Del estado civil se derivan derechos subjetivos, unos patrimoniales y otros no, como por ejemplo: los derechos hereditarios a la sucesión legítima, el exigir alimentos o el llevar el apellido de los padres" (28).

Para probar el estado civil de una persona dice el artículo 39 del Código Civil, es necesario el acta del registro civil salvo excepciones. Estas excepciones se encuentran en el artículo 40 del Código Civil, que dice "cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, fueran ilegibles o faltaren hojas en que se suponga estaba el acta, se recibirá prueba del acto por instrumentos o testigos, en ningún otro caso se admitirán dichas pruebas".

Los artículos 341, 342 y 343 del propio ordenamiento hablan de la presunción de estado o posesión del mismo admitiendo la regla "**nomen tractatus fama**".

Hemos dicho que el estado civil se origina por tres tipos de relaciones, y como para nuestro estudio sólo nos importa la se-

(27) Bonnacasse, J., ob. cit., Pág. 324.

(28) Rojina Villegas, R., ob. cit., Pág. 179.

gunda relación o sea la situación de la persona en la familia, de la que se derivan las cualidades de hijo, padre, esposo, pariente por consanguinidad o afinidad.

Este cúmulo de relaciones da origen al derecho de familia, que definiremos como "el conjunto de reglas de derecho que regulan las relaciones derivadas del parentesco".

El derecho de familia tiene dos fuentes principales: el parentesco y el matrimonio.

"El parentesco implica un estado jurídico, por cuanto que es una situación permanente, que se establece entre dos o más personas". Existen tres formas de parentesco: por consanguinidad, por afinidad y por adopción. (29).

El parentesco por consanguinidad se adquiere por personas que descienden las unas de las otras, es decir, por lazos de sangre. Pero esta vinculación jurídica presupone una relación: la unión de los sexos por medio del matrimonio, generalmente.

El parentesco por afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre uno de los cónyuges y los parientes del otro, este caso de parentesco se adquiere exclusivamente en caso de matrimonio.

El parentesco por adopción sólo se establece entre los adoptantes y el adoptado, tratándose de una relación especial derivada de un acto jurídico plurilateral mixto (30), el cual crea los mismos derechos y obligaciones que origina la filiación legítima entre padre e hijo.

Según hemos visto, todas las relaciones nos llevan hacia un principio fundamental, base de todas ellas: el matrimonio, y a una consecuencia natural: la familia.

(29) Rojina Villegas, Págs. 256 y sgts.

(30) Rojina Villegas ob. cit., Págs. 259 y 260.

CAPITULO SEGUNDO

LOS HIJOS EN LA FAMILIA

- 1.—La familia. a.—Origen de la familia, b.—Formas de organización familiar.
- 2.—El matrimonio. Concepto y Evolución.
- 3.—Las relaciones de padres e hijos dentro de la familia.

1.—La familia es el más natural y el más antiguo de los núcleos sociales. En épocas remotas era la sociedad total y única organizada, la esfera social en que el hombre realizaba el derecho. En períodos más avanzados, al formarse una sociedad política, compuesta de familias, pierden éstas su carácter de sociedad política, pero no dejan de ser un elemento constitutivo de la ciudad o de la tribu, es decir, un elemento orgánico del Estado (1).

a.—En cuanto al origen de la familia manifiestan los estoicos que esta es el resultado de la aparición del egoísmo y la ambición, de la pasión y el ansia de poder; ellos consideraban que había existido una **edad de oro** de la humanidad en la cual “todos los hombres eran libres e iguales. No había división de clases o nacionalidades. Eran desconocidas las instituciones de la propiedad privada y la familia. No existía la esclavitud ni otra forma de dominio del hombre sobre el hombre. Todos gozaban en común de sus posesiones y bienes, y vivían como verdaderos hermanos, bajo la guía de la razón” (2). Al desaparecer este estado de vida “destruido por el egoísmo, la pasión, ambición y el ansia de poder”, al no poderse realizar ya el derecho natural, “la razón tuvo que inventar medios e instituciones prácticas para hacer frente a la nueva situación. De ahí que se crearan las instituciones” y entre ellas la de la familia (3).

Algo parecido afirma el derecho natural cristiano; cuando dice que “la aparición de la pasión sexual después del pecado, exigió las instituciones del matrimonio y la familia” (4).

Las teorías antes expuestas no explican el origen lógico de la familia. Pues es natural que primero tuvo que existir la relación sexual y como su consecuencia la organización social denominada familia, es decir, la relación entre padres e hijos (familia estructu sensu). Tampoco aciertan los estoicos pues suponían que primero existió la organización social denominada edad de oro y después la familia, pues lógicamente tuvo que existir en los principios de la humanidad una idea de relación y dominio de los padres sobre sus hijos.

(1) Planiol M. “Tratado Elemental de Derecho Civil” Ed. José M. Cajica Jr. México 1946 T. III Pág. 304 sgts.

(2) Bodenheimer E. “Teoría del Derecho” Fondo de Cultura Económica México 1964 Pág. 131.

(3) Bodenheimer Edgar. Ob. cit., Pág. 131.

(4) ibidem Pág. 143.

En cambio las teorías sociológicas son más claras. Antonio Caso manifiesta que existen tres teorías que explican el origen de la familia. En primer lugar la de la monogamia, expuesta por Ziegler que dice "nunca pudo haber contrariado el género humano los impulsos instintivos de su naturaleza, que debieron haber obrado siempre con fuerza irresistible; amor, celos entre ambos sexos, inclinación de los padres hacia sus hijos, y que la promiscuidad iría de plano en contra de dichos instintos fundamentales..." (5).

Caso explica que esta teoría es improbable pues "los fundamentos que se consagran como instintos fundamentales para el sostenimiento de la monogamia son más bien sus resultados y no su antecedente" (6).

La teoría de la promiscuidad de Bachofen afirma que en un principio "la horda primitiva, habría vivido en plena promiscuidad y sólo ligada por vínculos genésicos naturales" (7). Esa promiscuidad impidió determinar la paternidad, por lo que surgió la organización familiar en relación a la madre.

Antonio Caso opina que esta teoría es más probable porque "en los pueblos naturales, es tanto más apreciada la mujer, en cuanto que puede exhibir mayor número de amantes"... Pero que, este hecho concuerda mejor con el apareamiento transitorio sostenido por Eleutheropulus" (8).

Este sociólogo "fundado en consideraciones mitológicas, etnológicas e históricas, sostiene que la unión transitoria fue la verdadera forma primitiva familiar" pues dice que "el hombre debió haber mantenido a la mujer hasta el destete del hijo (primero instintivamente, y luego en virtud de una ley consuetudinaria)" (9).

Para Caso esta teoría es la más aceptable, ya que "muy probablemente la sociedad elemental se constituyó con los primeros hombres que vivieron en común, dentro de uniones transitorias regidas por medio de prácticas consuetudinarias cuya primera fórmula debió ser la prohibición del asesinato de los individuos pertenecientes a la comunidad; la endogamia y el incesto debieron ser la regla universal.

"De esta manera, desde los primeros días de la evolución de la especie, el apareamiento transitorio es como una progénesis de la familia" (10).

(5) Caso Antonio. "Sociología" Editorial Libreros Unidos Mexicanos, México 1961
Pág. 275.

(6) Caso Antonio. ob. cit., Pág. 275

(9) Ibidem Pág. 275.

(7) Ibidem

10 Ibidem Pág. 275.

(8) Ibidem

Independientemente de la teoría adoptada es indudable que la primera forma de organización social fue la familia. Además cabe afirmar que ésta se ordenó primeramente alrededor de la madre.

B.—El matriarcado “es la forma de organización familiar en la cual la madre por ser el progenitor individualmente conocido es el centro de la familia y quien ejerce en ella la autoridad, y en la cual la descendencia y los derechos de ésta se determinan por línea femenina (11).

Para Krische “el matriarcado se inició en algunos pueblos cuando la cultura inestable de los cazadores se transformó en cultura sedentaria de los agricultores. Desde siempre la mujer había estado como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos... Cuando los progresos debidos a la mujer arrebataron poco a poco el predominio económico al hombre y dieron a la mujer como elemento productor la preponderancia económica, tuvo lugar esta transformación que convirtió a la mujer en la clase directora de la sociedad humana y trajo como consecuencia una época de cultura femenina” (12).

Sin embargo para Müller Lyer el matriarcado “fue solo un fenómeno transitorio, al que precedió un patriarcado inequívoco” (13).

El patriarcado es la forma de organización familiar en la cual el centro de autoridad es el padre, determinándose la descendencia y los derechos de ésta por línea paterna.

El patriarcado “se fundaba principalmente sobre el culto a los muertos, y a los antepasados, el cual se practicaba privadamente en el hogar sólo por cada familia para sus propios muertos” (15).

En este tipo de organización familiar el patriarca conserva a su lado a todos sus hijos, célibes o no. Todos los objetos, excepto los de uso muy personal, así como los rebaños y enseres de la vida pastoril, se poseen pro indiviso entre los individuos; y el patriarca alcanza el poder absoluto sobre su familia. A tal punto que elige entre sus hermanos a quien ha de acompañarlo como jefe en su vejez, y reemplazarlo después de muerto. Es a un tiempo, padre, educador, magistrado, pontífice y soberano” (16), Roma fué el principal exponente del patriarcado.

(11) Recaséns Siches, L. “Tratado General de Sociología” Ed. Porúa Hnos., México 1961 Pág. 426.

(12) Ibidem

(13) Ibidem

(14) Ibidem Pág. 427.

(15) Recaséns Siches, L. ob cit., Pág. 427.

(16) Caso A. ob. cit., Pág. 282.

En tal estado se llega a la época feudal en que "la familia es una pequeña sociedad vecina de otras pequeñas sociedades semejantes, constituidas por el mismo tenor. Obligadas a bastarse a sí mismas, conforme fueren sus necesidades se crean los órganos que les son indispensables para la defensa a mano armada y el trabajo agrícola y mecánico. El estado no existe, la familia toma su puesto; la solidaridad doméstica se ciñe en torno del hogar; los límites de la casa son los límites de la comunidad.

"En el interior de cada una de las residencias fortificadas, se produce todo lo necesario a su subsistencia, todo se inmoviliza con la agricultura. "El hombre trabaja y muere donde nace; mientras los hombres luchan o labran la tierra, las mujeres tejen o tiñen telas, la familia paternal cognática, ha nacido. El catolicismo la torna sagrada, al elevar al matrimonio a la altura de un sacramento" (17).

Al decaer la familia feudal a partir del renacimiento, en el siglo XVIII, "la enciclopedia y la Revolución engendran lo que Le Play llamó la familia inestable. Conforme a este régimen, los bienes paternos se debían distribuir entre los hijos y dividir por partes alícuotas, entre ellos, a la muerte de sus padres. El bien patrimonial se comparte por ministerio de la ley". La familia feudal desaparece "en vez de agruparse los miembros que la componen en torno de un hogar idéntico, se separan y diversifican" (18).

Actualmente la unión monogámica se consagra como la única forma reconocida por el derecho. Y se define como la relación marital de un solo hombre con una sola mujer.

Caso dice que "la unión monogámica se consagra en nuestros días como la última evolución del matrimonio" (19).

Después de este breve estudio histórico concluimos que la situación de los hijos a través del tiempo no ha sido estática, sino que ha variado según las formas de organización familiar: en la época matriarcal seguían la condición de la madre y en el patriarcado la del padre, el cual tenía un poder absoluto sobre los bienes y persona de sus hijos siendo hasta cuando en virtud de los abusos cometidos por los padres se suavizaron los rigores del poder paterno reduciéndose a un sencillo derecho de corrección. Así se ha mejorado la situación de los hijos y en nuestros días éstos, en la familia gozan de una situación favorable y plenamente protegida por el derecho.

(17) Caso A. ob. c.t. Pág. 286.

(18) Caso A. ob. cit., Pág. 287.

(19) ibidem Pág. 287.

2.—El matrimonio se puede definir como la institución que regula las relaciones entre marido y mujer, y que frecuentemente se califica de base fundamental de todo el derecho de familia.

Bonnecasse dice que el matrimonio es “una institución formada de un conjunto de reglas de derecho esencialmente imperativas, cuyo objeto es dar a la unión de los sexos, y por lo mismo, a la familia, una organización social y moral, que corresponda a las aspiraciones del momento y a la naturaleza permanente del hombre, como también a las directrices que en todos los dominios proporciona la noción de derecho” (20).

Agrega que por matrimonio se designan tres cosas distintas: primero, “la institución que es el conjunto de reglas que presiden en el derecho positivo, la organización social de la unión de los sexos (código civil, la reglamentación). Segundo, “el acto jurídico, que expresa la adhesión a la institución del matrimonio por parte de los futuros cónyuges, estas dos formas constituyen un todo, ya que el acto está regido por la institución (actos del registro civil); Tercero, “el contrato de matrimonio, que es el contrato solemne por el cual los cónyuges determinan con autoridad la condición jurídica de sus bienes mientras dure el matrimonio hasta su disolución (la convención patrimonial de los esposos)” (21).

La familia ha sufrido modificaciones, pues primero se organiza en relación a la madre y después en relación al padre, así, también el matrimonio ha pasado por diversas etapas y su organización ha dependido de la cultura alcanzada por los distintos pueblos.

En un principio existió el matrimonio por grupos o sea una forma de promiscuidad relativa, pues los miembros de la tribu organizados con relación al totem se consideraban como hermanos y no podían casarse entre sí, por lo que tenían que buscar la unión sexual con miembros de otras tribus, en esa época no se celebraban matrimonios individuales sino colectivos, es decir, varios hombres de una tribu celebraban matrimonio con varias mujeres de otra tribu, el mismo carácter colectivo del matrimonio traía por consecuencia la indeterminación de la paternidad por lo que siguió en vigor el régimen matriarcal (22).

Posteriormente surgió el matrimonio por raptó que se debió a “la idea de dominación, a las guerras que se presentan en las colectividades cuando el hombre alcanza cierto desarrollo. En esta

- (20) De Pina, Rafael “Derecho Civil Mexicano” Ed. Porrúa, S. A. México 1963 Vol. I, Pág. 325.
- (21) Bonnecasse, J. “Elementos de Derecho Civil” Ed. José M. Cajica Jr. Puebla Méx. 1946 T. I, Pág. 505.
- (22) Rojina Villegas R. “Compendio De Derecho Civil” Ed. Librería Robedo México 1964 T. I, Pág. 277.

etapa la mujer es considerada como parte del botín de guerra, y, por lo tanto, los vencedores adquieren en propiedad a las mujeres que logran arrebatarse al enemigo" (23).

En estas etapas no es posible hablar de matrimonio como una relación de derechos y obligaciones sujetos a un fin: la familia. Empieza a vislumbrarse el concepto patriarcal, el hombre es el jefe ya que adquiere un derecho de propiedad sobre la mujer, potestad que también ejerce sobre los hijos.

Después, ya en el matrimonio por compra "se consolida definitivamente la monogamia, el marido adquiere un derecho de propiedad sobre la mujer, quien se encuentra sometida totalmente a su poder y toda la familia reconoce la potestad del esposo y padre, a la vez, se reglamenta la filiación en función de la paternidad, pues esta es conocida. Así mismo, la patria potestad se reconoce al estilo romano. Es decir, se admite un poder absoluto e ilimitado del pater familias sobre los distintos miembros que integran al grupo familiar" (24).

En esta etapa se origina un tipo de matrimonio muy especial pues el padre es obligado por el mismo derecho natural a proporcionar la subsistencia de su familia, aunque ésta no tenía derecho a exigir nada al pater-familia, éste era una especie de amo y señor que podía disponer aun de la vida de los miembros de su familia.

Por último el matrimonio consensual se presenta como una manifestación de voluntades entre hombre y mujer, que se unen para constituir un estado permanente de vida y para perpetuar la especie. Este ya es el concepto del matrimonio, que puede estar más o menos influenciado por ideas religiosas, bien para convertirse en un sacramento como se admite en derecho canónico, en un contrato como se le considera por distintos derechos positivos a partir de la separación de la Iglesia y el Estado, o como un acto de naturaleza compleja en el que interviene además un funcionario público" (25).

En esta etapa se considera al matrimonio como una relación entre un hombre y una mujer, sujetos a un fin predeterminado; la familia, el bienestar común de los contrayentes. El matrimonio consensual evolucionó originando tres conceptos a saber:

El concepto romano.—En este derecho el matrimonio adoptó diversas configuraciones, y se integró por dos elementos: uno físico, la conjunción del hombre con la mujer, que no debe entenderse como conjunción material de sexos y sí en un sentido más

(23) Rojina Villegas R. ob. cit. Pág. 277.

(24) Rojina Villegas, R. ob. cit. Pág. 277.

(25) Ibidem Pág. 287.

elevado, como unión o comunidad de vida que se manifiesta exteriormente con la **deductio** de la esposa **in dominum mariti**, la deductio inicia la cohabitación y fija el momento en que el matrimonio se inicia y queda la mujer bajo la potestad marital.

El otro elemento es intelectual, psíquico, denominado **affectio maritalis** o sea la intención de crear y mantener la vida en común, de perseguir la consecución de los fines de la sociedad conyugal; una voluntad que no consiste en el consentimiento inicial, en un único acto volitivo, sino que debe prolongarse en el tiempo, ser duradera y continua, renovándose de momento a momento, porque sin esto la relación física pierde su valor. Cuando estos dos factores concurren, el matrimonio queda constituido; si uno de ellos falta, el matrimonio no existe o se extingue (26).

El concepto canónico eleva al matrimonio a dignidad sacramental, pues según la religión católica, es un sacramento **solemne** cuyos ministros son los mismos esposos y el sacerdote un testigo autorizado por la iglesia; la unión de los esposos es la imagen de la unión de Cristo con la Iglesia; y como ésta es indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos ya que es su consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial lo eleva a sacramento y como el sacramento ha sido instituido por Dios, El mismo sanciona esta unión, que es indisoluble. Según el evangelio los cónyuges no son ahora sino una sola carne y tal unión no se puede separar sino por la muerte (27).

Ennecerus, Kipp y Wolff nos dan tres causas que originaron el concepto laico del matrimonio, y dicen que la reconquista del derecho matrimonial y la jurisdicción de los casos matrimoniales por el poder del Estado se derivan de tres factores:

Primero: el protestantismo con Lutero a la cabeza, califica al matrimonio como una cosa externa, mundana como el vestido, la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular. Segundo: las ideas de la Iglesia galicana que separaba dentro del matrimonio, el contrato del sacramento; afirma, que el contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio. Tercero: las teorías del derecho natural, éstas niegan al igual que Lutero la naturaleza sacramental del matrimonio y toman del galicanismo la concepción del matrimonio como un contrato civil (28).

(26) Ruggiero, Roberto de "Instituciones de Derecho Civil" Ed. REUS Madrid 1944, Vol. II, Pág. 715.

(27) Ruggiero, Roberto de, ob. cit. Págs. 717 y sgts.

(28) Ennecerus, Kipp y Wolff, "Tratado de Derecho Civil" Editorial BOSCH, Barcelona 1947, T. IV, Vol. I, Derecho de familia, Pág. 13.

Independientemente de los fundamentos dados por los expositores de los anteriores conceptos, el matrimonio no es un contrato sino una institución creada por los hombres para su conservación por lo que debe ser regulada por el Estado. Así el matrimonio visto como el fundamento de la familia y a ésta como proyección al plano nacional, no es dable dejar a los particulares su regulación, pues como dice Maine: "No es difícil ver cual es el lazo entre hombre y hombre que reemplaza gradualmente aquellas formas de reciprocidad, de derechos y deberes que tienen su origen en la familia" (29).

Para evitar que los particulares puedan modificar y aun suprimir ciertas obligaciones que son necesarias para la debida organización tanto del matrimonio como de la familia, al estado y al derecho corresponde ser los instrumentos para la autorrealización de la libertad, así como la regulación de las instituciones fundamentales de la sociedad.

3.—Las relaciones de padres e hijos dentro de la familia se resumen en las sabias palabras de Herbert Spencer "más importante que la dicha de los cónyuges en el matrimonio es la de su primogenitura; todas las consideraciones referentes a los esposos deben subordinarse a las relativas a la sucesión" (30).

Así es en efecto, en el matrimonio los hijos tienen plenamente garantizados gran cantidad de derechos conferidos no solo por el hecho de la paternidad sino fijados por el derecho, tales son principalmente: los referidos a la filiación, patria potestad, alimentos, etc.

La filiación es un estado jurídico consistente "en una situación permanente de la naturaleza o del hombre, que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias" (31).

El término filiación tiene en derecho dos connotaciones según informa Rojina Villegas: una amplia "que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras". La otra estricta: "o sea la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo" que implica "un conjunto de

(29) Bodenheimer, Edgar, ob. cit. Pág. 295.

(30) Spencer, Herbert. "Resumen Sintético de los Principios de Moral" por Ezequiel A. Chávez E. Librería Bouret México 1898 Pág. 109.

(31) Rojina Villegas, R., ob. cit. Pág. 433.

derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre padre e hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico" (32).

La filiación puede ser legítima, natural o legitimada:

La filiación legítima, es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres. En este caso es necesario que haya sido concebido durante el matrimonio de sus padres y no sólo que nazca durante él (33).

La filiación natural es la que corresponde al hijo concebido cuando sus padres no están unidos en matrimonio. La filiación natural se puede presentar en tres formas:

Simple, cuando el hijo es concebido y sus padres no se han unido en matrimonio. En este caso requiérese que dichos padres hayan podido contraer matrimonio legalmente por no haber ningún impedimento.

Adulterina, es la que corresponde al hijo concebido entre una persona unida en matrimonio, con otra distinta a su cónyuge.

Incestuosa, cuando el hijo es procreado entre parientes en grado prohibido por la ley para contraer matrimonio. Es decir, entre ascendientes y descendientes, entre hermanos, medios hermanos, tíos, primos, sobrinos, aunque estos dos últimos son susceptibles de dispensa. Se considera el incesto si no obtuvieron la dispensa antes de procrear ese hijo (34).

Es filiación **legitimada**, la que corresponde a los hijos concebidos antes del matrimonio de sus padres, pero que nacen dentro de él, lo reconocen antes de celebrarlo, durante él o después de celebrarlo (35).

En nuestro derecho aunque existe esta distinción, acertadamente se concede, tanto a la filiación legítima como a la natural, todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derecho, es decir, da esta situación permanente del hijo, no solo en relación con el padre o con la madre, sino también con la familia paterna y materna y con el grupo social al cual pertenezca el progenitor.

En esto difiere nuestro sistema jurídico del Europeo ya que éste sólo permite la relación jurídica del hijo con la familia paterna y materna en virtud de la filiación legítima (36).

(32) Rojina Villegas, R. ob. cit. Pág. 428.

(33) Planiol, M. ob. cit. T. IV Pág. 111.

(34) Planiol, M. ob. cit. Pág. 112 No. 1365 T. IV.

(35) Ibidem No. 1366

(36) Rojina Villegas, R. ob. cit., Pág. 434.

Y en el caso de los hijos naturales se les niega el derecho a ser miembro de una familia, y se reduce la filiación sólo a un vínculo estrecho entre el padre, la madre y el hijo. Algunos ordenamientos como el alemán regulan la filiación sólo como un vínculo entre la madre y el hijo, pero no entre el padre y el hijo. Al respecto dice Rojina Villegas que el derecho Europeo "reconoce que aun cuando sea hijo concebido fuera de matrimonio la relación con la madre necesariamente tendrá que mantenerla, pero le niegan la posibilidad de tener derechos y obligaciones en materia de alimentos, herencia y patria potestad respecto a los demás ascendientes", aislándosele así de la familia y "sólo para efectos muy concretos en una condición de absoluta inferioridad; desde el punto de vista jurídico y social se le atribuyen derechos frente al padre o la madre siempre y cuando quede probado el hecho de la paternidad o el de la maternidad, lo cual puede ser difícil de probar, en el primer caso o el de la maternidad en el caso de que se haya registrado como de madre desconocida, y no tenga a través del tiempo manera de investigar su maternidad" (37).

En México, en tiempos de don Venustiano Carranza, se sostuvo por primera vez la idea de equiparar al hijo legítimo con el natural, para atribuirle el mismo estado jurídico y relacionarlo, por consiguiente, con toda su parentela en virtud del vínculo consanguíneo y no a través del matrimonio y para darle un estado integrado por un conjunto de derechos no sólo para heredar, exigir alimentos y llevar el apellido del padre o de la madre, sino también para que goce de la protección jurídica que otorga la patria potestad, y limitar sus consecuencias en la misma forma que se hace respecto de los hijos legítimos, o sea que a falta de padres, corresponda esa obligación a los abuelos primero paternos y después maternos, por ser de justicia que el hijo o el nieto no deben quedar desamparados por la forma en que fueron procreados. El hecho de la procreación debe forzosamente crear una vinculación entre el hijo y la familia de sus padres (38).

Es en virtud de la filiación como se puede determinar por consiguiente la patria potestad ya que ésta sólo es atribuible a los padres y a falta de éstos, los abuelos. Para poder imponerla es necesario establecer primero la relación o vinculación que existe entre padres e hijos o de éstos con sus abuelos.

Las relaciones referentes a la patria potestad son las más variadas e importantes debido a los derechos y obligaciones que confiere. Los derechos y deberes han sufrido una transformación. Desde el derecho romano la patria potestad confería derechos ex-

(37) Rojina Villegas, R. ob. cit. Pág. 435

(38) *ibidem* Pág. 435.

clusivos al padre y tendía más al beneficio del jefe de familia que a la protección del hijo, de donde se derivaron las siguientes consecuencias.

a.—No podían liberarse de dicha potestad ni por mayoría de edad ni por matrimonio.

b.—Sólo pertenecía al padre de familia, este poder no se borra, si está sometido a la potestad del abuelo paterno.

c.—La madre no puede tener nunca la potestad paternal.

“Esta potestad, confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos semejantes a los del amo sobre sus esclavos y se ejercía al mismo tiempo que sobre la persona sobre los bienes de los hijos” (39).

La evolución de la patria potestad se llevó a cabo de la forma siguiente: Durante los primeros siglos el jefe de familia fue un verdadero magistrado doméstico, podía ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas, tenía sobre ellos poder de vida y muerte, podía emanciparlos a un tercero o abandonarlos.

En tiempos de la República, se hizo uso de tal derecho con cierta moderación, pues estaban obligados a contar con la aprobación de los parientes más cercanos o de gente importante tales como los senadores. En cambio durante el Imperio a causa del relajamiento de las costumbres y ciertos abusos de la autoridad paternal, tuvo que intervenir el legislador y hacia el fin del siglo II de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un derecho de corrección. Y aunque podía castigar faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen la pena de muerte no podían hacerlo por sí mismos: tenían que hacer la acusación delante del magistrado por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia. Constantino, decidió que todo padre que matara a su hijo sería castigado como parricida (40).

En cuanto a la emancipación, podía hacerse en cesión a un tercero por lo cual quedaba el hijo en situación análoga a un esclavo. Por regla general el hijo se emancipaba en momentos de miseria y bajo un precio, por lo que era en realidad una venta; también se podía emancipar en señal de garantía a su acreedor. En tales casos el acreedor se comprometía a dejarlo en libertad en un tiempo determinado, si rehusaba, el censor podía anular el mancipio y quedar nuevamente bajo la autoridad paternal.

El derecho romano luchó contra esta práctica, de tal modo la Ley de Las Doce Tablas decidió que los hijos mancipados tres

(39) Pettit, Eugene. “Tratado Elemental de Derecho Romano” Editora Nacional, S. A., México, 1953, Pág. 101.

(40) Pettit, Eugene ob. cit. Pág. 101.

veces fueran liberados de la autoridad paterna y la jurisprudencia admitió que para los hijos y los nietos una sola emancipación produce los mismos efectos (41).

En tiempos de Caracalla, la venta de los hijos era ilícita y sólo se permitía al padre en caso de mucha necesidad para procurarse alimentos. Dioclesiano prohibió la enajenación de los hijos bajo cualquier causa o forma que fuese, venta, donación o empeño. Constantino permitió el derecho de vender al hijo recién nacido, si los padres eran indigentes y por necesidad, además, tenían el derecho de recuperarlo abonándose al comprador (42).

En cuanto al poder del padre de abandonar a los hijos sólo se prohibió en el bajo imperio. Pues en la época de Constantino el hijo abandonado estaba bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo. Justiniano lo declara libre **sui juris e ingénuo**. Petit recalca el hecho de que en ninguna época el padre podía hacer de su hijo un esclavo, a pesar de tener derecho de vida o muerte sobre ellos (43).

Respecto a los bienes, el hijo de familia, en razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, no podía tener bienes propios. Todo lo adquirido pertenecía al jefe de familia incluso su personalidad. Sin embargo, si en la familia sólo existe un patrimonio, cuyo jefe es el amo, los hijos tenían sobre los bienes que han contribuido a aumentar, una especie de copropiedad, latente en vida del jefe, manifestándose a su muerte; entonces los recogen como bienes ya de su propiedad, a título de **heredes sui**.

Sin embargo, bajo el Imperio esta regla se modificó y se les concedió ciertas adquisiciones en toda propiedad. En la época de Justiniano este derecho casi se derogó, considerándose que todo lo adquirido por el hijo de familia quedaba de su propiedad, salvo los bienes cuya utilidad les cede el padre, lo que constituía el **peculio profectitium** (44).

Fuera de estas relaciones con el jefe de familia el hijo estaba en una situación superior al esclavo en cuanto a la personalidad propia que le reconocía el derecho civil, podía obligarse jurídicamente y la autoridad paterna no surtía ningún efecto sobre la condición social del hijo, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar cargos públicos (45).

Según esta exposición el concepto de la patria potestad evolucionó transformándose de un poder absoluto en beneficio del padre, a la función protectora en beneficio de los hijos durante

(41) Petit, E. ob. cit. Pág. 102.

(42) Petit, E. ob. cit. Pág. 102.

(43) Ibidem.

(44) Ibidem Pág. 103.

(45) Petit, E., ob. cit. Pág. 103.

su menor edad. No obstante esa suavización se ha descuidado algunos aspectos de la patria potestad como veremos posteriormente.

Actualmente la patria potestad se define "como el conjunto de facultades, que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria" (46).

Josserand nos recuerda como "las leyes dictadas durante la segunda mitad del siglo XIX y a partir del actual, consagran una suavización continua de la autoridad paterna que no parece ya ser calificada de potestad. Los derechos de los hijos y los de la familia se han opuesto a los del padre cuyas prerrogativas están en retirada en casi toda la línea. El eje mismo de la Institución de la patria potestad se desplaza y su objeto y espíritu quedan transpuestos; la autoridad paterna ha pasado de la categoría de derechos egoístas a la de derechos altruistas" (47).

Hay que agregar que en el derecho moderno la regulación jurídica de la patria potestad ha tomado en cuenta principalmente que la autoridad que se otorga a quienes la desempeñan no es para su beneficio propio ni mucho menos para convertir a los sujetos a ella en simples medios puestos a su servicio para la satisfacción de sus fines personales, sino que, por el contrario, esta Institución se ha convertido en la actualidad en una verdadera función social que más que un derecho supone obligaciones a quienes la ejercen (48).

Para Bonnacasse "la patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros.

"La patria potestad, dice, no es absoluta en el sentido de que no pertenece ineludiblemente a los padres, esto es, debido a que la patria potestad no está organizada en la época moderna, en interés de los padres sino más bien en interés de los hijos; la patria potestad implica a la vez obligaciones y derechos, pero, los derechos que se conceden a los padres sólo son con el fin de asegurar la educación de los hijos. Los derechos que confiere son los de guarda y corrección.

El derecho de guarda; "en forma amplia debe entenderse tanto la guarda material propiamente dicha, como la vigilancia y dirección de los hijos en lo que se refiere a sus relaciones, correspondencia e instrucción.

(46) Pina, Rafael dc., ob. cit. Pág. 377.

(47) Josserand, Louis, "Derecho Civil", Ed. BOSCH. Buenos Aires, 1951-2, T. I, Vol. II, Pág. 259 N-1078.

(48) Rojina Villegas, R. "Derecho Civil Mexicano" Ed. Robredo, México, 1959, T. II, Vol. I, Pág. 90.

"El derecho de corrección, se consagra con el fin de que el derecho de guarda sea eficaz en absoluto" (49).

De la Serna y Montalbán definen la patria potestad como "la autoridad y protección, confiada por la Ley, al padre sobre sus hijos legítimos, legitimados o adoptivos para su educación y utilidad de toda la familia.

"Según estos autores la ley otorga cuatro funciones al poder paterno: "Como legislador, prescribe a la familia reglas de conducta, establece medios de premiar al hijo o hijos que por su respeto, servicios o desgracias se hagan más dignos de esta distinción mejorándolos en vida o muerte y nombrándoles tutor, señala a la persona que lo ha de reemplazar en sus cuidados. Como juez, tiene derecho a corregirlos y por justa "causa privarlos de su herencia. Como tutor, debe cuidar de su subsistencia y de su educación. Como señor, se aprovecha de su trabajo y de sus bienes" (50).

De todo esto, deducen los autores citados, que la patria potestad confiere derechos al padre como legislador, juez y señor de sus hijos, y que, como tutor, les impone obligaciones. Afirman, además, que las palabras derecho y obligación son correlativas, "pudiéndose decir que los derechos de los padres se resuelven en obligaciones para con los hijos y las obligaciones de los primeros en derechos para los segundos" (51).

Ahora bien, después de haber fijado la filiación y la patria potestad, que como dijimos la primera es la relación de los hijos con sus ascendientes y la segunda: es un derecho conferido a los padres y abuelos, que más que derechos son obligaciones. Entre los derechos conferidos por la patria potestad encontramos al principal dentro del derecho de guarda, este es el de los alimentos.

Este derecho es personal, pues no puede ser objeto de comercio, ni renunciable, además es una obligación recíproca ya que el que los da, tiene derecho a pedirlos (52).

Y si los padres están obligados a alimentar a sus hijos estos a su vez tendrán obligación de alimentar a sus padres llegado el caso. A falta o imposibilidad de los padres recaerá esta obligación en los demás ascendientes por ambas líneas más próximas en grado. Esta obligación recíproca existe también entre adoptante y adoptado.

(49) Bonnacasse, J. ob. cit., Pág. 397 y sgts.

(50) De la Serna y Montalbán, J. M. "Elementos de Derecho Civil y Penal de España" Ed. Librería de Zánchez Madrid 1868 T. I, Pág. 419 y sgts.

(51) Ibidem Pág. 420.

(52) Artículo 301 del Código Civil.

Los alimentos comprenden la comida, el vestido y la asistencia en caso de enfermedad. Nuestro Código Civil manifiesta además dentro de esta obligación los gastos de educación de los hijos menores así como la instrucción en algún arte, oficio o profesión honestos adecuados al sexo o circunstancias personales.

Esta obligación se cumple ya sea asignando una pensión suficiente o incorporando al alimentista a la familia del que los debe dar, en caso de controversia el juez juzgará las circunstancias y decidirá la manera de suministrar los alimentos. Así como la cuantía, que será proporcional a la posibilidad del que debe darlos como a la necesidad del que los recibe.

En caso de ser varios los obligados se repartirá la obligación proporcionalmente a sus haberes y si sólo alguno o algunos tuvieren posibilidad, se repartirá entre los que pudieren o sólo él cumplirá dicha obligación alimenticia.

La obligación de dar alimentos cesa cuando el obligado a darlos carece de medios, o el alimentista deja de necesitarlos o que éste injurie, falte o dañe gravemente al obligado a darlos. También desaparece la obligación cuando la necesidad de los alimentos depende de la conducta viciosa o a la falta de aplicación al trabajo, de parte del alimentista o si éste injustamente abandona la casa del que debe dar los alimentos (53). No obstante esta obligación aunque se encuentra dentro del derecho de guarda no es exclusiva de quien ejerce la patria potestad, sino que se extiende a los parientes hasta el cuarto grado colateral. Por lo que es importante fijar la filiación de los menores.

(53) Código Civil Vigente, Cap. II Título Sexto.

CAPITULO TERCERO

SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS EN CASO DE DISOLUCION DEL MATRIMONIO

1.—Por muerte de uno de los cónyuges. 2.—Por divorcio.
A.—Separación de cuerpos, B.—El divorcio vincular. 3.—Por nulidad del matrimonio. 4.—El problema visto por el Derecho Comparado.

En este capítulo veremos las formas de disolución del vínculo matrimonial, pues ellas constituyen la fuente principal del problema planteado por la presente tesis, ya que debido a la terminación de un matrimonio es posible la celebración de un nuevo vínculo y por lo tanto se crea una nueva situación para los hijos.

El matrimonio puede concluir por muerte de uno de los cónyuges, por divorcio o por nulidad. Estas tres formas producen aparentemente las mismas consecuencias, pero según sea la forma que ocasiona la ruptura del vínculo, así será la situación que se origine y solo coinciden en que dan término al matrimonio.

1.—La muerte de uno de los cónyuges es la forma normal de poner fin al matrimonio. Los hijos desgraciadamente quedan en una situación desventajosa ya que todas las obligaciones inherentes a la familia corren a cargo de uno solo de los cónyuges, y éste tal vez no las pueda desempeñar correctamente.

La patria potestad de los menores quedará a cargo del cónyuge que sobreviva y respecto a los bienes se les considera herederos sin distinción, ya se trate de hijos legítimos legitimados o naturales y adoptivos.

Si llegaran a faltar los dos cónyuges, los menores quedarán en poder de los abuelos como lo indica el artículo 414 del Código Civil; si no los hubiere se les nombrará tutor.

Al respecto opinan los Hermanos Mazeaud que a la muerte de uno de los padres, el supérstite ejerce la patria potestad sobre la persona del hijo, y que a la muerte del segundo de los cónyuges la patria potestad hace lugar a la tutela. Esto porque al contrario de nuestro derecho los hermanos Mazeaud de acuerdo a su legislación afirman que "la patria potestad sólo debe atribuirse a los padres y nunca a los abuelos a quienes sólo se debe honor y respeto" (1).

No estoy de acuerdo con tales autores pues considero que además de los padres, compete dicha potestad a los abuelos así como a los padrastros y madrastras en los casos planteados en el siguiente capítulo.

(1) Mazcaud, Hnos. "Lecciones De Derecho Civil", Ed. Jurídica Europea y Americana, Buenos Aires, 1959, Parte I, Vol. IV, pág. 90.

Sería deseable que el matrimonio sólo fuera disuelto por la muerte de uno de los cónyuges, como lo dispone la religión católica, pero, la misma necesidad social obliga a buscar soluciones al problema de los matrimonios mal avenidos o mal constituidos creándose las instituciones del divorcio y de la nulidad.

2.—Respecto a la disolución del matrimonio por divorcio es preciso hacer un breve análisis de éste.

El vocablo divorcio deriva de **divortium - divertere** que significa irse cada uno por su lado y actualmente se le da el significado de ruptura o disolución. Y se entiende por divorcio la ruptura o disolución de un matrimonio.

Bonnecasse lo define como "la ruptura de un matrimonio válido en vida de los esposos por causas determinadas y mediante resolución judicial" (2).

Recaséns Siches explica el divorcio desde el punto de vista sociológico diciendo: "por mucho que sea el amor mutuo que llevó a los cónyuges al matrimonio, la vida conyugal no suele estar exenta, sobre todo en la etapa inicial de malentendidos, competencias, oposiciones, etc., que causan tensiones; estas fricciones pueden malbaratar el matrimonio y convertirlo en un fracaso". Para Recaséns "en el matrimonio se llevan a cabo procesos de acomodación, procesos en que uno de los cónyuges o los dos modifican su personalidad. En esos procesos, la armonía y discordancia se conjugan produciéndose la unión o ruptura del vínculo matrimonial" (3).

Existen dos especies de divorcio: el vincular también calificado de pleno, que supone la disolución del vínculo matrimonial, y deja a los cónyuges en libertad de contraer otro. Y el de separación de cuerpos, calificado de menos pleno.

A.—El divorcio por separación de cuerpos "es el sistema en el cual el vínculo matrimonial perdura y quedan subsistentes las obligaciones de fidelidad, ministración de alimentos e imposibilidad de nuevas nupcias; sus efectos son la separación material de los cónyuges quienes ya no estarán obligados a vivir juntos y por lo consiguiente a hacer vida marital" (4).

Este tipo de divorcio fue el único que regularon los códigos civiles de 1870 y 1884.

Nuestro Código Civil vigente autoriza este tipo de divorcio en su artículo 277, pues dispone: "que el cónyuge que no quiera

(2) Bonnecasse, J., "Elementos de Derecho Civil", Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, Méx., 1946 Vol. I, pág. 552.

(3) Recaséns Siches, "Tratado General de Sociología", 3a. Ed. Ed. Porrúa S. A. México 1960 pág. 475

(4) Rojina Villegas, R., ob. cit., pág. 345

pedir el divorcio vincular fundado en las causas fijadas en las fracciones VI y VII del artículo 267, podrá solicitar que suspenda su obligación de cohabitar con el otro cónyuge, y el Juez con conocimiento de causa, podrá decretar esa suspensión y quedar subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio". El Código actual sólo reconoce este tipo de divorcio excepcionalmente.

Algunos autores aseguran que realmente la llamada separación de cuerpos no es un verdadero divorcio, pues mediante ella se crea simplemente una situación que si bien supone un relajamiento del vínculo matrimonial, no lo destruye, por lo que todas las obligaciones derivadas del estado de matrimonio subsisten, con exclusión de la vida en común.

Colin y Capitant establecen también una distinción entre divorcio verdadero y la separación de cuerpos. Dicen que "el divorcio significa la disolución del matrimonio en vida de los esposos a consecuencia de una decisión judicial, dictada a petición de uno de ellos o de uno y otro, por las causas establecidas en la ley, y la separación de cuerpos es el estado de los esposos que han sido dispensados de vivir juntos por una decisión judicial" (5).

B.—El divorcio vincular es el más importante por su trascendencia jurídica. Este sistema ha sido combatido tenazmente aun antes de su incorporación al derecho civil contemporáneo.

No obstante, no es una institución de los tiempos modernos pues fue conocida desde las civilizaciones más remotas. Actualmente es una institución universal, que ha sido reconocida para remediar los matrimonios realmente frustrados.

Se dice que el divorcio es un cáncer social, pero no lo es en sí, sino las causas que lo originan; lo son esos procesos patológicos del organismo familiar que es necesario extirpar para que cese el estado de perturbación, no sólo de la familia sino de la sociedad en general. Estas causas delictivas unas, por infidelidades otras, vicios incurables u otras causas graves, son las que rompen la solidaridad del vínculo matrimonial y predisponen, separan como un gran abismo a dos seres que alguna vez desearon como su mayor anhelo la vida marital. Dichas causas son las células cancerosas que es preciso extirpar.

Dice Cimbali que el divorcio es la única solución para evitar que subsista un matrimonio cuando en realidad ya no existe por faltarle las condiciones propias de vida, "es ley de alta moralidad, destinado a contener a los cónyuges en la estricta obser-

(5) Colin y Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil" Ed. Reus, Madrid, 1952, T. I, pág 437

vancia de los deberes conyugales y a constituir la más rígida sanción en el caso que sean sustancialmente violados dichos deberes, y dirige principalmente sus dardos contra el autor de la violación" si tiene el divorcio un oficio moralizador debe éste considerarse como un mal necesario (6).

El divorcio vincular ha sido objeto de fuertes controversias y se ha discutido su existencia desde varios puntos de vista: moral, religioso, jurídico, etc., y hasta la fecha aunque dicha institución está bastante arraigada, se han creado dos corrientes: una que repudia el divorcio y la otra que lo acepta.

Para la primera corriente el divorcio implica una solución contraria a los principios morales, ya que según ella fomenta la inmoralidad en las relaciones familiares, y constituye un principio de disolución de la familia y origina la corrupción de los hijos (7).

Para rebatir la tesis anterior se han tomado en cuenta las finalidades mismas del matrimonio; pues éste debe constituir una comunidad espiritual entre los consortes y debe realizarse, en perfecta armonía unida por amor, ideas y principios para lograr sus fines que son la vida en común, los hijos, en una palabra, la familia.

Al efecto valgan las palabras expresadas por Cimbali: el matrimonio "órgano productor de una función eminentemente social, debe subsistir siempre que filológicamente se adapte al propio oficio; mas no después que por vicios igualmente morbosos, se ha verificado un proceso patológico en el organismo familiar que reclama se resuelva en sus elementos moleculares, para que cese el estado de perturbación, no sólo de la familia, sino también de la sociedad en general.

"Esto tiene lugar cuando el delito, la infidelidad, los vicios profundos e incurables, aversión completa e invencible producto de causas graves y permanentes, vienen a romper la solidaridad del vínculo conyugal y abren un abismo entre los esposos que hace absolutamente intolerable la vida marital e irreconciliables los ánimos. Faltan en tal supuesto las condiciones constitutivas del matrimonio, y se hace imposible el cumplimiento de la función social a que está llamado. No puede, pues, sostenerse la subsistencia del matrimonio, por virtud de simple ficción, cuando ya en realidad no existe por faltarle las condiciones propias de vida. El divorcio así concebido es ley de alta moralidad,

(6) Cimbali, Enrique "La Nueva Fase del Derecho Civil" Ed. Sucs. de Rivadeneyra, Madrid 1993 pág. 71 y sgts.

(7) Enneccerus, Kipp y Wolf "Tratado de Derecho Civil" Ed. Bosch, Barcelona 1941 T. IV, Vol. I, pág. 213

destinado a contener a los cónyuges en la estricta observancia de los deberes conyugales y a constituir la más rígida sanción en el caso de que sean substancialmente violados dirigiendo principalmente sus dardos contra el autor de la violación" (8).

Tiene razón Cimbali pues es bastante deprimente ver un hogar donde estén los padres desavenidos ya que los hijos tienen que soportar a éstos en continua pelea y sujetos a malos tratos, la multitud de relaciones adulterinas e hijos ilegítimos; es un espectáculo bochornoso e intolerable.

Evitar el divorcio desde el punto de vista de la moral es dar cabida a la prostitución de la familia, pues, solo origina el odio, la aversión y aun el delito.

Al responder a estos postulados, la institución del divorcio está llamada a cumplir una idea altamente moralizadora en el seno de la vida moderna y evitar así la mala influencia que constituyen para los hijos los hogares desavenidos.

Por otra parte están las opiniones religiosas sobre el divorcio y no todas aceptan o repudian a esta institución, pues tal como aconseja Rojina Villegas "el jurista debe juzgar el problema desde el punto de vista de todas las religiones" (9).

Así existen religiones que admiten el divorcio y otras que lo condenan. El protestantismo por ejemplo, sostenido por Martín Lutero considera que no es verdad que el matrimonio sea un sacramento ni un vínculo indisoluble establecido por Dios y que sólo El pueda disolverlo. Es decir, acepta el divorcio. La religión mahometana en su libro sagrado El Corán, admite el divorcio, que puede realizarse mediante el juramento que se hace ante Alá. En ciertas causas de divorcio, como el adulterio, se puede objetar la disolución al invocar al mismo dios (10).

En cambio la religión católica desecha el divorcio por considerarlo nocivo para la organización familiar y contrario a los principios básicos de su Iglesia, ya que es una institución que tiende a disolver a otra más santa: el matrimonio, considerado por la Iglesia como un sacramento, que además de significar la unión de Cristo con la Iglesia, considera a los cónyuges como una misma carne. "Lo que Dios une el hombre no separe" dice el Evangelio; además aducen los canonistas, que el sacramento del matrimonio ha sido instituido por Dios y El mismo sanciona esta unión, la cual es indisoluble.

(8) Cimbali, E. ob. Cit pág. 71

(9) Rojina Villegas, R. ob. cit. pág. 427

(10) Rojina Villegas, R., ob. cit., pág. 427

En épocas pasadas, se discutió la aceptación o no del divorcio en el seno de la Iglesia Católica. Planiol dice, que la Iglesia reaccionó desde los primeros tiempos en contra del divorcio, pues algunos padres de la Iglesia como San Mateo y Tertuliano "admitían el divorcio cuando tienen como causa el adulterio" "pero, San Marcos y San Lucas lo condenaron de una manera absoluta. Durante algunos siglos se aceptó el divorcio conforme al texto de San Mateo. Esto se discutió desde el siglo VIII hasta el siglo XIII en que triunfó la tesis defendida por San Agustín, que proclamaba la indisolubilidad del matrimonio, ni aun por causa de adulterio y no se volvió a discutir más al respecto (11).

Agustín Verdugo explica el porqué de la discusión del tema del divorcio dentro del seno de la Iglesia Católica y dice que se debió a una mala interpretación que se hizo del Evangelio. Comenta que "Moisés aceptó el divorcio para prevenir otro género de crimen más atroz, ya que si hubiera sido mandado que se conservase a la mujer odiosa, el hecho habría conducido al homicidio" y aclara que lo que Jesús dijo fue, "Moisés ha acordado esta indulgencia a la dureza de vuestros corazones, El ha preferido el repudio a la muerte secreta" y no esto "a causa de la dureza de vuestros corazones el divorcio os ha sido permitido", no Dios sino Moisés permitió el divorcio, es decir, aunque el divorcio se permitió fue por los hombres y no por la religión" (12).

Creo correcta la restricción de la Iglesia hacia el divorcio, pero en algunos casos se deberían fijar normas estrictas para obtenerlo sin lesionar los fines tanto de la religión como del matrimonio. Por ejemplo el adulterio unido al abandono o la enajenación mental incurable de uno de los cónyuges, pues se condena al inocente, a una situación anormal, que propicia el incurrir en pecado y por lo tanto al alejamiento religioso.

Se podría, para dar más severidad a la idea de divorcio en los casos de adulterio, prohibir al cónyuge culpable el matrimonio eclesiástico. Reglamentar el divorcio en forma estricta, lejos de quebrantar las ideas morales o religiosas, vendría a fortificar y vigorizar la base ya relajada de la familia moderna y responder además a todas las objeciones contrarias a su constitución.

El divorcio visto desde el punto de vista jurídico, ha suscitado también diversas controversias y se puede decir que esta doctrina es la que mejor ha discutido el problema desembarazado de ideas religiosas y morales, situándose en una posición neutral. Esto lo refuerza Rojina Villegas cuando dice que "en una comuni-

- (11) Planiol, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil" Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, Méx., 1946, Vol. IV, pág. 14
(12) Verdugo, Agustín. "Principios de Derecho Civil Mexicano Ed. Tipográfica Marcucé, México, 1886, Vol. 3 pág.

dad en la que pueden existir miembros de diversas religiones —y a lo que yo agregó, y de diversos criterios morales— no hay razón para que el derecho imponga un debido criterio religioso” o moral (13).

El divorcio tiene dentro de la doctrina jurídica una gran trascendencia, dados los problemas que acarrear tanto sus causas, como los efectos que produce, y tiene que resolverse en todas las legislaciones siempre con miras a la protección familiar y social.

Dentro de los límites del derecho ha sido muy discutida su existencia, suscitándose los más enconados debates sobre si debe o no existir y jamás han logrado los autores ponerse de acuerdo, y cada vez se impone más el divorcio vincular; éste ha tenido variantes en su historia jurídica, pues mientras que unas legislaciones lo niegan otras lo aceptan.

Nuestra legislación en caso de divorcio pone a salvo los intereses de los hijos, así como su persona, aun cuando a mi modo de ver todavía hay mucho por hacer.

El Código Civil vigente fija la situación de los hijos en caso de divorcio de los padres en su artículo 283, y establece tres reglas a saber:

Primera.—Cuando las causas de divorcio sean el adulterio, dar a luz un hijo concebido antes del matrimonio y declarado ilegítimo, la propuesta del marido de prostituir a la mujer, la incitación a la violencia, los actos inmorales que perviertan a los hijos, la separación del hogar más de seis meses, haber cometido delito, que merezca pena mayor de dos años de prisión, los hábitos de embriaguez, drogas y enervantes. Según citan las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV, del artículo 267 del Código Civil.

Por tales causas los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente y si los dos fueren culpables quedarán en poder del ascendiente que corresponda, si no lo hubiere se les nombrará un tutor.

En los casos citados anteriormente la patria potestad se pierde, no pudiéndose recobrar, ni al morir el cónyuge inocente. Esto se deduce de la segunda regla que dice: “cuando las causas de divorcio estén comprendidas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267 del Código Civil que contienen la separación del hogar por causa justificada, la declaración de ausencia, la sevicia, las amenazas o injurias graves, la negativa de darse alimentos, la acusación calumniosa, el cometer un delito contra el otro cónyuge. En estos casos se otorgará la patria potestad al cón-

(13) Rojina Villegas, R., ob. cit., págs. 427 y 428.

yuge inocente; pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos son culpables se les suspenderá el ejercicio de la patria potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta, entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no lo hubiere se les nombrará tutor.

Respecto a estas dos reglas, Rojina Villegas afirma que "la pérdida de la patria potestad definitiva, sólo debía proceder ante causas muy graves como la corrupción de los hijos, el intento de prostituir a la esposa, los vicios incorregibles y el cometer delito en contra del otro cónyuge y en las otras causas sólo sancionarse con la pérdida de la patria potestad mientras viva el cónyuge inocente" (14).

Es correcta la observación de este autor ya que en los casos de las fracciones I, II, VIII y XIV se peca de rigoristas pues dichas causales no implican un desconocimiento de las obligaciones familiares y muchas veces son meramente accidentales.

La tercera regla se refiere a los casos de las fracciones VI y VII del artículo 267 del Código Civil que prevén las enfermedades y dispone que los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Además para asegurar la debida protección de los hijos nuestro Código Civil dispone que:

"Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos podrán acordar los tribunales a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquiera providencia que se considere benéfica a los menores" (artículo 284).

"El padre y la madre aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos" (artículo 285).

"Ejecutoriado el divorcio se procederá a la división de los bienes comunes y se tomarán las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o con relación a los hijos. Los consortes divorciados tendrán obligación de contribuir en proporción a sus bienes, a la subsistencia y educación de los hijos varones hasta que lleguen a la mayor edad, y de las hijas, aunque sean mayores de edad, hasta que contraigan matrimonio, siempre que vivan honestamente" (artículo 287).

(14) Rojina Villegas, R. ob. cit. págs. 413 a 415

Se debe hacer notar que este artículo solo fija la obligación de alimentar a los hijos varones hasta llegar a la mayoría de edad. Esto es injusto, en el caso de los hijos mayores pero incapacitados para trabajar y que carecen de bienes, porque los deja completamente desamparados. Además, si conforme a las reglas generales que imponen la obligación a los padres de dar alimentos a sus hijos, no hay un límite en fines de la mayoría de edad (15) por lo tanto los padres deben tener en este caso la obligación de dar alimentos a los hijos según las disposiciones contenidas en el Título VI, Capítulo II del Código Civil.

Después de estas consideraciones se puede resumir que los hijos en caso de ruptura del vínculo matrimonial, están asegurados por la Ley, ya que no deben sufrir el daño de la discordia producida por la disolución del matrimonio, además la ley obliga a los padres que los procrearon, a considerarlos siempre como hijos legítimos, y tener en todos los casos el derecho a recibir educación y alimentos en los términos fijados por el código civil.

A pesar de todas las defensas ideadas para proteger dichos intereses no se ha podido establecer una forma eficaz de hacer valer los derechos de los menores, sustrayéndose algunas personas faltas de responsabilidad y sin escrúpulo, al cumplimiento de lo dispuesto por la ley, tal situación origina un estado de indefensión para los hijos menores. La situación de estos en caso de divorcio de los padres en nuestro derecho está regulada y nuestras leyes son de las más avanzadas; sin embargo, las facilidades, la inobservancia de las disposiciones y las maquinaciones dolosas de muchos litigantes llegan a perjudicar a los menores, a la sociedad y al Estado.

3.—La disolución por nulidad del matrimonio produce efectos semejantes a los del divorcio, ya que también da término al vínculo conyugal, pero respecto a los hijos produce efectos diferentes.

Se distinguen dos tipos de nulidad, según las causas de que se deriva, y puede ser absoluta o relativa.

La nulidad absoluta se deriva de un acto ilícito y se caracteriza como imprescriptible, inconfirmable y susceptible de ser intentada por cualquier interesado (16).

La nulidad es relativa cuando tiene por causas vicios de la voluntad, incapacidad, inobservancia de la forma y se caracteriza porque es prescriptible, confirmable y solamente puede ser ejercitada por la parte perjudicada (17).

(15) Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. pág. 415

(16) Bonnecasse Julien, ob. cit. pág. 533 No. 481

(17) *ibidem* pág. 535 No. 482

Para que haya nulidad absoluta se requiere que se reunan las tres características anotadas, de lo contrario sólo será nulidad relativa.

Conforme a nuestro Código Civil únicamente existen dos causas de nulidad absoluta: la bigamia y el incesto.

En el primer caso la imprescriptibilidad se deduce del hecho de que el artículo 248 de dicho ordenamiento no señala término para su prescripción. La inconfirmabilidad se deriva de que si el segundo matrimonio se aceptara, a pesar de la existencia de un vínculo anterior se incurriría en un nuevo acto ilícito. Al señalar al Ministerio Público competente para ejercitar la acción civil a falta de interés de las partes perjudicadas, se declara el carácter general de la acción de nulidad.

La nulidad absoluta solamente procede en caso del incesto cuando se trata de un parentesco en línea recta que no admite dispensa y en la colateral hasta el segundo grado o de afinidad en línea directa. La nulidad de esta causa se deriva de que el artículo 242 del Código Civil no fija el tiempo de prescripción, ni autoriza la confirmación y además de los interesados faculta al Ministerio Público para ejercitar la acción.

Nuestro Código Civil da como sanción la nulidad relativa para los casos de: a) error acerca de la persona con quien se contrae el matrimonio, art. 236, b) la minoría de edad de los contrayentes, art. 237, c) la falta de consentimiento de los ascendientes, arts. 238, 239, 240, d) el parentesco consanguíneo en grado dispensable, art. 241, e) el adulterio cometido entre personas que pretendan contraer matrimonio con el otro art. 243, f) el atentado contra la vida de uno de los cónyuges para contraer matrimonio con el otro, art. 244, g) contraer matrimonio bajo miedo o violencia, art. 245, h) la embriaguez habitual, el uso de drogas y enervantes e impotencia para la copula, padecer sífilis, locura o enfermedades incurables, contagiosas y hereditarias, art. 246, i) el idiotismo o imbecilidad, art. 247, j) la falta de formalidades esenciales, este es un caso de inexistencia por falta de dichas formalidades pero si existe acta de matrimonio además de la posesión del estado matrimonial no se admitirá la acción de nulidad (18).

Los efectos de la nulidad son muy variados resumiéndose en tres clases: efectos entre los cónyuges, efectos para los hijos y respecto a los bienes.

A nosotros sólo nos interesan los efectos que produce respecto a los hijos pero en forma breve veremos los otros dos.

(18) Rojina Villegas, R. ob. cit. pág. 308 y sgts.

Respecto a los contrayentes podemos decir que si los cónyuges obraron de buena fe, produce todos los efectos civiles durante el tiempo que dure el matrimonio (artículo 255 y 256 del Código Civil). Si sólo hubo buena fe de uno de los cónyuges sólo produce efectos el matrimonio respecto a él.

Si fueren los cónyuges de buena fe se dividirán los bienes comunes según las capitulaciones y si sólo uno es de buena fe, a éste se aplicarán íntegramente esos productos y si ambos fueren de mala fe los productos se aplicarán a favor de los hijos, artículo 261 del Código Civil.

Nos informa Planiol que anteriormente se requería además de la buena fe, el justo motivo de error y la publicidad, pero que acertadamente han dejado de ser supuestos para calificar la nulidad por los siguientes motivos.

La justa causa de error ha dejado de ser supuesto porque la jurisprudencia no lo exige y los textos sólo hablan de buena fe.

En cuanto a la condición de publicidad dice Planiol que en los textos actuales no se supone que el matrimonio haya sido celebrado públicamente, pero que esta condición no es absolutamente inútil, ya que si los esposos se esconden para casarse, raramente serán de buena fe, además este hecho revela su conocimiento del impedimento que nulifique el matrimonio (19).

En cuanto a los efectos que produce la nulidad respecto de los hijos podemos señalar los siguientes:

Si para los padres influye la buena fe en los efectos que produce la nulidad, según nuestra legislación civil, los hijos no sufren las consecuencias de la nulidad del matrimonio de sus padres.

Cuando el matrimonio se celebre de buena fe, produce todos sus efectos, en todo tiempo a favor de los hijos, ya sean nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad, o desde su separación en caso contrario (artículo 255 del Código Civil).

Si sólo hubo buena fe de uno de sus padres producirá efectos el matrimonio solamente para ese cónyuge y de los hijos y si los dos fueren de mala fe, el matrimonio sólo producirá efectos respecto de los hijos (artículo 256 del Código Civil).

En cuanto a la patria protestada, al causar ejecutoria la sentencia de nulidad, los hijos varones mayores de cinco años quedarán al cuidado del padre y las hijas al cuidado de la madre. Esto si existió buena fe de parte de los padres.

(19) Planiol, Marcel, ob. cit., págs. 482 y 483

Si uno solo de los padres obró de buena fe, la patria potestad de todos los hijos quedará a cargo de él, excepto los menores de cinco años que se mantendrán en todo caso al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicare a la prostitución, al lenocinio o hubiese contraído el hábito de embriaguez, tuviere alguna enfermedad contagiosa o su conducta ofreciere peligro para la salud o la moralidad de sus hijos (artículo 261 y 262 fracción IV del Código Civil).

Como vemos también en caso de nulidad del matrimonio nuestras leyes dan un máximo de protección a los hijos menores.

4.—El problema visto por el Derecho Comparado.

La ley francesa, declara que la sentencia de divorcio producirá en los hijos los siguientes efectos:

Respecto a la patria potestad los hijos quedarán bajo la protección del cónyuge inocente. Si ambos fueren culpables se les proveerá de un tutor conforme a las disposiciones del Código Civil francés. No obstante si en la sentencia no se hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado en todo caso a los hijos menores de tres años.

A la muerte del cónyuge inocente volverá el cónyuge culpable a recuperar la patria potestad y sus derechos, si la causa que dió origen al divorcio hubiera sido el adulterio, los malos tratos de obra o injurias graves. Si fue distinta la causal se nombrará tutor a los hijos. Esta sanción de privación de la patria potestad no exime al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que esta ley les impone respecto de sus hijos (20).

La ley italiana por su parte sólo concede la separación de cuerpos y deja amplio margen discrecional a los jueces, para determinar la situación de los hijos después del divorcio. Así, el juez determinará a quién otorga la patria potestad del menor, y a quién corresponde proveer su manutención e instrucción, si al padre o a la madre, y los casos en que deben quedar en manos de un tercero o de tutor.

El juez discrecionalmente juzgará la culpa de los cónyuges así como la naturaleza de la infracción, pero deberá tomar en cuenta la edad y el sexo de los hijos, así como también la condición social y económica de los padres a fin de normar su criterio y tomar las providencias más convenientes para la salvaguarda de los hijos. Pudiendo decidir que éstos se repartan entre los cónyuges, así como los gastos.

(20) Bonneccasse, J. ob. cit. págs. 426 y sgts.

El derecho civil alemán en su artículo 1586 establece la situación de los hijos en caso de divorcio de la siguiente manera:

Si ambos cónyuges han sido declarados culpables, el cuidado de los menores de seis años y de las hijas corresponde a la madre y el cuidado de los hijos mayores de seis años corresponde al padre. El derecho del padre queda intacto. El tribunal de tutelas por causas especiales y cuando de la aplicación de las reglas generales resulte peligro para los intereses del hijo puede dictar otras normas y además puede transferir en todo o en parte el cuidado de los hijos al otro cónyuge teniendo en cuenta el fin principal de la patria potestad, que es la debida protección del menor.

El cuidado de la persona del hijo, cuando se declara exclusivo a uno de los cónyuges, corresponde al inocente, pero el padre conserva el derecho de representar al hijo aunque sea él la parte culpable.

España no se sustrajo a la regla general de que los hijos queden en poder del cónyuge inocente y así lo disponen sus leyes; declarado el divorcio los hijos deberán ser puestos bajo la patria potestad del cónyuge inocente, a no ser que tengan menos de tres años, en cuyo caso deben estar al cuidado de la madre. Si la sentencia no hubiera dispuesto otra cosa, la privación de la patria potestad y sus derechos no eximen sin embargo al cónyuge culpable del cumplimiento de las obligaciones que la ley les impone (23).

Por nuestra parte el derecho mexicano en la época prehispánica era bastante evolucionado, pues en el derecho Azteca, verbigracia, también regía la regla general de que los hijos menores, en principio se entregaban al cónyuge inocente así como la patria potestad. En caso de convencer a los tribunales de que se cumplía la causa invocada, entonces el tribunal le confiaba la patria potestad de los menores, distribuyéndose por partes iguales ambos cónyuges los bienes de la familia (24).

El Código Civil de 1870 fija la situación de los hijos por causa de divorcio en su artículo 268 que dice: "ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, pero, si ambos fueren culpables y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de un tutor conforme a los artículos 546, 547, 555, y 556 en su respectivo caso".

(23) Manresa y Navarro. "Derecho Civil Español" Editorial Reus, MADRID, 1907, Vol. II, pág. 10 y sgts.

(24) De Soustelles, Jacques "La Vida Cotidiana de los Aztecas" Fondo de Cultura Económica pág. 188

El cónyuge que diere causa al divorcio perderá todo su poder y derecho sobre la persona y bienes de sus hijos mientras viva el cónyuge inocente, pero lo recobrará a la muerte de éste, si el divorcio se declara por las causas III, V, VI señaladas en el artículo 240; en los demás casos no podrán recuperar la patria potestad”.

El divorcio según el código civil de 1884 produce la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable, y sólo podrá recuperarla a la muerte del cónyuge inocente, siempre y cuando la causa motivo del divorcio haya sido la sevicia, las amenazas, las injurias graves de un cónyuge para el otro o la infracción de las capitulaciones matrimoniales. En cualquier otro caso no podrá recuperarla.

La Ley de Relaciones Familiares de 1917 determina en su artículo 94, la situación de los hijos a causa del divorcio y dice: “ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero si ambos fueren culpables y no hubiese ascendientes en quien recaiga la patria potestad se proveerá a los hijos de tutor conforme a la ley”.

Nuestro código civil vigente fija la situación de los hijos en caso de divorcio de sus padres en el artículo 283 y fija tres reglas; primera.—Cuando las causas estén comprendidas en las fracciones I, II, III, IV, VIII, XIV, XV del artículo 267 los hijos quedan en poder del cónyuge inocente y no puede recobrarla el culpable ni a la muerte de aquél, lo mismo si los dos fueren culpables pues se nombrará un tutor. Segunda.—Si las causas están comprendidas en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedan en poder del inocente pero al morir éste la patria potestad la recupera el culpable. Si los dos fueran culpables se les nombrará tutor y a la muerte de uno de los cónyuges la recupera el otro. Tercera: en los casos de las fracciones VI y VIII del artículo 267 los hijos quedan en poder del cónyuge sano, pero el enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.

Resumiendo: el principio general no sólo en nuestro país sino en todos los códigos civiles que reconocen el divorcio es el de privar al cónyuge culpable de la patria potestad de los hijos, y concederla al inocente, pero viendo siempre al beneficio de los menores.

CAPITULO CUARTO

SITUACION JURIDICA DE LOS HIJOS FRENTE AL NUEVO MATRIMONIO DE SUS PADRES

1.—El problema en cuanto a la persona del menor. 2.—La situación del menor durante la patria potestad. 3.—La obligación del nuevo cónyuge, en tal situación.

En el transcurso de este estudio se han analizado la situación de los hijos como personas individualmente consideradas, la relación de los mismos respecto a sus padres durante el matrimonio y la condición que guardan los hijos en caso de disolución del matrimonio de sus padres.

De dicho estudio resulta que los hijos están aparentemente protegidos por el derecho, pues las leyes regulan más o menos, todas las situaciones posibles. Las nuevas ideas respecto a la disolución del vínculo matrimonial, permiten a las personas un mejor desenvolvimiento desembarazándolas de prejuicios religiosos y éticos, algunas veces absurdos y obsoletos, y además rehacer la vida conyugal de quienes tuvieron la desgracia de fracasar en su matrimonio por causas ajenas a su voluntad y que no obstante eran condenadas a una condición de celibato vitalicio.

En la actualidad, autorizado el divorcio vincular, se permite a los divorciados contraer un nuevo matrimonio, pero surge el problema relativo a la situación que guardan sus hijos de anteriores relaciones respecto al nuevo matrimonio de sus padres; es decir, cuando una persona contrae un nuevo vínculo siendo viuda, divorciada o cuando su matrimonio es anulado y ha tenido hijos cuya patria potestad ejercita, ¿qué derechos y obligaciones tiene frente a esto?

El problema es serio ya que afecta a instituciones tan importantes como son la familia, el matrimonio y la patria potestad.

Tradicionalmente se considera a la familia, como el lazo de unión permanente entre padres e hijos. Sin embargo considero que ésta concepción debe reconsiderarse por las situaciones que plantea el hecho de un nuevo matrimonio, es decir, que en virtud de éste, debe crearse una nueva relación entre los hijos del primer enlace y el nuevo cónyuge de su padre o madre.

Al respecto cabe considerar la opinión que nos dan Enneccerus, Kipp y Wolff; "El parentesco de padrastros e hijastros es auténtica afinidad, aunque no se emplee esta calificación en la vida corriente" (1). Así también lo acepta nuestro derecho aún cuando con consecuencias restringidas pues no existe el derecho

(1) Enneccerus, Kipp y Wolff. "Tratado de Derecho Civil" Derecho de Familia, T. IV, Ed. BOSCH, Barcelona 1941, pág. 89.

de alimentos entre afines, y sólo se acepta como consecuencia jurídica la de que el matrimonio no puede celebrarse entre parientes por afinidad en la línea recta (2).

Esta postura de nuestra legislación resulta contraria a la idea de protección de los menores que veremos más adelante, por lo que considero que debe haber una vinculación entre padrastros e hijastros plenamente garantizada y regulada por el derecho.

Justamente hace ver Iván Lagunes que no es preciso el haberse casado anteriormente para que los hijos se encuentren en la situación plantada en el título de esta tesis y sólo basta que contraiga matrimonio uno de los padres que tenga la patria potestad, con persona distinta a aquella con quien procreó ese hijo.

En efecto, en el primer capítulo se determinaron los derechos de que gozan los hijos en su calidad de personas y asentamos que esos derechos suelen denominarse atributos de la personalidad y que fundamentalmente son: El nombre, el domicilio, el patrimonio y el estado civil.

Ahora bien, el nombre en caso de un nuevo matrimonio de los padres no debe ser alterado por ningún motivo dado que éste es una característica que presupone una relación de consanguinidad; por lo tanto sólo debe ser usado por quien tenga tal derecho en virtud de dicha relación y, como dijimos, entre padrastros e hijastros sólo existe afinidad.

Por tanto este atributo, por su misma naturaleza no nos da ninguna base para atribuir a los menores los apellidos de los padrastros. Sin embargo, se vislumbra una posibilidad para los hijos de personas solteras, ya que si sus hijos carecen de apellido y su cónyuge acepta dárselos, se podría establecer el precedente de atribuirles el apellido del padrastro.

En cuanto al domicilio los hijos menores poseen este atributo fijado en los artículos 31 y 32 del Código Civil; se trata del domicilio legal que es el único que pueden tener los menores, ya que su calidad de hijos les impide establecer un domicilio voluntario o convencional, salvo casos de emancipación.

Sin embargo, este atributo presenta dificultades al menor de edad, al celebrar sus padres un nuevo matrimonio, ya que el artículo 32 del Código Civil en su fracción primera reputa domicilio legal del menor de edad, el de la persona a cuya patria potestad está sujeto y se presentan dos supuestos o hipótesis.

Primera.—Una persona que tiene la patria potestad y contrae un nuevo matrimonio, ¿tendrá derecho a llevar a los hijos de una relación anterior a ese vínculo, a su nuevo hogar conyugal?

(2) Rojina Villegas, Rafael, "Compendio de Derecho Civil" Librería Robredo 1964 Vol. I, págs. 258 y 259.

Al analizar nuestra ley respectiva no encontré ninguna disposición expresa que regulara la situación de los hijos de un matrimonio anterior, pero sí existen los artículos 372 y 373 del Código Civil que se refieren a los hijos habidos de una relación anterior a su matrimonio.

Estos artículos debemos interpretarlos analógicamente según nos lo permite el mismo código en su artículo 19 que dice: "Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho". Y como la analogía, "es una forma jurídica de interpretación de la ley, y se basa en la idea de que en todos aquellos casos en que existe una misma razón jurídica la disposición debe ser la misma. Para la aplicación correcta de la analogía, no basta la simple semejanza de dos situaciones de hecho, una prevista y otra no prevista por la ley; requiérese así, que la razón en que la regla legal se inspira, exista igualmente en relación con el caso previsto. Lo que justifica la aplicación por analogía es la identidad jurídica sustancial" (3).

Por lo expuesto debemos decir que los hijos menores sólo podrán ser llevados al nuevo hogar, con la autorización del padrastro o madrastra.

El artículo 372 del Código Civil dispone que "la mujer casada podrá reconocer, sin el consentimiento del marido, a su hijo habido antes de su matrimonio; pero no tendrán derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con el consentimiento expreso del marido". Y lo mismo dice el artículo 373 del mismo ordenamiento, respecto al marido. De esto se desprende que si la ley se refiere a los hijos habidos fuera del matrimonio, es decir, a aquellos que sólo tienen relación natural ya con el padre o la madre, en igual situación se encuentran los hijos del primer matrimonio respecto al segundo cónyuge y que por lo tanto no podrán llevarse al nuevo hogar conyugal, si no es con la autorización del nuevo esposo.

Tal situación plantea un estado jurídico irregular, pues se supone que los hijos tienen derecho y obligación de estar al lado de sus padres, y así lo ordena el artículo 421 del Código Civil que dice: "mientras estuviera el hijo bajo la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o de autoridad competente". Además, los artículos 372 y 373 del Código Civil entran en pugna con los artículos 32 y 413 del mismo ordenamiento. El primero referido al domicilio legal de los menores,

(3) García Máynez, Eduardo, "Introducción al Derecho" Ed. Porrúa Hnos., México, 1956, págs. 335 y 336.

y el 413 que dice, "la patria potestad se ejerce sobre las personas y los bienes de los hijos sujetándose a las disposiciones de previsión social".

La pugna existe porque si la esencia del artículo 413 citado, consiste en la guarda y corrección de los hijos, supuestos por el ejercicio de la patria potestad, el hecho de que éstos residan al lado de la persona que ejerce dicha potestad, se supone, que es para prestarles una mejor atención respecto a esa guarda y corrección así lo establece el artículo 421 de dicho código al no permitir que los menores abandonen el hogar de quien ejerce la patria potestad.

Acorde con esta idea cabe afirmar que el hijo debe ser llevado al nuevo hogar conyugal con o sin autorización del nuevo contrayente, conforme a las siguientes razones:

a.—Los fines de la patria potestad suponen la educación, alimentación, corrección y prestación de oficio del menor, y mal podría el titular de la patria potestad, ejercer los derechos y obligaciones que impone el poder paterno, si no está el hijo con él o bajo su guarda y responsabilidad.

b).—El nuevo esposo no debe evitar que se lleve a esos hijos al hogar conyugal, dado que, si accede a tener relaciones y aun más, a contraer matrimonio con una persona que tenga hijos menores, se entiende su aceptación tácita a que esos hijos sean llevados al nuevo hogar.

c.—En caso de darse una solución contraria, los hijos pueden pasar a la potestad de los abuelos o de un tutor según dispone el artículo 414 del Código Civil. Pero esto no debe ser, porque según ordena el mismo código, en su artículo 420 "solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente entrarán al ejercicio de la patria potestad los que le sigan en el orden establecido", y el hecho de un nuevo matrimonio no pueden considerarse como falta o impedimento y menos aún, cuando afirma el artículo 445 del mismo código que "La madre o abuela que pasen a segundas nupcias no pierden por ese hecho la patria potestad", entendiéndose lo mismo para los padres y abuelos.

Por otra parte, si el nuevo cónyuge se negara a que esos hijos fueran llevados al nuevo hogar, se harían inútiles las medidas tendientes a proteger a esos menores, porque al quedar fuera de la familia quedarían en una situación desfavorable.

d.—Los hijos menores deben llevarse al nuevo hogar conyugal con el fin de evitar que queden sin control, ya que estarían en el riesgo de adquirir malos hábitos o mantenerse sin control educativo, y por consecuencia ocasionarían perjuicios a la misma sociedad.

e.—Además no debe quedar a la voluntad de los consortes el aceptar o rechazar en su hogar a los hijos del otro, sobre todo si sabían de su existencia y que éstos quedaban bajo su potestad.

Debido a estas consideraciones se debe luchar porque se establezcan reglas dentro de nuestra legislación que dispongan que los hijos del primer matrimonio sean llevados al nuevo hogar conyugal, sin que valgan excusas de parte del nuevo contrayente; y que así mismo, el esposo del primer matrimonio considerado culpable, pueda recuperar la patria potestad en los casos fijados por la segunda regla del artículo 283, del Código Civil, salvo lo que disponga la autoridad judicial con la opinión del cónyuge inocente.

Visto el problema desde el punto de vista del cónyuge inocente, ahora lo veremos desde el punto de vista culpable.

Esta hipótesis se deriva de la segunda regla del artículo 283 del Código Civil que dice: "si la causa de divorcio estuviera comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267 del mismo Código, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta.

Puede existir esta segunda hipótesis consistente en que si una persona considerada culpable en caso de divorcio, hubiere contraído un nuevo matrimonio y en virtud de la segunda regla antes citada, recupera la patria potestad.

Esta hipótesis nos lleva a considerar también serios problemas respecto al domicilio del menor, debido a que debemos tener como nuevo domicilio el del padre que recupera la patria potestad. Por ejemplo, surge el obstáculo de que el nuevo cónyuge se niegue a que esos hijos sean llevados al hogar.

El derecho objetivo no se avoca al problema directamente y sólo los artículos 372 y 373 del Código Civil lo hacen en forma analógica, al establecer que solo podrán ser llevados al nuevo domicilio con el consentimiento del cónyuge.

Esto es injusto porque somete el destino de esos hijos a la voluntad caprichosa de los individuos. El Estado debe obligar a que esos hijos pasen al nuevo hogar, y es claro que así debe hacerse, para cumplir con los ideales de protección a los menores y con la obligación de los padres de velar por sus hijos y porque en tal sentido lo afirman los artículos 412, 414 y 418 del Código Civil.

Se ha señalado anteriormente el derecho y obligación que tienen los padres de llevar a sus hijos al nuevo hogar conyugal, en el caso de los consortes inocentes, y acordes con la idea apuntada, se debe afirmar que dicha obligación se entiende también para el culpable cuando recupera la patria potestad.

En caso de una solución contraria, esos hijos quedarían en completo desamparo; lo que se encuentra fuera de los principios generales del derecho respecto a los menores. Si nuestras leyes consagran la debida protección de los menores, se debe afirmar la idea de que a los hijos solamente se les puede dar la debida protección en el hogar, y que, aunque se les provea de una cantidad suficiente para sustituirla, si no existe un hogar bien organizado serán nulos los esfuerzos por otorgarles una educación, pues sólo se podrá proporcionarles cultura, más no de moralidad, ni sentimientos humanitarios (4). Esto sólo se adquiere en la vida hogareña y los padrastros y madrastras tienen obligación de colaborar a tales fines, y por lo tanto de mantener a esos hijos en su hogar.

Otro problema derivado de la segunda regla del artículo 283 del Código Civil, es el que se produce cuando no se sabe el domicilio de los padres que recuperan la patria potestad según la regla segunda citada.

Este es un caso penoso que de golpe deja a los hijos en el más completo desamparo, a pesar de todas las leyes que se hayan dictado a favor del menor, pues el padrastro o madrastra si es que aceptaron a dichos menores en su hogar, en vida de sus cónyuges, tal vez a la muerte de éstos, ya no lo consideren así ya que la ley civil en su artículo 446, no establece ningún régimen sobre esos hijos, a pesar de la relación de afinidad con el padrastro o madrastra.

Este aspecto ha sido descuidado por nuestra legislación pues supongamos que un menor que ha residido con su padre o madre a la vez que con su padrastro o madrastra y muere el padre con quien vive, ¿qué les sucederá si el padrastro o madrastra se niegan a mantenerlos alojados en su hogar?. Si los menores tienen ascendientes no hay problema, pero si existe éste, cuando no los hay o se desconoce su domicilio.

Las leyes deberían fijar una obligación a los padrastros y madrastras mientras se sabe el domicilio de los ascendientes fijados por el artículo 414 del Código Civil, para asistir a los hijos por lo menos mientras se sabe el paradero de dichos as-

(4) Quiero decir con esto que la cultura sólo califica al hombre, pues se puede ser muy culto pero falto de valores humanos, tales como el amor, la bondad, el respeto, etc.

endientes o queden en poder de un tutor. No es justo que esos menores por una circunstancia tan ajena a su voluntad se vean de pronto desamparados y constituyan una carga para el estado y un problema para la sociedad.

Este problema podría, si no remediarse, al menos prevenirse de modo que los padrastrros y madrastras contrajeran la obligación de cuidar a los hijastros en forma expresa en el momento de celebrar su matrimonio y que tal obligación no termine sino hasta dejarlos a la muerte de su cónyuge, en poder del ascendiente que corresponda. Así vendría a evitarse la existencia de menores expuestos en la vía pública a todos los peligros, a la vez que el Estado se libraría de una carga que no sólo por razón económica, sino también por razones legales no es de su directa incumbencia, por lo que manifiesto a favor de una reglamentación al respecto.

Un tercer problema es el que se constituye por que los hijos quieren regresar con su padre o madre considerado culpable, al contraer un nuevo matrimonio el cónyuge inocente.

Para resolver esta interrogante es básico el análisis de las causales y debemos considerar que el menor podrá regresar con el padre considerado culpable siempre y cuando la causal, motivo del divorcio, no esté determinada en las fracciones III, IV, V, VII, XIV y XVI del artículo 267 del Código Civil. En efecto, la mala influencia que ocasionaría en los hijos la propuesta del marido para prostituir a la mujer, supone una carencia de principios morales; lo mismo que incitar a cometer un delito o el hecho de corromper a los hijos o tolerarlo; así mismo la locura incurable que imposibilita el poder cuidar a los hijos, la desobligación que presupone la fracción XII y el mal ejemplo que causa una persona que frecuentemente comete delitos ya contra su cónyuge o contra terceros. En los demás casos considero que según el criterio judicial se debería permitir que el menor regresara con el padre o madre considerado culpable. Esta situación podría traer como consecuencia que los menores quieran continuamente estar bajo una u otra potestad y para evitar tal posibilidad una vez fijado el domicilio, debe prohibirse su cambio de residencia. Y solo por causa justificada y con intervención del juez pupilar, debe permitirse.

Este problema debe resolverse antes de celebrarse el nuevo matrimonio, haciéndose del conocimiento de los padrastrros la obligación de mantener y asistir a los hijastros en su hogar llegado el caso.

Otra cuestión que puede presentarse en el caso de que si el hijo vive con el cónyuge inocente y éste fallece; tomando en cuen-

ta la segunda regla del artículo 283 del Código Civil, se pondrá al menor bajo la potestad del culpable, pero, que sucedería ¿si aquel se niega a regresar con el padre o madre considerado culpable?.

Según el artículo 32, fracción I, del Código Civil, se debe obligar a los menores a ir con el padre culpable, en los casos fijados por la segunda regla del artículo 283 del mismo código. Pero tomando en cuenta la culpabilidad de dicho cónyuge es justo y merecido el castigo de la negativa del hijo a regresar a su lado, pues si él mismo propicio con su falta dicha situación, y el hijo le ha perdido el afecto y el respeto, ha sido por su culpa. En este caso no debe obligarse al menor a seguir a su padre o madre culpable de divorcio, sino sólo cuando se encuentre en peligro su seguridad, asistencia y educación, para lo cual quedará al criterio judicial determinar, si la negativa del menor procede o no, y en todo caso, también la resolución de que el menor quede bajo el ascendiente que más convenga.

Sin embargo, es posible que el menor esté a gusto con su padrastro o madrastra, caso en el cual, si éstos aceptan podría dejárseles a su lado en calidad de tutores, pero esto sólo si es benéfico para el menor. Creo y he afirmado en el transcurso de esta exposición que no hay mejor lugar para un menor que con sus padres y que los padrastros y madrastras sólo deben ser subsidiarios o auxiliares.

Lo anterior se asienta con respecto a los mayores de dieciséis años, que los de menor edad no están en la posibilidad de decidir al respecto, dado que su escaso juicio les impide juzgar su situación en forma razonada.

Hasta aquí lo relativo al domicilio; veremos ahora lo referente al patrimonio.

El patrimonio del menor se constituye por los derechos a las prestaciones que deben recibir de sus padres, así como por los bienes y derechos que puedan obtener por su propia iniciativa. Entre las prestaciones, que obliga la ley a los padres para con sus hijos, están los alimentos, la educación y asistencia.

Respecto a este atributo no presenta problema el hecho de que los padres contraigan un nuevo matrimonio, pues como dijimos, los hijos quedan garantizados plenamente, aunque podría darse el caso de que en virtud de un nuevo enlace los padres desatendieran las obligaciones impuestas por las leyes y por lo tanto los hijos vieran mermado su patrimonio respecto a las prestaciones que debían recibir, debido a la división que tendría que hacerse de los recursos económicos de los padres al formar éstos un nuevo hogar.

Además, como dijimos, la relación que existe entre padrastros e hijastros es simple afinidad, y esta forma de parentesco no otorga conforme a nuestro derecho ninguna facultad y sólo se toma en cuenta a fin de impedir los matrimonios entre parientes de esa clase en línea recta.

Se debe tomar en cuenta el derecho a la herencia dentro del patrimonio de un menor, máxime tratándose de la sucesión legítima, pues la ley lo confiere a los descendientes, cónyuges ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado y en algunos casos a la concubina, según el artículo 1602 del Código Civil.

Debido a lo dispuesto por el artículo 1603 del Código Civil, los hijastros quedan excluidos por tener un parentesco por afinidad con relación al padrastro. De tal modo que podemos afirmar que los hijastros no tendrán derecho a la herencia de los padrastros, sino sólo en la parte que les corresponda con relación a sus padres.

Respecto al estado civil diremos que este atributo como consecuencia de un nuevo matrimonio de sus padres no se altera, dado que por tal circunstancia no varía en los hijos su estado familiar, político o personal, respetándose su condición de hijos de familia.

2.—Para los hijos, en caso de un nuevo matrimonio de sus padres se originan tres situaciones respecto a la patria potestad, derivadas del artículo 283 del Código Civil.

a) Cuando el padre considerado inocente y que ejerce la patria potestad, contrae un nuevo matrimonio.

b) Cuando el padre culpable recupera la patria potestad, y ya ha contraído un nuevo vínculo.

c) Cuando el cónyuge sano en ejercicio de la patria potestad contrae un nuevo enlace.

a) De la primera situación se derivan problemas que deben tomarse en cuenta, porque afectan seriamente la vida de los menores.

Desde luego se debe determinar la situación jurídica del menor en caso de un nuevo matrimonio de sus progenitores y en tal caso su situación es desventajosa ya que nuestra legislación no la determina ni siquiera en forma breve.

Hasta la vigencia de la ley de Relaciones Familiares de 1917, el hecho de un nuevo matrimonio era considerado como causa para perder la patria potestad. Actualmente nuestro Código Civil

considera que esa circunstancia no afecta al ejercicio de la patria potestad, pues en su artículo 445 expresa que "la madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por ese hecho la patria potestad".

Tal artículo debe referirse también a los padres y abuelos ya que la patria potestad se refiere primeramente a los varones, y como indica Planiol, existe una preponderancia del padre durante el matrimonio (5). Por tal motivo ese artículo debe ser más general y no referirse únicamente a la madre o abuelita.

Actualmente los casos del nuevo matrimonio del cónyuge inocente no son causa para perder la patria potestad, porque el Código Civil establece en forma expresa en sus artículos 443 y 444 las formas de acabarse y perderse dicha potestad: Estos señalan como causas la muerte de quien la ejerce, la emancipación y la mayoría de edad del hijo, más no el hecho de contraer un nuevo matrimonio. Se puede establecer que estas son causas ordinarias y llamar extraordinarias a las citadas por el artículo 444 del propio ordenamiento que dice: "La patria potestad se pierde: Fracción I, cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves. Fracción II, en caso de divorcio según dispone el artículo 283. Fracción III, cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no constituyan delito. Fracción IV, por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

El artículo 447 del Código Civil fija los casos de suspensión de la patria potestad y tales son: la incapacidad declarada judicialmente; la ausencia decretada en forma y la sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión. En ninguno de estos artículos se considera al nuevo matrimonio como causa para terminar, perder o suspenderse la patria potestad y sí se reafirma, en cambio, este derecho en el artículo 445.

Esto se explica porque si se perdiera dicha potestad por causa de un nuevo matrimonio, implicaría un mayor perjuicio para los menores, lo cual constituye un problema, pues los menores quedarían en una situación de absoluto abandono y se precisaría de la intervención del Estado con el fin de protegerlos.

Si dicha pérdida se establece a favor del cónyuge culpable o de mala fe, se desvirtúa el fin de esta sanción en contra de los culpables, o sea el castigo por su incumplimiento a las obligacio-

(5) Planiol, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil" Editorial José M. Cajica Jr. Puebla Méx. 1946 Vol. IV pág. 255.

considera que esa circunstancia no afecta al ejercicio de la patria potestad, pues en su artículo 445 expresa que "la madre o abuela que pase a segundas nupcias, no pierde por ese hecho la patria potestad".

Tal artículo debe referirse también a los padres y abuelos ya que la patria potestad se refiere primeramente a los varones, y como indica Planiol, existe una preponderancia del padre durante el matrimonio (5). Por tal motivo ese artículo debe ser más general y no referirse únicamente a la madre o abuelita.

Actualmente los casos del nuevo matrimonio del cónyuge inocente no son causa para perder la patria potestad, porque el Código Civil establece en forma expresa en sus artículos 443 y 444 las formas de acabarse y perderse dicha potestad: Estos señalan como causas la muerte de quien la ejerce, la emancipación y la mayoría de edad del hijo, más no el hecho de contraer un nuevo matrimonio. Se puede establecer que estas son causas ordinarias y llamar extraordinarias a las citadas por el artículo 444 del propio ordenamiento que dice: "La patria potestad se pierde: Fracción I, cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves. Fracción II, en caso de divorcio según dispone el artículo 283. Fracción III, cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes se comprometa la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando estos hechos no constituyan delito. Fracción IV, por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

El artículo 447 del Código Civil fija los casos de suspensión de la patria potestad y tales son: la incapacidad declarada judicialmente; la ausencia decretada en forma y la sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión. En ninguno de estos artículos se considera al nuevo matrimonio como causa para terminar, perder o suspenderse la patria potestad y si se reafirma, en cambio, este derecho en el artículo 445.

Esto se explica porque si se perdiera dicha potestad por causa de un nuevo matrimonio, implicaría un mayor perjuicio para los menores, lo cual constituye un problema, pues los menores quedarían en una situación de absoluto abandono y se precisaría de la intervención del Estado con el fin de protegerlos.

Si dicha pérdida se establece a favor del cónyuge culpable o de mala fe, se desvirtúa el fin de esta sanción en contra de los culpables, o sea el castigo por su incumplimiento a las obligacio-

(5) Planiol, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil" Editorial José M. Cajica Jr. Puebla Méx. 1946 Vol. IV pág. 255.

nes inherentes al matrimonio. Además los cónyuges culpables no pueden recuperar la patria potestad de sus hijos menores más que en los casos previstos por la ley, que son los fijados en el artículo 283 y este señala que sólo a la muerte del cónyuge inocente podrá recuperar la patria potestad el culpable, siempre que la causa que dió origen al divorcio esté comprendida en las fracciones IX, X, XI, XIII y XVI del artículo 267 del Código Civil.

En caso de un nuevo matrimonio del cónyuge inocente el culpable no recupera la patria potestad. Esta solución de nuestro código civil es correcta y me adhiero al supuesto de la ley, pero, si consideramos los problemas que ocasiona un nuevo matrimonio, con hijos de un enlace anterior, tanto para los contrayentes como para los mismos menores y tomándose en cuenta las causas que originaron la disolución del vínculo anterior como son los casos citados por las fracciones I, VIII, IX, X, XI, y XVIII del artículo 267 del Código Civil, podría hacerse una excepción.

Es decir, que en tales supuestos debía permitirse al cónyuge culpable recuperar la patria potestad, ya que es posible que esas causas hayan sido cometidas involuntariamente o por falta de afecto entre los cónyuges. Pero puede ser que el cónyuge considerado culpable de divorcio por esas causas, sea responsable en cuanto a los deberes para con sus hijos.

En esos casos, repito, debía permitirse la recuperación de la patria potestad a los padres culpables, para evitar a los menores el problema moral de ver a sus progenitores convivir con otra persona, lo que podría ocasionarles un trauma Psíquico. Pero tal concesión, deberá ser hecha no con carácter obligatorio, sino sólo en el caso que sea benéfico para los menores y esto debe quedar bajo el criterio judicial.

Esto podría solicitarlo el cónyuge inocente con el fin de que la guarda del menor no sea gravosa al nuevo matrimonio, lo que puede ocasionar un perjuicio a los menores por el poco poder económico del nuevo hogar. Con tal objeto se debe modificar el artículo 283 del Código Civil en el sentido de otorgar un margen discrecional al juez para que decida la situación jurídica de los hijos, al presentarse el supuesto de un nuevo matrimonio o establecerse una reglamentación al problema de los hijos en caso de un nuevo matrimonio de los padres.

Otro problema es el referente a si los nuevos cónyuges pueden oponerse a que se conserve o ejercite la patria potestad de los hijos de un matrimonio anterior.

Esta circunstancia sería jurídicamente intrascendente pues no existe ninguna base legal para fundamentar esa negativa, y aún

más, porque tratándose de leyes imperativas de orden público, los particulares no pueden contrariarlas por un acto de voluntad. En tales casos la persona que contrae matrimonio con una persona que tenga hijos de anteriores relaciones, debe considerar esa circunstancia antes de casarse, ya que después no podrá oponerse a que su cónyuge conserve o recupere la patria potestad ni invocar ese hecho como causa de divorcio, mayormente si conocía la existencia de esos hijos.

En el caso de las personas viudas, vale lo dicho anteriormente debido a que como falta el otro cónyuge, los hijos no podrán pasar a su poder ni tampoco al de los ascendientes, ya que un nuevo matrimonio no implica la falta o imposibilidad de los padres que es el supuesto que plantean los artículos 418 y 420 del Código Civil; de donde se desprende que el hecho de un nuevo matrimonio no se debe considerar como falta o impedimento para ejercer la patria potestad por lo que ésta no pasa a los ascendientes fijados por la ley.

La nulidad del matrimonio produce la pérdida de la patria potestad al culpable por lo que también es fuente de los problemas planteados y debe aplicarse el mismo criterio.

b) La segunda situación planteada o sea cuando el culpable recupera la patria potestad según indica la segunda regla del artículo 283 del Código Civil, y ya ha contraído un nuevo matrimonio, presenta también una enorme variedad de problemas.

Entre estos encontramos que, el nuevo cónyuge del culpable puede oponerse a esa recuperación. Hemos visto que esta negativa no tiene razón de ser y que podría resolverse conforme a nuestro derecho, en el sentido de que el nuevo cónyuge no puede oponer por tratarse de una disposición de orden público y no puede evitarse su cumplimiento. Por lo mismo, una persona que contraiga matrimonio con otra que tenga hijos de una relación anterior, tiene obligación de que llegado el caso, acepte que su esposo o esposa, recuperen la patria potestad de los hijos del vínculo anterior, con todas sus consecuencias, llevarlos a vivir a su domicilio, alimentarlos, etc., sin que puedan oponer excepción alguna, y para evitar esa oposición debe crearse una ley o reglamento que establezca las obligaciones de los nuevos cónyuges, por la recuperación de la patria potestad de los hijos del anterior matrimonio de sus consortes.

Con el fin de evitar que surjan problemas debe hacerse mención, de la circunstancia de ser viudos, divorciados o de que su anterior enlace haya sido nulo, en el momento de la celebración del nuevo matrimonio. Dice Rojilla Villegas que es frecuente "que en México se cometa el delito de falso informe a la autoridad, ha-

ciendo constar el cónyuge divorciado, en su solicitud de matrimonio, que es simplemente soltero. Claro está que se ha pretendido defender, a través de un fraude a la ley, esa declaración de que es soltero, para sostener que no hay un delito. Porque se dice, el divorciado es soltero, y si declara que es soltero, no hay falso informe a la autoridad.

Ahora bien, las leyes pueden ser burladas a través de un verdadero fraude, y los jueces jamás deben ser cómplices de estos fraudes de los cuales son responsables los abogados. El abogado no debe ser consejero para defraudar a la ley. Y por desgracia en México, tal parece que la profesión de abogado se emplea de dos maneras. O para cumplir la ley, o para violarla mediante una salida ingeniosa" (6).

El mismo autor aconseja después de criticar a los jueces que se prestan o son sorprendidos por tales abogados, que no se permita ese juego de preceptos o maquinaciones, ingeniosas, pero contrarias a la ley, bajo pena de incurrir en deshonestidad e improbidad, pues al ocultar la calidad de viudo o divorciado, además de ser un delito, es una violación al artículo 98, fracción VI, del Código Civil, que establece como requisitos para contraer matrimonio "exhibir acta de defunción del cónyuge fallecido, si alguno de los contrayentes es viudo, o de la parte resolutive de la sentencia de divorcio o nulidad del matrimonio, en caso de que alguno de los pretendientes haya sido casado anteriormente".

Lo anterior es una de las causas que apunté anteriormente sobre las maquinaciones de los litigantes que hacen nulas las prestaciones legales en beneficio de los menores.

Por otra parte este modo de actuar se presta también a violar lo dispuesto por el artículo 289 del Código Civil, respecto a que el cónyuge culpable de divorcio sólo podrá contraer un nuevo matrimonio pasados dos años después de que se decretó el divorcio. Así, es pertinente que en el momento de la celebración del segundo enlace se haga mención expresa del vínculo anterior y más aún, de si hay hijos de una relación anterior, con el fin de establecer la responsabilidad del nuevo cónyuge respecto a los hijos de esa relación anterior.

c) En la tercera situación derivada del artículo 283 del Código Civil, que es cuando el cónyuge sano contrae un nuevo matrimonio, el menor queda bajo su potestad pues, como hemos visto, un nuevo vínculo no ocasiona la pérdida de la patria potestad. En cambio el cónyuge enfermo según mandato de la tercera regla del artículo 283 citado, conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos aunque pierda la patria potestad,

(6) Rojina Villegas, Rafael, Ob. cit. pág. 403

pues esto en nada afecta al nuevo enlace ya que aquélla se refiere no a un poder sobre los hijos, sino a una obligación para con los menores (7). El nuevo enlace no perjudica a tales derechos que puede en todo momento ejercitar el padre enfermo que, por lo contrario, está relevado de ciertas obligaciones para con sus hijos en atención a su incapacidad física o mental y al perjuicio que pudiera ocasionar a los menores dicha convivencia.

Por esta causa un nuevo enlace del cónyuge sano no es motivo para perder la patria potestad, confirmándose aún más la necesidad de establecer la obligación de los padrastros y madrastras en favor de los hijastros.

3.—Problema básico en este estudio es determinar si el nuevo cónyuge podrá ejercer la patria potestad de los hijos del matrimonio anterior de su esposo o esposa.

Nuestro Código Civil en su artículo 446 hace ésta prohibición expresamente, porque está acorde con la corriente que impera en nuestros días y que considera que la patria potestad es exclusiva de los padres. He de manifestar mi inconformidad con dicho precepto, respecto a esa prohibición.

En efecto, desde el Derecho Romano, la patria potestad la ejercía el jefe de familia, sobre los descendientes y tendía más al interés de los padres que a la protección de los hijos menores. Pero actualmente vemos que el concepto se ha transformado de un interés personal del padre a un interés de protección de los menores, siendo del criterio general que dicha institución actualmente más que una verdadera potestad o un derecho en interés de quien la ejercita, es una institución en función protectora de los hijos durante su minoría de edad y una carga para quien la ejercita (9). Por ello me extraña el hecho de que se niegue al nuevo cónyuge la patria potestad de los hijos de relación anterior de su cónyuge, pues si como consideran Kipp y Wolff "que el parentesco entre los padrastros e hijastros es auténtica afinidad, aunque no se emplee esta calificación en la vida corriente" (10), debe existir forzosamente una vinculación jurídica entre tales sujetos.

Generalmente se considera que la patria potestad de los hijastros no debe concederse a los padrastros, por la influencia contraria de éstos sobre aquéllos, en razón a los celos que pudieran ocasionar las anteriores relaciones de su cónyuge, pero esto no es más que un falso motivo ya que si consistio en contraer matrimonio con persona viuda o divorciada, se debe suponer que se sobrepuso a tal perjuicio y más si su consorte tenía hijos, que es

(7) Josserand, Louis "Derecho Civil" Ed. BOSCH, 1951-2 Buenos Aires, T. I, Vol. II, pág. 260 No. 1081

(9) Bonnacasse, Julien, ob, cit, pág. 397 y sgts.

(10) Ennecerus, Kipp y Wolff, ob. cit. pág. 89

el caso que nos ocupa, algunas legislaciones imponen ciertas limitaciones a la patria potestad si los padres contraen ulteriores nupcias. Francia por ejemplo (11).

Si la patria potestad se da en beneficio de los hijos menores y no de quien la ejerce, sí es posible que los padrastros y madrastras la ejerciten en forma subsidiaria. Además como compensación en la obligación alimentaria, que propongo sea obligatoria a dichos padrastros y madrastras, se conceda el derecho de corrección, pues no veo en que pueda perjudicar a un menor dicha concesión, si las leyes establecen limitaciones a ese derecho, y creo que con una reglamentación adecuada sería una doble protección. Esto se conseguiría con la intervención de los padres naturales a cuya patria potestad están también sujetos y sólo manifiesto la idea de que se otorgue dicha potestad a los padrastros en forma subsidiaria.

Para explicar esos conceptos daré este ejemplo: Si una persona viuda o divorciada con hijos menores sobre los cuales ejerce la patria potestad, contrae un nuevo matrimonio, considero debe llevar a sus hijos del primer matrimonio al nuevo hogar conyugal y el nuevo esposo tendrá la obligación de alimentarlos siempre y cuando los padres estén imposibilitados para cumplir con dichas obligaciones y tendrán además derecho de exigir de los cónyuges del primer matrimonio de sus consortes el pago de dichos alimentos.

En compensación a esas obligaciones, los padrastros deben tener en forma subsidiaria el derecho de corregir a los hijastros en la forma y circunstancias que fijen las leyes respectivas.

Dentro de las obligaciones de la patria potestad, está el derecho de guarda, pues hemos visto que en esta institución los derechos y obligaciones son correlativos. Este derecho de guarda presupone la obligación de suministrar alimentos, vigilar la conducta, dirigir e instruir, y con el fin de lograr ésto, se concede el derecho de corrección que viene a ser al mismo tiempo una obligación.

El derecho a ejercer la patria potestad que considero debe otorgarse a los padrastros en forma subsidiaria, vendría a ser un auxilio para los padres, que podrían cumplir mejor las obligaciones derivadas de la patria potestad.

Lo anterior se funda en la circunstancia de que si el fin principal de la patria potestad es la guarda y corrección de los menores y la principal obligación que confiere dicha guarda es la de dar alimentos a los hijos, con el objeto de que el nuevo víncu-

(11) Plantol, Marcel, ob. cit. pág. 268 Nos. 1670, 1671

lo no desvirtue o impida el ejercicio de la patria potestad y permita en cambio cumplir mejor esa obligación se debe exigir a los padrastros y madrastras el alimentar y proporcionar asistencia a los hijastros.

La obligación de dar alimentos no es exclusiva de los padres, aunque sí son los principales obligados y así lo establece nuestro Código Civil en su artículo 303 que dice: "los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o imposibilidad de padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado". Claramente vemos que nuestro Código Civil no confiere esta obligación a los padrastros y madrastras, pero basta suponer los hechos presenciados por los siguientes ejemplos para comprender la necesidad de imponer la obligación de alimentar a los hijastros:

Si una mujer viuda o divorciada que tenga patria potestad de sus hijos menores, contrae un nuevo matrimonio es indudable que en este caso a ellas corresponde dar alimentos a sus hijos según el artículo 303 citado. En el caso de la divorciada, si el cónyuge culpable no cumple con la pensión asignada, a ella corresponde dicha obligación. Pero si esas madres contraen un nuevo matrimonio y carecen de bienes al igual que el primer cónyuge que no cumple con la pensión alimenticia ¿quién tendrá la obligación de alimentar a esos menores? Estos deberán ser alimentados como ordena la segunda parte del artículo 303 del Código Civil. Creo que esta parte es inaplicable en este caso, pues un nuevo enlace no debe considerarse como un obstáculo de los padres para dar alimentos, ya que siguen siendo obligados y en especial la madre. Y si a causa del nuevo vínculo no pueden sufragar dichos gastos por la imposibilidad de trabajar, debido a las obligaciones inherentes al nuevo matrimonio, por eso debe ser solidaria la obligación al padrastro.

Los varones viudos o divorciados con hijos menores, al contraer nuevo matrimonio tiene el problema de los hijos, pues si son llevados al nuevo hogar conyugal, la madrastra tendrá la obligación de asistir a esos menores y si los hijos no son llevados a ese hogar, ¿quién procurará su asistencia?

Si nos ponemos en la situación que analógicamente interpretan los artículos 372 y 373 del Código Civil o sea que si los cónyuges dan su consentimiento, y posteriormente se niegan a prestar esa asistencia a los menores, que supone las labores domésticas de la familia, todo lo referido en el artículo 168 del Código Civil. Si la madrastra se negare a cumplir esos deberes domésticos, ¿qué alternativa le quedaría al marido?, se le podrá exigir judicialmente a la nueva esposa del cumplimiento de esa obligación. Esto no es posible debido a que nuestra legislación no prevé esta relación padrastros-hijastros.

En tal supuesto los hijos del anterior matrimonio quedan en grave situación, pues son los primeros en sufrir la negativa de los servicios antes dichos, ya que conforme al derecho no se puede obligar a la esposa, a cumplir dicha prestación, por no haber disposiciones al respecto. Y si nuestra legislación no prevé esa relación, se debe abordar el tema, pues deben existir obligaciones conforme a la ley de dicha relación, ya que el hecho de contraer matrimonio con personas viudas o divorciadas con hijos menores de edad, obliga a procurar a esos hijos por parte del nuevo cónyuge, una protección ventajosa o al menos justa para evitar que esos hijos queden desprotegidos. La falta de reglamentación a la anterior relación produce una cadena de problemas que es preciso evitar.

Por otra parte si el marido encuentra negativa de su esposa para asistir a esos hijos, ¿deberá llevarlos fuera del hogar conyugal? Si afirmáramos esto, sería ir en contra de los fines de la patria potestad que son la guarda y educación de los menores (12) que no podría realizarse por no estar bajo el control de sus padres. Los hijos, no deben salir del hogar paterno y además los padrastros y madrastras deben tener la obligación de alimentar y asistir a esos menores al menos mientras dure su matrimonio y éstos residan en su hogar.

Los hijos menores jamás deben salir del hogar, ni aún tratándose de segundas nupcias de quien ejerce la patria potestad. Además si salieran del hogar ¿cómo podría corregirse si se desconoce la obligación de tenerlos a su lado? Dicen De la Serna y Montalbán (13) "que la patria potestad confiere derechos al padre, como legislador, juez y señor de sus hijos, y que como tutor le impone obligaciones", como legislador prescribe el padre a la familia reglas de conducta, tiene medios de premiar al hijo o hijos que por su respeto, servicios o desgracias se hagan más dignos de esta distinción, mejorándolos en vida o a la muerte; y nombrándoles tutor, señala la persona que le ha de reemplazar en sus cuidados. Como juez, tiene derecho de corregirlos, y por justas causas de privarlos de su herencia. Como tutor, debe cuidar de su subsistencia y educación. Y como señor, se aprovecha de su trabajo y de sus bienes y ¿cómo se podrían realizar estas funciones si los hijos no están a su lado? además de que no es suficiente para cumplir con las obligaciones de la paternidad, el asignarles una cantidad suficiente para sus necesidades físicas o pagarles maestros (14); puede que cumplan estos supuestos, materialmente, pero debe considerarse también los espirituales; el amor, los buenos ejem-

(12) Mazzeaud Hnos. "Lecciones de Derecho Civil" Ed. Jurídica América Europa, Buenos Aires, 1959 P. I., Vol. IV, pág. 93

(13) De la Serna, P. G. y Montalbán M. "Elementos de Derecho Civil y Penal de España" Ed. Librería de Sánchez, Madrid, 1968, T. I, pág. 420.

(14) Chávez, Ezequiel. "Resumen Sintético de los Principios de Moral de Herebert Spencer". Ed. Librería Vda. de CH. Bouret, México 1898 pág. 191 No. 435.

plos y consejos. Todo esto solo es posible en la vida en común, en el hogar con todos sus elementos armoniosamente considerados. El padre, la madre y los hijos, es la fórmula de un verdadero hogar. Y es dable en caso de un segundo matrimonio, que se sustituya el elemento corrompido, pues podemos decir que el nuevo esposo sustituye al anterior, el elemento viciado, de modo que la familia se organice para lograr los fines con que se creó.

Por otra parte es indebido que esos hijos sean llevados a otro sitio donde no se puede estar al cuidado de ellos, ni educarlos o corregirlos como es debido. En caso de que el padre haya contraído un nuevo matrimonio por la imposibilidad de atender a los hijos, busca en la compañera quién cuide a éstos y organice el hogar destruido por la ruptura del vínculo anterior: es decir, será con el fin de reedificar la familia, el hogar.

Ahora bien, si la esposa se negara a asistir a esos hijos, no podría el marido pedir el divorcio basándose en que la esposa no quiere cumplir con dicho compromiso contraído expresamente o en forma tácita al consentir casarse con persona viuda o divorciada con hijos menores, pero sin fijarlo en ningún contrato y sin testigos. No es posible solicitar el divorcio por tal causa ya que estas están expresamente ennumeradas en el artículo 267 del Código Civil, por lo cual existe un problema de difícil solución, y sólo sería posible el divorcio a través del mutuo consentimiento.

Estas situaciones son verdaderas lacras de nuestra sociedad por lo que el Estado debe avocarse al estudio de los problemas planteados a los hijos por los nuevos matrimonios de sus padres y toca al derecho su regulación.

Nuestra legislación ha descuidado estas cuestiones que cada día se presentan con mayor frecuencia siendo de desearse que resolviera la cuestión en un sentido positivo, dando a los hijos en tales casos una mayor protección, como lo ha hecho la legislación soviética en su código del matrimonio, la familia y la tutela, que dice en el capítulo II: "De los derechos y obligaciones de las personas unidas por matrimonio:

"Artículo 42: La obligación de mantener a los hijos menores de edad o incapacitados, para el trabajo, incumbe también al padrastro y a la madrastra en los casos siguientes:

a.—Si los padres han muerto.

b.—Si los padres carecen de los medios suficientes para mantener a sus hijos". Este artículo me parece magnífico, ya que es un avance en beneficio de los hijos menores, pues evita que éstos queden en situación desventajosa a consecuencia del nuevo matrimo-

nio de sus padres. Por este motivo trataremos de establecer en nuestra legislación medidas en tal sentido, porque cada día es mayor el número de matrimonios en segundas nupcias o de personas con hijos de una relación anterior. Esto podría hacerse, incluyendo dentro de nuestro Código Civil un capítulo especial o creándose una ley o reglamento cuyo contenido exprese las obligaciones de los padrastros y madrastras para con los hijastros.

Esta idea no es exclusiva de las Repúblicas Socialistas, pues también en España, en el siglo pasado se habló de la obligación de dar alimentos a los hijastros y así lo hacen saber De la Serna y Montalbán (15) al decir que en "Aragón, el cónyuge sobreviviente, no sólo tiene obligación de dar alimentos a los hijos sino también al hijastro".

Estoy convencido de esta obligación que nace para el cónyuge en segundas nupcias desde el mismo momento de aceptar su matrimonio con una persona que tenga hijos menores de edad, producto de anteriores relaciones, basándose en la siguiente consideración: Si una persona accede a contraer matrimonio con otra que tiene hijos menores de edad producto de relaciones anteriores, debe tener la obligación de velar por esos hijos o sea el derecho de guarda pues de otro modo quedarían éstos, al margen de los derechos creados a su favor. Además, el nuevo cónyuge debió pensar en la situación en que se colocaba al aceptar dicho matrimonio.

El Estado con el fin de proteger a este tipo de menores debe obligar a los padrastros a cumplir con dichas obligaciones, pues de otro modo se vería en la necesidad de proporcionar asistencia a esos menores, con detrimento de los que verdaderamente carecen de una persona que pueda alimentarlos y asistirlos.

Es de pensarse que el padre o la madre acceden a un nuevo matrimonio con el fin de proporcionar a los hijos y a ellos mismos, un hogar en el cual gocen de los beneficios que éste proporciona, y como ya apunté en páginas anteriores, para contraer un nuevo matrimonio se debe ser más exigente y celebrarlo, viendo también el interés de los hijos menores.

En los casos estudiados anteriormente, dije que cuando una persona con hijos menores contrae nuevas nupcias debían aplicarse analógicamente los artículos 372 y 373 del Código Civil, por lo que sólo podrán ser llevados, esos hijos, al nuevo hogar conyugal, con el consentimiento de otro cónyuge, esto, porque el nuevo vínculo no produce la pérdida de la patria potestad conforme al artículo 445 del Código Civil.

(15) De la Serna, P. G. y J. M. Montalbán ob. cit. pág. 425

Si los hijos son llevados al domicilio conyugal, al padre por tener que trabajar, se le presenta el problema de cuidar a los hijos. En aras de ésta necesidad contrajo dicho matrimonio y su nueva esposa debió saber sobre la existencia de esos hijos, y si con tal conocimiento accedió a contraer matrimonio, es indudable que admitió la obligación de cumplir con la carga que impone dicha unión, o sea asistir tanto al esposo como a los hijos de éste, nacidos de una relación anterior. Dicha asistencia presupone el derecho de guarda que otorga la patria potestad y como esta confiere el derecho de corrección para garantizar la guarda, ¿por qué no considerar capaces para ejercer dicha potestad a las madrastras? pues por otro lado, el padre de los menores vigilaría que dicho derecho de corrección no sea exagerado o indebido. Además, de los límites que impone la ley.

Por otra parte Louis Josserand (16), sostiene la inutilidad del derecho de corrección a pesar de las atenuaciones introducidas.

En el supuesto de las mujeres con hijos de una relación anterior, la situación es semejante al contraer un nuevo matrimonio. Pues si su nuevo cónyuge acepta que esos hijos sean llevados al hogar conyugal, es para que la esposa se dedique a las labores del hogar y a atender a su esposo. Si no tiene medios para sufragar los gastos que ocasiona alimentar a sus hijos de una relación anterior, sólo contaría con la protección del nuevo cónyuge. Por tal motivo debe considerarse que el padrastro ha de sufragar los gastos alimenticios de esos menores.

Por su parte Ennecerus, Kipp y Wolff afirman que el hijastro tiene un derecho de alimentos contra el padrastro, en tanto lo tenga contra la madre (17). Pero debe, también concedérseles el derecho de exigir el pago de dichos alimentos, al padre del hijastro. Pero de una o de otra forma les será obligatorio a los padrastros cumplir con dicha alimentación.

Ahora bien, de la patria potestad se derivan dos derechos que a la vez son obligaciones: el de guarda y el de corrección (18). Si el padrastro cumple con el derecho de guarda y proporciona alimentos, instrucción, etc., el correlativo derecho y obligación sería el de corrección, entonces, ¿por qué no consagrarlo en su favor, si más que un perjuicio, ocasiona un verdadero beneficio para el menor?. Además la madre como en el caso anterior, se encargaría de vigilar que se cumplan las prescripciones legales y evitaría que la corrección sea excesiva e injustificada.

La objeción que surge de que los padrastros y madrastras no tienen por qué hacerse cargo de menores que no son sus hijos, es

(16) Josserand, Louis. ob. cit. pág. 99 No. 1153

(17) Ennecerus, L. T. Kipp y M. Wolff ob. cit. pág. 362

(18) Mazeaud, Hnos. ob. cit. pág. 93.

cierta, pero también lo es el deber de proteger los intereses de los menores desvalidos. Se protege un interés desprotegido, no al protegido. Esta es la tendencia actual de todas las legislaciones y en estos casos son los hijos del primer matrimonio los que quedan ante el nuevo matrimonio de sus padres en situación desventajosa y a veces precaria, ocasionando problemas a la sociedad y creando la obligación al Estado de hacerse cargo de ellos; lo que sería absurdo si éstos tienen sus padres.

Además, hay muchos casos en que de hecho estas situaciones se resuelven por los mismos cónyuges, pues los padrastros y madrastras realizan dichos supuestos. No obstante es necesaria una reglamentación, para evitar abusos tanto de los padrastros como de los hijastros, pues, no se reconocen estos ninguna autoridad, respeto o responsabilidad.

Por lo expuesto, considero que la legislación debe orientarse en el sentido de otorgar el derecho de ejercer la patria potestad al padrastro o madrastra en forma subsidiaria bajo estricto control y reglamentando sus relaciones con los hijastros, para evitar que estos queden desamparados, al colocarlos de hecho o de derecho fuera del hogar, cuando sus padres contraen un nuevo matrimonio.

CONCLUSIONES

I.—Los hijos no están protegidos jurídicamente, cuando sus padres contraen un posterior matrimonio, pues no existen normas adecuadas para sus relaciones con los padrastros que los coloque en situación equilibrada frente a éstos.

II.—Debe reconsiderarse la concepción actual de la familia "strictu sensu" (relación entre padres e hijos), para el caso de que los padres contraigan un nuevo matrimonio con persona distinta de su anterior cónyuge.

III.—El artículo 446 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales debe corregirse de modo que no impida la reintegración familiar en caso de nuevo matrimonio de uno de los cónyuges.

IV.—Debe establecerse la obligación de los padrastros para proveer de alimentos a sus hijastros, y en consecuencia debe otorgárseles la patria potestad, mientras estos menores residan en sus hogares.

V.—Al celebrarse el matrimonio de personas que tengan hijos menores de edad, debe hacerse mención de la existencia de dichos vástagos, y el nuevo cónyuge deberá aceptar expresamente las obligaciones que contrae para ellos, incluyendo la de llevarlos al nuevo hogar conyugal.

VI.—Los artículos 373 y 374 del Código Civil mencionado son contrarios a la idea de protección a los menores, pues supeditan su situación jurídica al exclusivo arbitrio de uno de los cónyuges.

VII.—El artículo 283 del Código Civil citado, debe modificarse en el sentido de que el cónyuge culpable sólo pierda definitivamente la patria potestad en casos graves, tales como los fijados en las fracciones III, IV, V, VII y XV del artículo 267 del propio Código y en los casos de reincidencia en la comisión de delitos.

VIII.—En caso de un nuevo matrimonio del cónyuge inocente, debe permitirse al culpable recuperar la patria potestad, siempre y cuando el divorcio no haya sido dictado por las causas fijadas en las fracciones III, IV, V, VII y XV del artículo 267 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

IX.—Debe impedirse contraer nuevo matrimonio a los divorciados hasta comprobar en la mejor forma posible, que cumplen satisfactoriamente con las obligaciones alimentarias correspondientes a su excónyuge y a sus hijos.

X.—Nunca debe permitirse a un divorciado contraer matrimonio ostentándose como soltero, pues tal omisión propicia la violación de los artículos 98, fracción VI, y 289 del Código Civil citado.

BIBLIOGRAFIA

BONNECASSE, JULIEN. "Elementos de Derecho Civil" Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Méx. 1946, Vol. I.

BODENHEIMER, EDGAR. "Teoría del Derecho" Editorial Fondo de Cultura Económica, Tercera edición, México, 1964.

CASO, ANTONIO. "Sociología" Editorial Libreros Unidos S. de R. L. de C. V. XI edición México 1961.

COVIELLO, NICOLA. "Doctrina General de Derecho Civil", Traducida por F. J. Tena, Editorial Uteha, México 1938.

CIMBALI, ENRIQUE. "La Nueva Fase del Derecho Civil en sus Relaciones Económicas y Sociales" Traducción de Francisco Esteban García, Editorial Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1893.

COLIN y CAPITANT. "Curso Elemental de Derecho Civil" Editorial Reus, Madrid 1952, Tomo I.

De PINA, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano" Editorial Porrúa Tercera edición, México, 1963.

DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, M. "Elementos de Derecho Civil y Penal" Editorial Librería de Sánchez, Madrid, 1868 Octava edición, México T. O.

ENNECERUS, L. KIPP, T. y WOLFF, M. "Tratado de Derecho Civil" Editorial Bosch, Barcelona, 1941, Tomo IV.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. "Introducción al Derecho" Editorial Porrúa, México 1956.

JOSSERAND, LOUIS. "Derecho Civil" Editorial Bosch, Buenos Aires, 1951-2, Tomo I.

MAZEAUD, HNOS. "Lecciones de Derecho Civil" Editorial Jurídica Europa y América, Buenos Aires 1959, Vol. IV, Parte I.

- MANRESA Y NAVARRO "Derecho Civil Español" Editorial Reus, Madrid, 1907, Tomo II.
- PLANIOL, MARCEL. "Tratado Elemental De Derecho Civil" Editorial José M. Cajica Jr. Puebla Méx. 1946, Tomos III. IV.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J. "Manual de Derecho Civil Francés" Editorial Cultural, Habana, 1940 Parte I, Tomo I.
- PETIT, EUGENE. "Tratado Elemental De Derecho Romano" Editora Nacional S. A. México 1953.
- RECASENS SICHES, LUIS. "Tratado General de Sociología" Editorial Porrúa Hnos., México 1960-3, 3ª y 5ª Ed.
- RUGGIERO, ROBERTO DE. "Instituciones de Derecho Civil" Traducción de S. Suñer & S. Cruz Teijeiro, Madrid 1944, Editorial Reus, Vol. II.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Derecho Civil Mexicano" Editorial Antigua Librería Robredo, México 1964, Vol. II.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. "Compendio De Derecho Civil" Editorial Antigua Librería Robredo, México 1964, Vol. I.
- SPENCER, HERBERT. "Principios de Moral" Resumen sintético por Ezequiel A. Chávez, Editorial Viuda de Ch. Bouret, París, México, 1998.
- VERDUGO, AGUSTIN. "Principios de Derecho Civil Mexicano" Editorial Tipográfica Marcué, México, 1886, Vol. 3.