

429
28



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

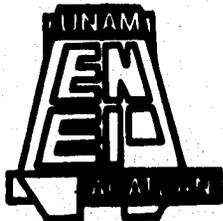
"EL DEBER JURIDICO EN EL DERECHO DE FAMILIA"

**TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

PRESENTA

C. JESUS VAZQUEZ AMAYA

ASESOR: LIC. JESUS FLORES TAVARES



**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

EDO. DE MEXICO

MARZO 1996

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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.

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

"EL DEBER JURIDICO EN EL DERECHO DE FAMILIA"

TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

JESUS VAZQUEZ AMAYA

ASESOR: LIC. JESUS FLORES TAVARES

Handwritten signatures and initials. At the top right, there is a large, stylized signature. Below it, on the left, are the initials 'JVA'. To the right of the initials is another signature, and below that is a signature that appears to be 'Jesus Flores Tavares'.

MARZO 1996

AGRADECIMIENTOS.

- A DIOS, por darme la oportunidad de llegar a realizar este trabajo y enseñarme por medio de la palabra el amor que todos llevamos dentro.

- A MI PADRE, porque me ha enseñado a ser honrado, honesto y a trabajar por este camino difícil que es la vida; gracias por tu apoyo y comprensión, gracias por darme la vida.

- A MI MADRE, por sus desvelos, que aunque no los merecía, los llevo en mi mente. Gracias por darme la vida y permitirme que sea yo su hijo; madre, te quiero mucho, aunque sabes que las cosas se dan en hechos y no en palabras, gracias por haberme dado sus enseñanzas, porque sin ellas, no tuviera la honestidad conmigo mismo, eres parte de mi vida y doy gracias a Dios por haberme permitido ser su hijo.

- A TI ABUELITA, porque me has enseñado a ser sencillo, a dar amor sin esperar a recibir; a escuchar y comprender a los demás; a ser paciente en los problemas que se presenten en la vida; gracias por tu paciencia.

- A MIS HERMANOS, por el apoyo y confianza que me brindaron en todo lo largo y extenso de mi carrera profesional.

- A TI AMANDA AIDEE, por que el tiempo y la distancia nos puso en un mismo camino para que nuestras vidas se unan y formar una sola, por tu colaboración dedicación y amor, no puedo más que expresar una sola palabra: Te Amo.

- A LA FAMILIA MARTINEZ MARTINEZ, por haberme abierto las puertas de su hogar y brindarme su confianza a una persona que les quiere, gracias.

- A LA FAMILIA SORIA MARTINEZ, por brindarme su apoyo en la elaboración de este trabajo.

- AL PROFESOR LIC. JESUS F. TAVARES, por sus valiosos consejos y apoyo incondicional para la obtención y término de esta obra; y por el amor que transmite en sus cátedras día a día en la Honorable Casa de Estudios; gracias por permitirme realizar este trabajo bajo su supervisión.

- A MIS SINODALES, por darme la oportunidad de exponer ante ustedes mi culminación de estudios a través de esta obra intitulada "Deber Jurídico Aplicado al Derecho de Familia" que siendo aprobada significará para mí el esfuerzo y culminación de mi preparación profesional.

- A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, por permitirme realizar los estudios de bachillerato y profesional, por darme ese lugar para poder servir con honradez, profesionalismo y ética a mi país.

INDICE

AGRADECIMIENTOS.	I
INTRODUCCION.	II
I.- OBLIGACIONES PROPIAS DEL DERECHO FAMILIAR.	I
I.1. Noción de la Obligación.	
I.2. Concepto.	
I.3. En el Derecho Romano.	
I.4. Los Posglosadores.	
I.5. Should y Haftung.	
I.6. Obligación Natural.	
I.7. Divergencias existentes entre el Should, Haftung y la Obligación Natural.	
II.- EL DEBER JURIDICO.	33
II.1. Concepto.	
II.2. Qué es el Deber Juridico.	
II.3. En qué consiste.	
II.4. La Aplicación del Deber Juridico en el Derecho de Familia.	
III.- DIFERENCIAS ENTRE LAS OBLIGACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA Y EL DEBER JURIDICO DENTRO DE LA FAMILIA.	53
III.1. Obligaciones Familiares	
Características de las Obligaciones Familiares.	
I.1. Derechos Absolutos y Relativos de Orden Familiar.	
I.2. De Distinto Origen.	
I.3. Permanencia de las Obligaciones Familiares.	
I.4. De Interés Público y Privado.	

- 1.5. Renunciable e Irrenunciable.
- 1.6. Transmisible e Intransmisible.
- 1.7. Transigible e Intransigible.

III.2. Deberes Jurídicos.

- 2.1. Deberes Jurídicos Familiares en General.
- 2.2. La Vida en Común.
- 2.3. Débito Carnal.
- 2.4. Fidelidad.
- 2.5. Mutuo Auxilio y Socorro.
- 2.6. Dialogo.
- 2.7. Alimentos.

IV.- LA OBLIGACION DEL DERECHO DE FAMILIA EN MEXICO.

67

IV.1. Código Civil de 1870.

- 1.1. El Matrimonio.
- 1.2. La Patria Potestad.
- 1.3. Los Alimentos

IV.2. Código Civil de 1884.

- 2.1. El Matrimonio.
- 2.2. La Patria Potestad.
- 2.3. Los Alimentos

IV.3. Ley de Relaciones Familiares de 1917.

- 3.1. El Matrimonio.
- 3.2. La Patria Potestad.
- 3.3. Los Alimentos

IV.4. Código Civil de 1928.

- 4.1. El Matrimonio.
- 4.2. La Patria Potestad.
- 4.3. Los Alimentos

- IV.5. Reformas de 1984 al Derecho de Familia.
- IV.6. Diferencias establecidas entre la Ley de Relaciones Familiares de 1917 y El Código Civil de 1928.

V.- ALGUNAS OBLIGACIONES Y DEBERES JURIDICOS A CUMPLIR. 96

- V.1. Derecho de los Menores a ser Protegidos.
- V.2. Concepto de Alimentos Jurídicos.
 - 2.1. Definición Jurídica de Alimentos.
 - 2.2. Fuente de la Obligación de Alimentos.
 - 2.2.1. Características Específicas de los Alimentos.
 - 2.2.1.1. Recíproca.
 - 2.2.1.2. Personalísima e Intransmisible.
 - 2.2.1.3. Imprescriptible e Inembargable.
 - 2.2.1.4. Irrenunciable y Proporcional.
 - 2.2.2. Formas de Cumplir con los Alimentos.
 - 2.2.3. Formas de Garantizar la Obligación Alimentaria.
 - 2.2.4. Formas de Extinción de la Obligación de Alimentos.
- V.3. Patria Potestad.
 - 3.1. Antecedentes Históricos.
 - 3.2. Concepto de Patria Potestad.
 - 3.3. Sujetos de la Patria Potestad.
 - 3.4. Derechos, Deberes y Obligaciones de los sujetos a Patria Potestad.
 - 3.5. Características de la Patria Potestad.
 - 3.5.1. Interés Público.
 - 3.5.2. Imprescriptible e Intransferible.
 - 3.5.3. Irrenunciable, Temporal y Excusable.
 - 3.6. Efectos de la Patria Potestad en relación con los Bienes del menor.
 - 3.7. Suspensión, Pérdida y Extinción de la Patria Potestad.
- V.4. Obligaciones del Tutor.
 - 4.1. Concepto.
 - 4.2. Obligaciones.

- 4.3. Actos Obligatorios del Tutor y Actos Prohibidos.
- 4.4. Actos Permitidos al Tutor con autorización judicial o administrativa.
- 4.5. Extinción y Terminación de la Tutela.

V.5. Adopción "Minus Plena" o Adopción Simple que regula nuestro Código Civil.

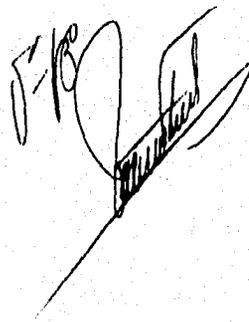
- 5.1. Concepto.
- 5.2. Historia.
- 5.3. Adopción "Minus Plena" o Simple.
 - 5.3.1. Requisitos de Forma y Fondo para la Adopción Simple.
- 5.4. Consecuencias Jurídicas de la Adopción Simple o "Minus Plena".
- 5.5. Revocación y Extinción de la Adopción "Minus Plena" o Simple.

V.6. Necesidad de Adoptar la Plena.

- V.7. Ampliar las Facultades al Juez en materia de Alimentos para coaccionar al marido que a pesar de seguir viviendo en unión conyugal no los cumple.

CONCLUSIONES. 142

BIBLIOGRAFIA. 144

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. B. [unclear]', written over a horizontal line.

INTRODUCCIÓN

La elaboración de la presente tesis constituye un afán de estudiar, aunque fuese en mínima parte lo que constituye dentro del Derecho "El deber jurídico" y en forma especial lo que constituye el deber jurídico aplicado al derecho de familia.

El estudio de la presente tesis se divide en cinco capítulos a través de los cuales se analiza en el primero las obligaciones propias del Derecho de Familia, en el cual se contempla la noción de la obligación, el concepto de la obligación, pasando por el Derecho Romano, que es en donde tiene la fuente de creación y base de lo que hoy conocemos como la obligación en el Derecho Alemán, y las obligaciones naturales entre otros subtemas de este primer capítulo; El Capítulo segundo estudiamos el Deber Jurídico analizando el mismo en su contexto axiológico; que es, en que consiste, tratamos en este capítulo de exponer lo que entendemos dentro de Derecho, lo que significa el deber jurídico y una vez expuesto lo aplicamos al Derecho de Familia; El Capítulo tercero manejamos la exposición de las diferencias existentes entre la obligación en el Derecho de Familia y el Deber Jurídico aplicado a la familia; En el Capítulo cuarto hacemos una breve reseña histórica en el Derecho de Familia en lo que respecta al Matrimonio, Patria Potestad y Los Alimentos a través de los Códigos Civiles del México Independiente que se expidieron en 1870, 1884, La Ley de Relaciones Familiares y el Código Civil de 1928, así como las reformas suscitadas en 1984 en el Derecho de Familia y por último, el Capítulo quinto en donde exponemos algunas obligaciones y deberes concretos a cumplir, y es aquí donde se encierra y analiza el tema de nuestra tesis, porque es en donde aplicamos tanto el deber jurídico en la familia como la obligación en el Derecho de Familia. No pretendemos con este tema separar marcadamente la obligación del deber jurídico, tampoco es nuestra intención especular sobre esta situación, simplemente establecemos que más que obligaciones familiares son deberes jurídicos concretos a cumplir en la familia; además de establecer una correlatividad entre la obligación y el deber jurídico basados en que todo deber jurídico encierra una obligación.

El fin que pretendemos es el de colaborar en el dinamismo que debe tener el Derecho de Familia en lo que respecta específicamente al deber jurídico, aunque sea únicamente con unas líneas solamente.

A handwritten signature in black ink, consisting of several stylized, overlapping loops and lines, positioned in the upper right quadrant of the page.

CAPITULO I

OBLIGACIONES PROPIAS DEL DERECHO FAMILIAR

- I.1. Noción de la Obligación.
- I.2. Concepto.
- I.3. En el Derecho Romano.
- I.4. Los Postglosadores.
- I.5. Shold y Haftung.
- I.6. Obligación Natural.
- I.7. Divergencias existentes entre el Shold, Haftung y La Obligación Natural.

1.1. NOCIÓN DE LA OBLIGACIÓN.

La Obligación es una especie del género deber jurídico. "Puede decirse que si el género es un deber jurídico y la obligación una especie, entonces toda la obligación es un deber jurídico, pero no todo deber jurídico es una obligación". (1)

De aquí partimos a lo siguiente:

Dentro de la Teoría clásica se indicaba como sinónimo la obligación, el derecho personal o derecho de crédito, es decir, el derecho personal es el que tomamos en contra de una persona determinada y que nos permite exigir de ella el cumplimiento de un hecho como la entrega de una suma de dinero, o una abstención. El derecho personal crea, por lo tanto, una relación directa entre dos personas: Esta relación, éste lazo de derecho constituye la obligación y desde el punto de vista activo toma el nombre de crédito.

"La Obligación en un sentido amplio, es la necesidad jurídica de cumplir voluntariamente una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), en favor de un sujeto que eventualmente puede llegar a existir o en favor de un sujeto que ya existe". (2)

De este concepto se desprende lo siguiente: La obligación *Latu Sensu* tiene dos especies:

- 1.- Obligación *Strictu Sensu*.
- 2.- Derecho de Crédito convencional o Derecho Personal.

1. La Obligación *Strictu Sensu*.

"Es la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir una prestación de carácter patrimonial, ya sea pecuniaria o moral". (3)

1.- Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Séptima Edición. Editorial Porrúa S.A., México 1990, p. 28
 2.- *Idem* p. 28
 3.- *Ibidem* p. 28

Ejemplo:

Es notorio que en esta ciudad la gente siempre anda con el tiempo limitado, de esta situación motiva que las personas en afán de realizar todo con tiempo, descuiden sus documentos personales o dejen olvidados a sus niños, en los transportes públicos, cuando dándose cuenta de su descuido no encuentran los objetos extraviados y/o al menos acuden a la policía a levantar un acta de extravío, pero se da el caso que la policía no actúa con la debida eficacia o agilidad, y entonces cuando la persona afectada anuncia en un periódico de la capital una recompensa por la obtención de datos que permitan recuperar lo extraviado.

Y bien, es aquí donde a través de la publicación se realiza ;lo que la Ley designa como "Declaración unilateral de la voluntad", en su especie "Promesa de recompensa", se sitúa en la hipótesis de una norma que le impone la necesidad jurídica de mantenerse en aptitud de cumplir voluntariamente la prestación ofrecida de encontrar los documentos o descendientes extraviados, diciendo el Art. 1861 del Código Civil:

"El que en anuncios u ofrecimientos hechos al público se comprometa a alguna prestación en favor de quien llene determinada condición o desempeñe cierto servicio, contrae la Obligación de cumplir lo prometido".

De acuerdo con esta norma, el interesado está obligado conforme a la Ley, desde el momento de la publicación sin que él sea "deudor", pues no hay aún sujeto que le pueda exigir la prestación y lo que es más, bien puede suceder durante el tiempo que dure su obligación, que no llegue a tener "acreedor", ya que nadie logrará encontrar sus pertenencias o su descendiente.

En este caso, el interesado que ya está "obligado", no es "deudor", ni tiene "acreedor", solo se convertirá en "deudor" y surgirá el derecho a exigirle la prestación, si una persona encuentra o proporciona noticias de sus documentos o descendiente, según sea el caso, pero sólo hasta ese momento se establecerá un vínculo de Derecho con otro sujeto.

2. Derecho de Crédito Convencional o Derecho Personal.

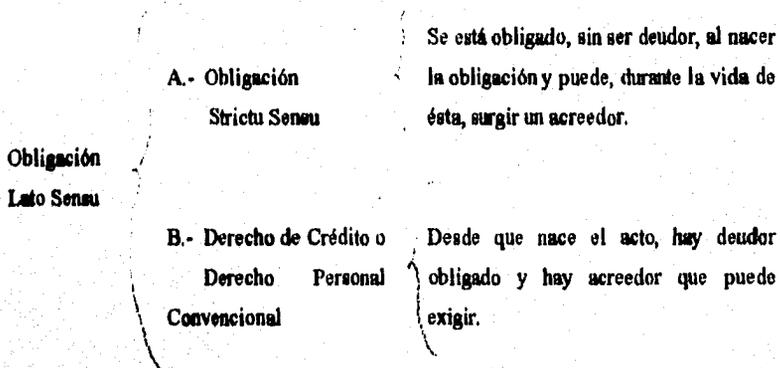
Es la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral).

Ejemplo:

La Sra. Cecilia con su amiga y vecina, la Sra Nohemí le solicita que le preste ocho mil pesos, los cuales le devolverá en el momento mismo en que los requiera. Cecilia recibe el dinero de Nohemí y se coloca así en la hipótesis prevista por el Art. 2384 del Código Civil, el cual determina qué es el contrato denominado de mutuo y cómo el deudor debe devolver la prestación recibida en dinero, u otras cosas tangibles de la misma especie y calidad recibidas.

Como consecuencia de ello Cecilia "debe" devolver la misma suma de dinero que recibió cuando Nohemí se lo exija y tiene enfrente de ella, desde que nace su obligación en sentido Lato, a una persona que puede exigirle el cumplimiento de su "deber" de entregar el dinero. La Sra. Nohemí por su parte, tiene un crédito, un derecho, para exigirle a la Sra. Cecilia la devolución de su dinero, y ese derecho nace desde el momento mismo en que se crea la relación jurídica entre ambas.

Aplicamos lo anterior pero dentro del siguiente cuadro sinóptico:



"Von Tuhr, autor clásico europeo, dice que la obligación es la relación jurídica establecida entre dos o más personas, por virtud de la cual una de ellas deudor se constituye en el deber de entregar a la otra acreedor una prestación.

Héctor Lafaille, otro autor clásico, éste latinoamericano dijo que obligación es "el vínculo que existe de persona a persona, con respecto a una prestación determinada, que una de ellas debe facilitar a la otra". (4)

El Jurista Gutiérrez y González no comparte la idea de anteriores autores por considerarlos equivocados por incompletos, pues en ellos no encuentra explicación al caso de un "Obligado" que no sea "deudor" y no tenga "acreedor", sino que sólo esté en la necesidad de observar voluntariamente la conducta que la Ley determina, y llegado el caso se convertirá en deudor y tenga un acreedor, pero ello no necesariamente, sino de manera eventual, tal es el caso en donde se expone el ejemplo de la Obligación Strictu Sensu.

"Al no haber en esas definiciones el caso de las declaraciones unilaterales de voluntad, que son fuente creadora de obligaciones, necesariamente son conceptos incompletos y por lo mismo equivocados.

Podrá seguirse llamando al derecho de crédito o derecho personal con el nombre de obligación, pero se debe entender entonces que se habla de obligación en sentido lato y no en sentido estricto, pues a la especie se le puede designar con el nombre del género; pero en cambio, a la obligación que nace de una declaración unilateral de voluntad, no se le podrá seguir llamando derecho de crédito o derecho personal, pues éste precisa un obligado deudor y un acreedor, y en la declaración unilateral de voluntad al nacer la obligación no hay acreedor ni deudor, hay solo obligado". (5)

El concepto clásico que considera que en la obligación siempre hay un acreedor y un deudor, fue cierto desde el punto de vista de la Ley por lo que a este punto se refiere y por lo que toca a México, hasta el año de 1928 en el que se expide el actual Código Civil.

4.- ibidem, pp. 49-50
5.- ibidem, p. 50

Hasta antes de ese año y de acuerdo con la Ley, era justo el concepto doctrinario de obligación al exigir la existencia de un acreedor y un deudor, pues los Códigos Civiles de 1884 y antes de 1870, no se estipulaban en forma expresa como fuente creadora de obligaciones a la declaración unilateral de voluntad.

“Es al promulgarse y publicarse el Código Civil de 1928, en el cual ya se admite expresamente como fuente creadora de obligaciones a la declaración unilateral de voluntad, en que se quiebra la noción clásica de obligación identificada con el derecho de crédito, pues deja de ser siempre exacto que la obligación determina entonces la existencia de obligaciones en las cuales no hay acreedor, sino de manera eventual, aunque sí hay obligado pero no deudor”. (6)

1.2. CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN.

"Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura". (7)

La obligación es un vínculo jurídico que nos constringe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme a las leyes de nuestra ciudad.

Tomamos la primitiva definición del Derecho Romano como punto de partida, pues es el origen de la Teoría de las Obligaciones y de ellas se desprenden un cúmulo de especulaciones acerca de lo que es la obligación llegando a desarrollarse conceptos muy avanzados sobre dicho tema y por consecuencia se descifran ideas que por mucho tiempo fueron poco claras proporcionándose de esta forma una estela de luz a la ciencia del derecho.

Algunos autores dan su definición de obligación exaltando el elemento subjetivo y se enfrascan en la difícil tarea de dar una determinación sobre la cantidad y las cualidades que deben reunir los sujetos de la relación jurídica.

Otros ponen de manifiesto el elemento objetivo y con fundamentos lógicos pretenden dividir el objeto de la prestación y dicen que será de dar, hacer o un no hacer.

Algunos más llegan a patrimonializar el objeto de la relación jurídica (la prestación) y lo reducen a la simple valoración pecuniaria, en este sentido el Jurista Borja Soriano expone lo siguiente:

"La obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con la otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial y que se encuentran dentro de esa significativa relación, en donde el acreedor puede exigir al deudor". (8)

7.- Institutas de Justiniano 3. 13 pr Ventura. Silva Sabino. Derecho Romano. Editorial Porrúa. México 1986. p. 267.
8.- Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones. Décima Primera Edición. Editorial Porrúa. México 1989. p. 77

El Jurista anteriormente citado, no toma en cuenta que también existen prestaciones fuera del carácter patrimonial y que se encuentran en el ámbito puramente moral, que se les denomina prestaciones de carácter moral.

Las definiciones modernas sobre la obligación tienen como base el concepto primario de la obligación que sentían los juristas del Derecho Romano cambiando el término gramatical de vínculo jurídico por el de "relación jurídica".

Estableciendo la relación anterior y sin tomar partido, daremos el concepto de obligación como una relación jurídica por virtud del cual un sujeto llamado acreedor, está facultado para exigir a otro sujeto denominado deudor, una prestación o una abstención; este concepto no prejuzga respecto a la determinación o indeterminación de los sujetos, tampoco exige que el objeto de la obligación sea patrimonial.

1.3. EN EL DERECHO ROMANO.

La obligación ha sufrido constantes cambios en su concepto, como consecuencia de la evolución en Roma a través de diversos factores sociales, políticos, económicos y religiosos, que modificaron la sociedad romana en general incluyendo sus instituciones en particular.

“La obligación primitiva es el reflejo de la estructura de la situación político-social de Roma en sus inicios. No podía por ese momento histórico hablarse del crédito, siendo suficientes las instituciones de la INJURE CESSIO y de la MANCIPIATIO para llenar las necesidades sentidas por este pequeño pueblo de preferencia agrícola. Dichas instituciones eran fórmulas amplias eminentemente solemnes, que se aplicaban para resolver todas las operaciones jurídicas al contado, posteriormente al extenderse Roma con las conquistas de los pueblos itálicos y habiendo alcanzado un incremento económico de importancia extraordinaria, debido al intenso tráfico mercantil, los romanos necesitaron operaciones de crédito y junto con ello, una adecuada regulación jurídica, bajo estas perspectivas históricas se estructura la obligación romana, perdiendo su antiguo origen”. (9)

En forma unánime se señala que el origen de la obligación se encuentra en el delito, en la responsabilidad penal ex-delito, en el derecho antiguo lo predominante en la obligación era el vínculo de responsabilidad más que el débito. Era una responsabilidad personal, siendo ésta una de las causas de lucha social como consecuencia de excesos que contra los deudores practicaban los patricios.

Según Bonfante “la obligación romana nació en tiempos arcaicos dentro del terreno de los delitos. Originalmente la comisión de un delito hacía surgir a favor de la víctima o de su familia, un derecho de venganza eventualmente limitado por el principio del Talión, el cual mediante una “composición pedía transformarse en el derecho de la víctima o de su familia a exigir cierta prestación del culpable o de su familia.

9.- Abouhamad Habaica Chibri Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano I. Tomo II. Segunda Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Venezuela 1978. p. 38

Como garantía de cumplimiento de tal prestación, un miembro de la familia del culpable queda obligatus, o sea "atado" en la domus de la víctima como una especie de rehén. Por tanto, la obligación antigua era una "atadura" en garantía del cumplimiento de prestaciones nacidas de delitos. También en otros sistemas jurídicos, este origen delictual de las obligaciones es probable; en Alemán, por ejemplo: la palabra "Shold" significa en la actualidad simultáneamente "deuda y culpa". Luego al irse desarrollando la comunidad con el aumento de los contactos económicos entre las domus, se prestaba, a veces, la necesidad de que un Paterfamilias prestara valores a otro, en tal caso el acreedor quería tener una garantía y así esta atadura se trasladaba del campo delictual al incipiente derecho privado.

Los juristas alemanos se inspiraron en la indicación anterior para distinguir en la obligación dos aspectos: el debitum o deber de prestar (Shold, deuda), y el Haftung que es el significado de la responsabilidad, el cual proporciona al acreedor un medio de ejecución, éste último está a cargo del rehén.

"Un miembro de la domus del deudor se ofrecía entonces al acreedor, este pasaba en presencia de cinco testigos y de un portabalanza, el bronce que servía de dinero se entregaba el valor convenido al deudor y se llevaba al rehén. Este negocio se llamaba el nexum, o sea. el nudo lo cual recuerda el acto de atar". (10)

Conforme se fue intensificando la vida comercial, se simplificó el nexum: el deudor se ofrecía así mismo como responsable, pero el acreedor ponía la atadura hasta el momento del incumplimiento.

Se daba el caso de que el deudor no pagaba puntualmente, entonces surgía la manus injectio, descrita en las XII tablas.

"El acreedor se lleva entonces al deudor a una cárcel privada, donde lo retenían durante sesenta días, mostrándolo tres veces en el mercado, para ver si alguien quería liberarlo pagando la suma debida. Después de los sesenta días, el acreedor podía vender al deudor como esclavo fuera de Roma, también tenía el derecho de matarlo". (11)

10.- Floris Margadant S. Guillermo, El Derecho Privado Romano, 13a. Edición. Editorial Esfinge, S.A. México 1985, p. 307

11.- Floris Margadant S. Guillermo, Op Cit, p. 309

En el año 326 A.C., este sistema tan rígido, fue severamente atacado por la Ley Poetilia Papiria, una victoria de los pobres sobre los ricos, en la cual se suprimía el encarcelamiento privado por deudas civiles, dejándolo subsistente, empero para cuestiones surgidas a consecuencia de delitos privados.

Desde entonces, en general, el deudor de un préstamo respondía con sus bienes, pero ya no con su libertad o con su vida.

La terminología aplicable a la obligación ha variado a través de los periodos de la historia de Roma, y en las fuentes aparecen diversos sentidos de la misma.

Antiguamente la obligación se refería con el vocablo o término nexum o nexua, de nectare que significa atar, vincular. Puede entonces afirmarse respecto a la naturaleza del Nexum, que las informaciones sobre el mismo son contradictorias, debido a que es sumamente antiguo.

“Consistía en términos generales en una solemnidad. Peras et libram, que exigía la presencia de cinco testigos de las clases creadas por Servio Tulio y el portador de la balanza.

Se dice para evitar confusiones, que en el desarrollo histórico de la contratación romana, parece ser que las dos maneras más antiguas de obligarse, que han estado en uso entre los romanos fueron el nexum y la sponcio.

Es indiscutible que también se realizaban otras operaciones distintas en una sociedad que se iniciaba. El nexum, se realizaba mediante el cobre y la balanza en una época en que los romanos ignoraban la acuñación de la moneda, la cantidad de metal prestado se pesaba en la balanza, tenida por un libripens investido de un carácter religioso, en presencia de cinco testigos ciudadanos romanos y púberes.

Después de la aparición de la moneda de plata ya no era necesario pesar las piezas y sólo se conservó como parte esencial del contrato a título de símbolo.

A esta formalidad iba unida una declaración del acreedor que se denominaba la Nuncupatio que fijaba la naturaleza del acto y contenía la equivalente a una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la manus injectio (acción de ejecución), contra el deudor que no pagaba. La persona misma del obligado, estaba entonces comprometida y respondía del pago de la deuda. El nexum, sirviendo para realizar el préstamo de dinero había sido el modo más antiguo de crear obligaciones.” (12)

“La palabra nexum ha designado, primero toda operación realizada Per aes et libram, más tarde esta formalidad aplicada a la transferencia de la propiedad tomó el nombre de mancipium a mancipatio y el nexum fue reservado para la creación de la obligación. La Ley de las XII tablas, sancionaba la declaración unida al nexum, o la mancipatio. De ahí viene la expresión nuncupata pecunia, dinero prestado. Por el nexum el deudor comprometía su persona y no sus servicios solamente.

Desde el punto de vista de la evolución de la contratación, constituyó una de las maneras más antiguas de obligarse entre los romanos, como posteriormente y junto con la sponcio, parecen haber sido los puntos de partida de las relaciones contractuales romanas, siendo el primero de los contratos solemnes o formales que cae en desuso. Su reconstrucción se debe a una cita de las instituciones de Gayo, de los nexi-liberatis, como medio de extinción de la primitiva obligación precisándose de esa manera el pasado histórico del nexum, ya que el derecho clásico ni el post-clásico se ocupan de él, sólo se ha sostenido como conclusión segura que se celebraba Per aes libram, lo mismo que la mancipatio y el tratamiento aplicado a los nexi era sumamente severo.

Del nexum existieron y existen diversas explicaciones, pero las opiniones de los romanistas para explicar la naturaleza y funciones del Nexum, siendo las más aceptadas aquellas que sostienen, que de la misma manera que la nexi liberatio de que nos informa Gayo, era el procedimiento empleado para disolver la obligación, y cuyo nombre debe por haber sido contraída por el cobre y la balanza, el nexum debió ser el contrato destinado a crearla.

El nexum de acuerdo con esta opinión habría sido en sus orígenes un préstamo, que con el andar del tiempo se convirtió en un contrato formal, destinado a obligar a una persona a entregar una cierta cantidad, prescindiendo de la causa de la obligación". (13)

Para designar la obligación también se utilizaba la expresión obligatio de obligare atar, con lo cual se está dando a entender que su esencia está en la sujeción del deudor a los poderes o derechos del acreedor. El sustantivo obligatio aparece, pues, con posterioridad en periodos más avanzados y se hizo usual no antes del siglo I a.C.

El concepto de la obligación según Paulo, establece que la obligación desde el punto de vista del sujeto activo o titular puede definirse en el sentido de que:

"La substancia de la obligación no consiste en que se haga nuestra una cosa corporal, o una servidumbre, sino a exigir que se construya a otra a darnos, hacernos o prestarnos alguna cosa. De acuerdo al concepto que antecede se refiere a la obligación considerada en razón del sujeto activo o titular, y en función de uno de los elementos de la misma que es el objeto o prestación, es decir, el comportamiento de comisión u omisión que el deudor ha de verificar en beneficio del acreedor, al señalarse sino a exigir que se construya a otra a dare, facere, prestare alguna cosa, lo cual constituye la más amplia actividad jurídica, a la que pueda obligarse el deudor. En efecto dare: es la prestación que consiste en el traspaso al acreedor por parte del deudor de la propiedad u otro derecho real sobre una cosa; facere significa toda actuación del deudor que no implica la transferencia de un derecho; y prestare que se encuentra en las fuentes empleadas para expresar la prestación de carácter accesorio, como la indemnización de daños y perjuicios por ejemplo: Praestare, indica el contenido de la obligación en general.

En las *Institutas* de Justiniano se define la obligación así: La obligación es el vínculo jurídico por el que estamos constreñidos, a la necesidad de pagar una cosa a alguien según el derecho de nuestra ciudad". (14)

13.- Abouhamad Hobaica Chibri, OP Cit. p. 29

14.- Carames Ferro José M., Curso de Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones y sucesiones), Editorial Perrot, Buenos Aires Argentina 1955. p. 28

Se observa que es de extraordinaria importancia en la definición citada, el papel que desempeña el sujeto pasivo de la obligación (deudor), ya que sólo la considera desde ese punto de vista.

"La obligación es un estado anormal que limita la esfera de acción del deudor en beneficio del otro (acreedor), por ello, no puede ser indefinida, sino que está destinada a desaparecer en un momento dado, sea cuando el obligado cumple la prestación en cuyo caso se dice que hay solutio (de solvere: *deusatur*), y se produce la liberatio del deudor, sea cuando también se produce su desaparición por otras causas, que conllevan a la extinción del vínculo.

Se aprecia además en la definición, que los sujetos de la obligación se unen a través de un vínculo jurídico o lazo de derecho.

Se utiliza en ella la expresión pagar una cosa a alguien entendiéndose allí el pago en el sentido genérico, o sea, como sinónimo de cumplimiento de la obligación, pues el pago en dinero es sólo una acepción estricta, Justiniano advierte, quien cumple la obligación está pagando. Por último la definición se refiere a la obligación civil (según el derecho de nuestra ciudad), reconociendo éste que al ser impartido por el derecho la proporciona una verdadera naturaleza jurídica". (15)

Las obligaciones según Savigny consisten en:

"En el poder de una persona sobre otra sin que con ello se llegue a la absorción de su personalidad; mientras que para otros como Canus, la obligación comprende uno o diversos actos del hombre cuya ejecución podemos exigir, lo cual debe considerarse en esencia como una restricción de la libertad ajena y como consiguiente sumisión al poder de nuestra voluntad.

15.- Abouhamad Hobeica Chibri. Anotaciones y Comentarios de Derecho Romano II, Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Segunda Edición, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1978, p. 30

El mismo Camus sigue diciendo, que de los textos citados de Justiniano y Paulo, y para que en el concepto de obligación se expresen los elementos de la misma, expresa que la obligación es el vínculo jurídico entre personas determinadas, por el cual uno de ellos deudor, se encuentra compelido respecto de otra (acreedor), a la realización de una prestación, siendo responsable si deja de cumplirla con su patrimonio". (16)

Esta responsabilidad personal al principio implicaba una supeditación a los poderes del acreedor, siendo ésta una de las causas que produjo la lucha social y fue precisamente:

"La Lex Poetilia Papiria, del año 322 a.C. la que resolvió la presente situación, beneficiando a los nexi y fijando el principio de la responsabilidad en los bienes del deudor. De ahí que el vínculo de responsabilidad patrimonial sea elemento esencial de la obligación, para llegar en el Derecho Clásico la idea del deber, del débito. Se dice con lo anterior, que la sanción es en definitiva el medio por el cual se hace efectivo el vínculo y que en algunas ocasiones se manifiesta bajo la forma de acciones y excepciones, como suele suceder en todas las obligaciones civiles, que son las que realmente están amparadas por el ordenamiento jurídico y provistas de acción.

Por eso se dice que toda obligación tanto civil como natural, es una relación jurídica sancionada por el derecho". (17)

"El objeto de la obligación según Paulo, consiste en un acto que el deudor debe ejecutar en provecho del acreedor y los jurisconsultos romanos lo expresaron perfectamente mediante un verbo: Feacere, cuyo sentido muy amplio comprende aún la abstención.

Al lado de esta fórmula general, ciertos textos nos lo precisan con mayor propiedad, distinguiendo en tres categorías los diversos actos a que puede ser obligado un deudor y los resume en tres verbos: dare, prestare y feacere.

16.- Idem, p. 32
17.- Ibidem, p. 33

Dare, es transferir la propiedad de la cosa o constituir un derecho real. El ejemplo típico del dare se evidencia en el contrato de mutuo, que es el único de los contratos reales (en esa época) que transmite la propiedad de las cosas tangibles, que le entrega el mutuante al mutuario, por eso entre uno de sus requisitos se advierte que la entrega de la cosa del mutuante al mutuario constituye una datio.

La obligación de *facere* dice Papiniano en el digesto, la palabra hacer comprende absolutamente toda causa de hacer, de dar y de pagar. Para Papiniano quedaban comprendidas las obligaciones de dar y prestar dentro de las obligaciones de hacer.

El concepto de obligación según Pomponio. El opone el dare al *facere* de una manera que éste último no comprendería la entrega de una cosa, sino la realización de cualquier otro acto. Siendo pues la obligación de hacer aquella que tiene por objeto cualquier otro acto del deudor, que no fuere la entrega de una cosa, es decir, que ella comprende los hechos positivos o negativos del hombre constituido en deudor.

Ulpiano nos dice que en la obligación se comprenden las cosas que con dinero se pueden pagar y entregar, se advierte de lo anterior, que el contenido de ella debe ser puramente pecuniario". (18)

Es difícil precisar los influjos que determinaron el sentido de la evolución del derecho romano en la época Post-clásica.

1.4. POSGLOSADORES.

En los siglos XII y XIII, un grupo de juristas estudiosos del derecho, sistematizaron y organizaron el conocimiento y análisis de los textos de la compilación de Justiniano que hasta entonces se había llevado a cabo mediante una exégesis aislada de ciertas partes del Corpus Juris Civilis.

“La labor de los glosadores se realizó mediante notas interlineales o marginales, llamadas glosas (de allí el nombre de la escuela de los glosadores), interpretando o precisando el alcance y significado de los párrafos del Digesto”. (19)

Después de los años 1250 a 1500 floreció la escuela de los Postglosadores, cuyos principales epígonos fueron: Bartolo de Saxoferrato (1314-1357), Baldo de Ubaldino (1327-1400) y Cino de Pistoya.

“Los postglosadores, partiendo de la gran glosa intentaron adaptar el pensamiento de los glosadores, a las necesidades de su época y bajo la aparente interpretación del Derecho Romano, trataron también de estudiar y coordinar los derechos estatutarios vigentes y los derechos consuetudinarios fundamentalmente con propósitos prácticos y aún casuísticos; son los continuadores, en esta manera de la evolución del derecho, particularmente porque son capa de la interpretación del Corpus Juris, exponía sus propias opiniones mediante razonamientos y distinciones y así sus comentarios estaban animados por la intención de incorporar y coordinar los principios rectores de Derecho Romano”. (20)

Se ocuparon así mismo, en señalar contradicciones entre los diversos pasajes del Corpus Juris e intentaron precisar el significado de aquellos que parecían oscuros.

19.- Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Décima Edición, Primer Curso. Editorial Porrúa. S.A., México 1990, p. 97
20.- Ibidem, p. 98

“Muchas de las transformaciones operadas en ese período constituyeron desarrollos de Derecho Clásico, originados por circunstancias puramente internas, como la fusión del Derecho Civil y el Pretoriano y la desaparición del procedimiento formulario. Pero ello no autoriza a la afirmación de que la labor de la interpretación y la formación del *ius-novum*, derivado del procedimiento *extra-ordinem* del período imperial, no hayan recibido influencias extrañas. Es innegable la influencia Helénica a través del platonismo y especialmente del estoicismo, cuyas ideas fueron adoptadas por los jurisconsultos de la época de los Antoninos (132, 193 D.C.) más de cien años antes del advenimiento del primer emperador cristiano, que fue Constantino 306-307, los jurisperitos hombres con extenso conocimiento de la literatura y de la filosofía griega, relacionaron el *ius-gentium* con el Derecho Natural, considerándolo fundado en la *naturalis ratio* y por tanto trataron de acercar las normas jurídicas a las del derecho natural; es decir, trataron de buscar un bien más sublime que cualquiera de los sistemas aplicados por el hombre”. (21)

Cualquiera que haya sido el grado de influencia que el cristianismo hubiera tenido en la época Post-Clásica del Derecho Romano, la verdad es que sin el pensamiento de la naciente civilización occidental que fue profundamente cristiano, como lo fue en todo el medievo, el derecho no podía desinteresarse de su moral.

El esfuerzo empleado por los postglosadores fue debido a actualizar el Derecho Romano, que tenía el carácter de universal y que para unificar a través de las glosas el análisis a las distintas soluciones propuestas, pero cabe destacar que su mayor realización fue la de aplicar los estatutos reales y personales, según se refirieran a los bienes o a las personas; analizando que es preciso dar a cada ley la aplicación que le corresponda según su propia naturaleza.

La teoría de los estatutos personales y reales se basa en el principio de que el Estado ejerce su poder sobre las personas que se encuentran sometidas a él, sobre los inmuebles y sobre los actos que tienen lugar en el Territorio del Estado y las personas están sometidas a los estatutos del país al que pertenecen.

21.- Salas Ernesto, “Elementos Formativos del Derecho Actual de las Obligaciones”, Estudios de Derecho CMI en homenaje a Héctor Lafaille, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1988, p. 667

1.5. SHOLD Y HAFTUNG.

La relación jurídica como elementos de la obligación debe analizarse únicamente como parte ontológica del deber ser, pues es el vínculo, nexo o punto de unión que surge entre el obligado y el posible acreedor.

Rojina Villegas dice: "Es el vínculo de sujeción del deudor frente al acreedor". (22)

Por otra parte y con afán de no querer entrar en detalles, Gutiérrez y González dice que: "La relación jurídica como elemento de la obligación en su especie derecho de crédito o derecho personal convencional o indemnizatorio, ha sido expuesto por los autores alemanes y en especial por Enneccerus". (23)

"La tesis alemana de lo que es la relación jurídica reduce a esta facultad que tiene el acreedor de poder exigir a su deudor que cumpla y la situación del deudor de deber cumplir con la prestación a favor del acreedor. En otras palabras, la relación jurídica se reduce a un poder exigir y un deber cumplir, situación esta que se engloba bajo el vocablo de Shold". (24)

A nuestro parecer, esta relación jurídica sólo puede narse desde un punto de vista abstracto, pues el vínculo o nexo que surge entre los sujetos determinará una conducta posterior por parte de ellos, y los colocará en planes de un deber cumplir para uno y de un deber exigir para el otro, según la cualidad que les corresponda en el momento de hacerse ejecutable la obligación.

Por lo tanto, la relación jurídica será sujeción de la conducta que deberá tener el virtualmente obligado para con el virtualmente acreedor (aquí ya no sujetamos a la persona del deudor al poder del acreedor, ni tampoco sujetamos los bienes, pues la obligación puede tener como objeto mediato bienes o derechos).

22 - Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Vol. 1, quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1985, p. 16

23 - Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, p. 91

24 - Enneccerus Lehmann, Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Vol. 1 Traducción de José Pérez González, Editorial Bosch, S.A., Barcelona España 1976 pp. 67

Siendo su objeto inmediato la prestación o la conducta de hacer o no hacer que se materializará en el objeto mediato, sobre el que recae la obligación (en el caso de que sea de tipo patrimonial, pues si es de tipo moral se materializará cuando se cumpla con la obligación).

Von Tuhr, expone: "La situación jurídica del Patrimonio expuesto a la acción ejecutiva del acreedor, puede expresarse exactamente con la responsabilidad que va normalmente aparejada a aquel deber, no es extraño que se diga muchas veces responder como sinónimo de obligación o de responsabilidad.

Estar obligado sobre todo cuando la obligación versa sobre la reparación de daño que puede producirse, así se dice, por ejemplo: que el deudor es responsable del dolo o de la negligencia de su culpa o de la ajena y al decir esto quiere aludirse al deber que el deudor asume, deber que en caso de no cumplirse espontáneamente, se hace efectivo sobre sus bienes, naturalmente la responsabilidad abarca todos los bienes del deudor, es decir, cuantos integran el patrimonio en el momento de hacerse ejecutable la obligación, con excepción de aquellos que por razones especiales se hallen sustituidos al embargo o a la acción de los acreedores. Hay, sin embargo, créditos en que la responsabilidad se limita a determinados bienes del patrimonio". (25)

Existe una fuerte polémica en cuanto a la determinación de lo que es el objeto de la obligación y mientras unos dicen que son las cosas corporales o incorporales, otros dicen que el objeto es una cosa material y que se puede reducir a dinero. Estos juristas sólo ven el carácter patrimonial, monetario y económico de la cosa sobre la que recae la obligación.

Giorgi, uno de los más grandes tratadistas italianos en materia civil, dice que el objeto de la obligación es el hacer o no hacer una cosa.

26.- Von Tuhr A. Tratado de las Obligaciones. Tomo I. Traducción W. Roces. Editorial Reus, S.A. Madrid España 1934. pp. 10-12

Lomanaco "considera como objeto de la obligación o mejor aún del contrato, las cosas corporales o incorporeales, incluyendo en el concepto amplio de las cosas las acciones, las omisiones humanas siempre que de ellas se derive una utilidad". (26)

Para evitar problemas en esta parte elemental de la obligación, solamente se toma el objeto como una prestación, que debe realizar en favor de otro y esta puede ser de DAR, HACER O NO HACER (abstención), siendo esta la forma en que los doctrinarios modernos salen de apuros y no se enfrascan en especulaciones teóricas.

Nosotros solamente decimos y sin ánimo de ofender, que el objeto de la obligación, solamente es la conducta que debe realizar el obligado y que ésta se objetiviza sobre el patrimonio en algunas ocasiones, y en algunas otras sólo recae en la acción de un derecho.³

Englobando en forma burda la exposición de tan insignes juristas, nosotros al igual que Giorgi, decimos que el objeto de la obligación, es una conducta que se debe realizar en favor de otro, bastando para demostrarlo la gama de definiciones que se dan acerca del derecho de obligaciones, sin embargo, para efectos didácticos seguiremos utilizando el dar, hacer o no hacer.

El objeto de la obligación se caracteriza como prestación o como abstención (es decir, hacer o no hacer), una conducta positiva o negativa. Enunciando así este elemento objetivo no se comete el error de afirmar que son objetos de obligaciones las cosas, cuando las prestaciones se refieren a los bienes en general.

"EL objeto del derecho objetivo o subjetivo o del deber jurídico, siempre será la conducta humana, por lo tanto, el objeto de la obligación tiene que ser la conducta, pero esta conducta materia de la prestación, puede referirse a cosas y entonces estas serán objeto indirecto de la prestación". (27)

26 - Muñoz Luis y Castro Salvador. Comentarios al Código Civil. Tomo II. Editorial Cárdenas. México 1974. p. 366
 27 - Rojas Villegas Rafael. Op. Cit. pp. 28-29

Como es natural, se entiende por no hacer:

"La obligación de un determinado acto o de una serie de ellos, señalando al deudor. Pero hay que extenderla al no impedir una hacer del acreedor a lo que los romanos llamaban *Pati-Suñir* (tolerar), como oposición al puro no hacer". (28)

Los juristas alemanes han sido los que han investigado más con detalle la teoría de la obligación, pues a partir del siglo XVIII hasta la actualidad, han hecho y siguen aportando concepto y estructura a la rama del Derecho antes mencionada.

"Sólo tomaremos su teoría denominada el *Shold* y el *Haltung*, y que es expuesta en forma brillante por el jurista *Emmeccerus*, pero afecta en lo fundamental a la entraña romanística, que perdura e informa esta rama del derecho. En el Derecho Germánico, el derecho romano moldea el de las obligaciones. Lo mismo en el *Shuldver Haltuiss* Germana, que en la *obligatio* francesa". (29)

En Alemania, que es donde más ahínco se ha dado en tratar de poner de manifiesto un derecho nacional y se ha pretendido proclamar su independencia del derecho romano, han reconocido la indiscutible influencia del derecho romano en el alemán.

"Como dice *Gierke*, uno de los más destacados germanistas, la victoria del derecho romano fue en lo que se refiere sobre todo al derecho de obligaciones más completa y más cargada de consecuencias, que en cualquier otro aspecto del derecho privado. *Huebner*, *Puchta*, *Windscheid* y otros alemanes, sostienen que el derecho de obligaciones de los tiempos modernos en sus rasgos esenciales, es romano, sin embargo, muchas ideas germanas han sido introducidas en él". (30)

"La concepción dualista de la obligación fue advertida por *Briuz* en 1874. Surge esta teoría como consecuencia de las investigaciones llevadas a cabo en el primitivo derecho germánico.

28 - Gaspen Luis De, Tratado de Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino Vol. I Editorial Depalma, Buenos Aires 1946, pp. 27-38
 29 - Muñoz Luis y Castro Salvador, Op. Cit., p. 649
 30 - Idem p. 850

Carlos Von Amira en 1882, llega a la conclusión de que el derecho germano de las obligaciones, se basa entre la distinción entre el deber (Shold), y la responsabilidad (Haftung)". (31)

"En 1919, Huebner sostiene que la ciencia jurídica no podrá abandonar más la concepción dualista de la obligación (según Luis Muñoz). Que también nos dice lo que entienden por "Shold" algunos investigadores alemanes y expone que para Gierke es una relación bilateral que entraña de una parte, el deber de prestar y de otra el de recibir. Los deberes del acreedor y del deudor están en correlación y no pueden existir los unos sin los otros, el contenido jurídico del derecho de obligaciones reside en ese deber recíproco.

Cuando el acreedor cumpliendo su deber recae la prestación del deudor, la obligación queda extinguida.

El cumplimiento de la obligación libera a los sujetos de la misma relación obligatoria". (32)

Haftung es un vínculo, corresponde a la "obligatio" del derecho romano, lleva en sí la responsabilidad, supone la garantía del cumplimiento por el deudor de su deber jurídico y confiere poder al acreedor para exigir sus derechos y hacerlos efectivos. Es en suma la responsabilidad contractual como consecuencia de la evolución y espiritualización del derecho lo que sustituye la responsabilidad penal.

La Tesis alemana, de lo que es la obligación jurídica reduce a ésta a la facultad que tiene el acreedor de poder exigir a su deudor que cumpla y la situación del deudor de deber cumplir con la prestación de su acreedor.

En otras palabras, se reduce la relación jurídica a un poder exigir y un deber cumplir.

31 - *Ibidem* p. 861

32 - Cfr. Luis Muñoz y Castro Salvador. *Op. Cit.* p. 852

"Cuando la obligación no se cumple, surge un segundo momento que ya no es el "Shold", pues se comete un hecho ilícito por parte del deudor y con ello se engendra a favor del acreedor, el derecho de ocurrir ante la autoridad judicial para pedirle se obligue coactivamente al deudor lo que se hará a través de los medios legales que la ley otorgue.

Este momento que se origina con el hecho ilícito no es ya la relación jurídica sino una consecuencia, en la tesis a estudio que se llama Haftung". (33)

Emecccerus, distingue entre la deuda y la responsabilidad en los siguientes términos:

"El crédito otorga al acreedor el derecho de exigir la prestación y obliga al deudor a realizarla, así por un lado hay un poder exigir y del otro un deber de cumplir (prestar), pero ambos no son sino aspectos distintos de un concepto unitario que, según el aspecto negativo o positivo se le denominará crédito o deuda". (34)

Si el deudor no cumple la prestación, el acreedor tiene derecho a dirigirse al patrimonio del deudor, derecho que puede ejecutar mediante ejercicio o auxilio de la autoridad (demandar, ejecución forzosa). Este derecho a dirigirse contra el patrimonio del deudor es una consecuencia de crédito como contenido inmediato.

"La palabra Haftung (sujeción, responsabilidad, afectación), se emplea en Alemania en muy distintos sentidos, comúnmente es el estado de sumisión de un objeto a la agresión del acreedor y esta sujeción puede referirse a todo el patrimonio del deudor o a cierto objeto (una cosa que pertenece al deudor), o a una herencia que le es referida, o también a partes del patrimonio que no pertenecen al deudor". (35)

33 - Gutiérrez y González Ernesto Op Cit p 91
 34 - Emmeccerus. Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Vol. I Traducción Elias Pérez González, Editorial Bosch S.A., Barcelona España 1978 pp. 10-12
 35 - Idem p. 12

1.6. OBLIGACIONES NATURALES.

Mucho se ha escrito y hablado acerca de las obligaciones naturales, por lo que respecta a los códigos, éstos no son unánimes, ya que las legislaciones no son de criterios similares en cuanto a esta materia, pues mientras en unos se da un espacio para tratar las obligaciones naturales, en otros de plano se desechan como un instrumento jurídico benéfico, toda vez que permite el derecho mantenerse o incursionar en la moral y la ética de las personas, pero esto no es función del derecho civil.

Otras legislaciones, para no entrar en problemas de tipo especulativo no las regula y para regular alguna figura similar se ven obligados a inventar ciertas figuras que actualmente las regulan o la contemplan, aunque en puridad jurídica esto no es cierto, pues las obligaciones naturales existen de una manera expresa en el texto legal o no existen no teniendo por lo tanto ninguna eficacia o validez, viniendo en estas consideraciones previas muy a colación, la opinión de Josserant que dice:

“En la materia en tema nos hayamos en pleno derecho consuetudinario y en plena moral”. (36)

Teniendo presente que las obligaciones son civiles o naturales, siendo las primeras aquellas que dan derecho a exigir su cumplimiento y recaen sobre el patrimonio generalmente, no olvidando que también afectan valores de tipo moral, mientras que las obligaciones naturales son aquellas que se encuentran reglamentadas por: la equidad y la moral, así como la justicia y tienen como característica, que no son exigibles de una forma coercitiva, pues quedan al arbitrio del deudor, pagar o no pagar (entiéndase por pagar el cumplimiento), pero que cumplida autoriza a que el acreedor retenga lo que se le haya dado por razón de las mismas.

36.- Citado por Silva Alonso Ramón. "Función de la Obligación Natural en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino". Estudios en Homenaje al Profesor Castán Toboñas. Tomo IV. Ediciones Universidad de Navarra. S.A., España 1969. p. 612

No queremos pasar por alto hacer el comentario de que los códigos que regulan las obligaciones naturales, lo único que hacen es regular principios de Derecho Natural como son la justicia y la equidad. Pues si la obligación no tiene acción (coercibilidad), no se puede exigir el cumplimiento de la misma. Pero es obvio que el supuesto acreedor entregó algo al deudor, es justo que se le retribuya y que se cumpla con el principio fundamental del derecho que es la justicia, hay que recordar que justicia es dar a cada uno lo que le corresponde.

Para las legislaciones como la de Chile, Argentina, Paraguay, atribuyen un nombre no muy adecuado a las obligaciones de tipo natural, llamándolas:

"Obligaciones degeneradas o desvitalizadas, a la cual la ley le ha privado de su atributo principal que es la coercibilidad". (37)

Personalmente, preferimos utilizar la terminología que utiliza Enneccerus, el decía que es una obligación "imperfecta", pues no llega a perfeccionarse por causa puramente moral o religiosa.

Históricamente, las obligaciones naturales se han manifestado como parte del sistema jurídico.

"Ya desde el derecho romano, aún cuando su función difiere de la que le asigna el derecho moderno, en aquel ordenamiento jurídico, ellas constituían propias y verdaderas obligaciones, aún cuando parecen revestidas de una eficacia menor que las llamadas obligaciones civiles, puesto que están desprovistas de acción y el acreedor no las puede valer sino de modo indirecto, como defensa mediante una excepción al procedimiento". (38)

37 - Silva Alonso Ramón. Op. Cit., p. 613
38 - Idem, p. 808

Por demás está señalar, pues ya se desprende de las líneas escritas que el término acción, tiene un significado muy distinto para nuestro derecho positivo vigente; y es que la facultad que tiene todo gobierno, para ocurrir a la autoridad judicial y hechar andar la maquinaria judicial como dice Cipriano Gómez Lara, toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico lo que les falta a las obligaciones naturales es la ejecución, o lo que es la coercibilidad, distando pues, mucho del concepto que utiliza el jurista Silva Alonso.

La obligación natural se nos aparece hoy como una figura autónoma del derecho de obligaciones, son características propias, las obligaciones naturales son deberes morales que entrañan la exigencia ética del cumplimiento del deudor, respecto del acreedor, pero que carece de acción.

Su energía jurídica no llega a conferirles acción, pero precisamente por el fundamento ético en que se apoya, si el deudor las ejecuta, opera la irrepetibilidad del pago.

Dice Ripert:

"Útil es compararles con las obligaciones civiles, para poder explicar su contenido. Ellas son figuras autónomas compuestas, deberes morales o éticos". (39)

Es necesario aquí repetir que lo único que impera es la justicia, pues si el deudor entrega al acreedor lo que le es debido, solamente le entregará aquello que de pleno derecho le corresponda.

"Su naturaleza no es puramente ética o simplemente jurídica, sino mixta, son ético jurídicas. Éticas en cuanto suponen obligación moral y una ejecución libre, jurídicas en cuanto producen efectos en el mundo del derecho de los cuales el principal es la irrepetibilidad del pago cumplido. Por supuesto, se diferencian de otros deberes morales en cuanto estos no producen consecuencias jurídicas". (40)

39 - Idem, p. 614

40 - Ibidem, p. 615

No estamos de acuerdo en la naturaleza de las obligaciones naturales, pues para nosotros solamente es un deber moral y no engendra los atributos jurídicos necesarios para exigir su cumplimiento a través del poder judicial, ya lo apuntaba Gaudement, una obligación que no se puede exigir no es obligación.

Planiol y Ripert, solamente hacen la distinción entre las obligaciones naturales y las civiles, y dicen utilizando un término jurídico diferente a los uruguayos, que las obligaciones naturales se distinguen de las civiles en que el acreedor de una obligación natural no tiene ningún medio de coacción contra el deudor y que sólo puede esperar el pago de libre voluntad de éste, absolutamente se le niegan todas las posibilidades de ejecución sean directas o indirectas.

“Por lo tanto, la obligación natural puede definirse como una obligación reconocida por la ley, pero únicamente en caso de que el deudor consienta en cumplirla”. (41)

Nosotros pensamos que si el deudor consiente en cumplirla, se crea una obligación civil y que ya no es propiamente natural, pues ésta descansa en el principio de buena fe del deudor, más si es buena fe es transportada al momento en que se consienta cumplir la obligación, para que el deudor acepte que la cumplirá de una manera civil, deja esta de ser de buena fe, para descansar en preceptos legales y no en los éticos como es su naturaleza propia.

“La obligación natural es la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir a favor de otra persona denominado acreedor, que le puede exigir una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral), sin que esa exigencia pueda hacerse coactivamente, si el obligado deudor comete el hecho ilícito de no cumplir voluntariamente, pues el hecho de que no cumpla por culpa no engendra una acción, o bien generándola, ésta se vera destruida por una conducta que la ley faculta a asumir al obligado deudor que irresponsabiliza a éste”. (42)

41 - Ibidem, p. 617

42 - Gutiérrez y González Ernesto, Op Cit, p. 282

La anterior definición nos lleva a una conclusión, que ya de antemano se conoce y es que toda obligación que no se puede ejecutar no es obligación y sólo queda en el ámbito de lo moral y lo ético, esto es acorde a los principios que cada sujeto tiene.

La obligación natural en México no está contemplada, pero dentro del Código Civil existen hechos ilícitos que si se viola no engendra acción. El Artículo 2268 dice: "Las ventas al menudeo de bebidas embriagantes hechas al fiado en cantinas, no dan derecho para exigirle precio", es decir, que no existe obligación para exigir su cumplimiento porque la obligación no engendra una acción dentro de la vía judicial.

Gomís Soler por su parte:

"Parece que hay aquí un desacuerdo entre la equidad y el derecho. La primera estima que el deudor debe pagar y el segundo entiende que el deudor queda en libertad de pagar o no pagar. Ahora bien, si paga la ley confiere al pago determinados efectos jurídicos, que consisten en que el deudor no puede repetir lo pagado, es decir, no puede reclamar lo pagado, en consecuencia de la acción natural contraída. Los romanos dieron a la obligación natural el efecto de la *Soluti Retentio*, facultad que correspondía al acreedor que hubiese cobrado del deudor como distinción entre tal obligación y las prestatas (obligación moral de dar limosna).

Los romanistas han discutido mucho acerca de cuáles eran las obligaciones naturales admitidas en el derecho romano". (43)

No estamos de acuerdo con el jurista Gomís Soler, toda vez que no puede haber disparidad entre lo que es la equidad y el valor justicia y el derecho, pues hay que recordar que el derecho acoge estos principios como fines últimos, es más cuando el deudor paga, lo único que hace el derecho, al no permitir la repetición es proteger la justicia y acogerla en su seno, al dejar que el acreedor recupere algo que dió con anterioridad.

43.- Apud. Muñoz Luis y Castro Salvador. Comentarios al Código Civil, Tomo II. Editorial Cárdenas. México 1974. p. 865

Terminamos esta exposición de las obligaciones naturales con lo expuesto por el jurista Bennelen, que al enjuiciar el problema, no puede menos que reclamar que:

“Hay que concluir de una vez por todas con esas ideas antiguas, pues obligaciones que no son exigibles no son obligaciones, sólo son contrabando jurídico que tiene que desaparecer”. (44)

Recasens Siches dice que:

“Se construyó el concepto de obligación natural, utilizando elementos heterogéneos y supuestos dispares, que indebidamente se quisieron amalgamar en una figura jurídica inexistente. Este concepto surge sólo por falta de limpieza de una operación intelectual, que vincula y conjuga términos o supuestos diversos y después los mezcla con ingredientes heterogéneos (esto es fuera del derecho positivo)”. (45)

44 - Idem, p. 368
45 - Ibidem, p. 369

1.7. DIFERENCIAS ENTRE EL SHOLD, HAFTUNG Y LA OBLIGACION NATURAL

Dentro de los primeros (Shold y Haftung) encontramos los siguientes:

1. Es una relación bilateral que entraña de una parte, el deber de prestar y de otra el de recibir.
2. Los deberes del acreedor y del deudor están en correlación y no pueden existir los unos sin los otros.
3. El contenido jurídico del derecho de obligaciones reside en ese deber recíproco.
4. Cuando el acreedor cumpliendo su deber recibe la prestación del deudor, la obligación queda extinguida.
5. El cumplimiento de la obligación libera a los sujetos de la misma relación obligatoria.
6. La relación jurídica como elemento de la obligación en su especie de derecho de crédito o derecho personal convencional o indemnizatorio.
7. La relación jurídica se reduce a un poder exigir y un deber cumplir.
8. La Relación Jurídica será sujeción de la conducta, que deberá tener el virtualmente obligado para con el virtualmente acreedor.
9. Siendo su objeto inmediato y la prestación o la conducta de hacer o no hacer, que se materializará en el objeto mediato sobre el que recae la obligación.
10. Cuando la obligación no se cumple, surge un segundo momento que ya no es el "Shold", pues se comete un hecho ilícito por parte del deudor y con ello se engendra a favor del acreedor, el derecho de ocurrir ante la autoridad judicial para pedirle se obligue coactivamente al deudor lo que se hará a través de alguno de los medios legales que la ley otorgue.
11. Si el deudor no cumple la prestación, el acreedor tiene derecho a dirigirse contra el patrimonio del deudor, derecho que puede ejecutar mediante el ejercicio o auxilio de la autoridad.

Con respecto de las Obligaciones Naturales, estamos a lo siguiente:

1. En la obligación natural, no se puede exigir el cumplimiento (coercibilidad).
2. Las obligaciones naturales son deberes morales que entran en la exigencia ética del cumplimiento del deudor, respecto del acreedor, pero que carecen de acción.
3. Es una obligación imperfecta, pues no llega a perfeccionarse por causas puramente morales o religiosas.
4. Su energía jurídica no llega a conferirles acción, pero precisamente por el fundamento ético en que se apoya, si el deudor, las ejecuta no opera la irrepitibilidad del pago, porque al no permitir la repetición es proteger la justicia y acogerla en su seno, al dejar que el acreedor recupere algo que dió con anterioridad.
5. El acreedor de una obligación natural no tiene ningún medio de concisión contra el deudor y que solo puede esperar el pago de libre voluntad de éste, absolutamente se le niega todas las posibilidades de ejecución sean, directas o indirectas.

CAPITULO II

EL DEBER JURIDICO.

- II.1. Concepto.
- II.2. Qué es el deber jurídico.
- II.3. En qué consiste.
- II.4. La aplicación del Deber Jurídico en el Derecho de Familia.

II.1. CONCEPTO DE DEBER JURIDICO.

"Se entiende por él, la necesidad de observar voluntariamente una conducta, conforme a lo que prescribe una norma de derecho, ya en favor de la colectividad, ya de persona determinada". (1)

"El deber jurídico en general, es el concepto genérico, en el cual la norma impone una conducta, pero falta la determinación de los sujetos beneficiarios de ella". (2)

"El deber jurídico es la necesidad de ajustar una conducta a los mandatos contenidos en una norma jurídica". (3)

"El deber jurídico, proviene del Latín *debere*, a su vez de *habere* y de "tener que", "ser necesario", "tener la obligación", "deber". El lenguaje ordinario "deber" indica el comportamiento al que un individuo está obligado de conformidad con una regla o precepto (religioso, moral y jurídico). De ahí que "debido" (de "*debitum*"): el comportamiento conforme a la regla o precepto) sea entendido como "lo correcto", "lo bueno", "lo justo", "lo lícito". (4)

Por deber jurídico se entiende el comportamiento requerido por el derecho, la conducta obligada de conformidad con una norma de orden jurídico histórico (nacional o internacional), todo aquello que es jurídicamente obligatorio constituye un deber jurídico.

De acuerdo a lo anterior, se puede caracterizar el deber jurídico como la conducta prescrita por el derecho, el comportamiento que debe observarse.

La imposición de deberes ha constituido uno de los rasgos más característicos del derecho.

-
- 1.- Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 7a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, p. 29
 - 2.- Cazeaux Nestor Pedro, Félix A. Trigo Represas. Derecho de las Obligaciones I. Editorial Platense, 1969, p. 8
 - 3.- Idem, p. 12
 - 4.- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano D-H. 7a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1994, p. 815

Entendemos entonces que Deber Jurídico es ajustar una conducta conforme lo prescribe una norma de derecho. Mientras una persona cumpla voluntariamente con el mandato legal, no hay sujeto que le pueda exigir algo, pues carecería de sentido exigir lo que se viene cumpliendo.

La Ley determina la necesidad de todo habitante del país respete la propiedad privada de los demás habitantes del mismo país, como también prescribe el respeto que se debe a la vida de cada una de las personas, así como el cumplimiento de las contribuciones al gasto público a manera de contribución fiscal.

Dicho de paso, para que una conducta constituya la realización de un deber jurídico, la norma que lo establece ha de derivar en la voluntad del obligado. Cuando el sujeto convierte en máxima de sus actos determinada regla, convencido de su validez universal, sí puede hablarse de un auténtico deber jurídico. Con frecuencia, los particulares acatan voluntariamente, sin pensar siquiera en las sanciones y castigos, los preceptos que el legislador formula. Y, al acatarlos, seguros de que expresa un deber, transforma la exigencia ajena, en norma autónoma, es decir, en verdadero derecho.

II.2. QUE ES EL DEBER JURIDICO.

El Deber Jurídico es un reflejo inmediato de la norma jurídica, nace al hacerse esta perfecta, y su desaparición coincide con el fin de la norma, ésta fuerza obligatoria le ha sido siempre reconocida, aunque surjan dudas sobre el alcance y el carácter del deber jurídico.

“Las escuelas jurídicas modernas, inspiradas por el positivismo e individualismo, desconocen el valor fundamental del deber jurídico, la mayor parte de esta doctrina contra todo el derecho en el individuo y en el derecho subjetivo. El derecho no conoce ninguna obligación sin su correspondiente derecho subjetivo”. (5)

De aquí se infiere que los preceptos normativos e imperativos no tendrán razón de ser si no se realizaran en la conducta de los hombres. El concepto debe ser considerado desde el punto de vista de la orden o mandato general y abstracto que contiene la regla jurídica y desde el punto de vista de las facultades y deberes que en forma particular y concreta atribuye el precepto a determinada persona, a quien le esté permitida y garantizada la realización de ciertos actos.

“Es cierto que algunos juristas más observadores advirtieron la existencia de deberes jurídicos que no correspondían a derechos subjetivos, y se llega a decir que “el deber es el concepto central del orden jurídico”; pero estas palabras expresan sólo un reconocimiento formal, pues se continúa estudiando el deber jurídico. A cada deber jurídico se inventa en correlación a una serie de arbitrarios derechos subjetivos que se atribuyen a un particular o al Estado para que cada deber aparezca como reflejo de un derecho subjetivo.

Estas direcciones, al colocar en primer plano los derechos subjetivos, contradecía las aspiraciones de primacía del Estado moderno para sus normas; por ello, la doctrina buscará nuevos caminos. El positivismo al negar admisión al significado ético de las normas y extender la concepción mecanicista del Estado, conducirá a otros erróneos resultados”. (6)

5.- Castro y Bravo Federico. Derecho Civil de España. Parte General Tomo I. 5a. Edición. Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958. p. 893
 6.- ídem. p. 883

Las normas jurídicas nacen dentro de un grupo social, la cohesión de ese grupo requiere necesariamente un orden armónico, una coordinación de la conducta de sus miembros de acuerdo con las pautas generales que establece la norma jurídica. Esta relación permite al individuo realizar cierta conducta que la ley le garantiza dentro de su ámbito general. Si bien es cierto que el Estado tiene como finalidad la realización del orden, la seguridad y la justicia del grupo social en el cual se aplican también. Es cierto que el individuo en el poder de la voluntad del hombre para satisfacer sus propios intereses, en conformidad con la norma jurídica desarrollando cierta conducta.

La legislación positiva mencionaba Kant, como un conjunto de reglas de conducta del legislador, no pudiendo, por sí misma, ser mirada como fuente de auténticos deberes. Pero tomando en consideración que los preceptos del derecho son acatados de manera espontánea y nacen de la voluntad del individuo el acatar la norma de derecho.

“Para que un precepto legal posea obligatoriedad, es indispensable que derive de la voluntad del sujeto que ha de cumplirlo y tenga a la vez, valor universal o expresado de otra manera: para que una regla de acción me obligue, debe ser autónoma, es decir, tener su origen en mi voluntad. Si no deriva de ella, si no del albedrío ajeno: la regla es heterónoma y, por ende, no me obliga. Pero el hombre puede, en uso de su autonomía, aceptar las órdenes del legislador, convencido de su validez universal, la observancia de la ley llega de esta guisa a convertirse en contenido de un deber, los súbditos, procediendo autónomamente, están capacitados para transformar los mandatos legales en normas verdaderas. Esto ocurre cuando les reconocen validez y someten voluntariamente a ellos. Sólo que en este caso, el individuo, más que cumplir con el derecho, cumple con la moral o más precisamente, acata la ley por razones morales”. (7)

7.- García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Trigésimosexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984, p. 260

Efectivamente, el individuo es quien da vida a la norma de derecho, ya que es el poder de la voluntad del sujeto es la que ha de cumplirlo, en ejemplo se establece el caso de contraer nupcias, la ley establece que dentro de las relaciones familiares se establece el deber de fidelidad que se traduce en hechos y abstenciones, principalmente en la no ejecución de aquellos actos que impliquen relaciones de intimidad con persona de otro sexo, o en el establecimiento de ciertas prestaciones que se traducen en hechos como la de socorro: mutuo auxilio, en caso de enfermedad, o la de que los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos. Todo esto deriva de la voluntad de la persona en aceptarlo porque ello es justo, está dentro de lo ético y la validez universal.

Laun sostiene la tesis de que el orden positivo es un conjunto de normas heterónomas, y la heteronomía del derecho se hace consistir en que los preceptos jurídicos no derivan de la voluntad de los sujetos que han de cumplirlos, sino de un sujeto distinto a quien se llama legislador.

"Gramaticalmente nadie impide expresar de manera imperativa la voluntad de un individuo, en relación con el comportamiento de otro. Pero el hecho de que el primero quiera algo y le ordene al segundo, no demuestra que éste tenga la obligación de obedecer. Un imperativo en sentido lingüístico es heterónimo, en cuyo caso no puede expresar un deber, o expresa un deber, pero entonces no puede ser heterónimo. Si tratamos de traducir este pensamiento de los filósofos al lenguaje cotidiano, podremos decir aproximadamente lo que sigue: una frase que me ordena algo es la expresión de una voluntad ajena, caso en el cual no me puede obligar, o me obliga, pero entonces no puede ser la expresión de una voluntad ajena". (8)

De aquí se infiere que si hay normas jurídicas auténticas tendrán que ser, necesariamente autónomas.

Solo que el orden positivo, como tal, es un complejo de exigencias emanadas de los que tienen poder. Aún cuando tales exigencias sean formuladas como verdaderas normas, sólo constituyen juicios enunciativos que establecen en qué condiciones habrán de aplicarse determinadas penas a quienes no acaten los mandamientos de la autoridad. No podemos negar, sin embargo, que en la mayoría de los individuos existe el sentimiento del deber, ni desconocer que los preceptos del derecho son generalmente acatados de manera espontánea. El cumplimiento del orden jurídico no descansa, ni puede descansar exclusivamente, en el temor a las sanciones. Si aquel sentimiento no existiera, no podría la fuerza por sí sola imponer los preceptos que integran ese orden.

“El verdadero derecho no es heterónimo, sino autónomo. Para que una conducta constituya la realización de un deber jurídico, la norma que lo establece ha de derivar de la voluntad del obligado. Cuando el sujeto convierte en máxima de sus actos determinada regla, convencido de su validez universal, sí puede hablarse de un auténtico deber jurídico. Con frecuencia, particulares acatan voluntariamente, sin pensar siquiera en las sanciones y castigos, los preceptos que el legislador formula. Y, al acatarlos, seguros de que expresan un deber, transforman la exigencia ajena (que como tal no puede obligarlos), en norma autónoma, es decir, en verdadero derecho”. (9)

Luigi tiene razón al decir que del hecho de que un legislador me ordene algo no se sigue que esté yo obligado a obedecer. Pero el argumento descansa su aserto, vale también contra la tesis del jurista de Hamburgo. Del hecho que yo considere que debo hacer algo, no se desprende, de manera necesaria, que deba yo hacerlo. Lo que debo hacer, para constituir una verdadera obligación, ha de tener un carácter incondicionado, vale aun en contra de mis intereses y voluntad.

"Kelsen afirma que existe un deber jurídico si, y solo si existe una norma de derecho tal que (puede ser descrita mediante una proposición que), imputa una sanción, esto es, un acto de fuerza administrado por los órganos de la comunidad, a un determinado comportamiento humano. Existe, en efecto, identidad, entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a hacer el servicio militar y la que dice que debe ser castigado si no lo cumple. La primera expresa exactamente lo mismo que la segunda. El acto contra el cual reacciona la sanción se llama delito; el comportamiento contrario, deber jurídico". (10)

Según el conocimiento jurídico, la validez del juicio en virtud del cual se está jurídicamente obligado a una determinada conducta, es independiente del hecho de que el hombre cuya conducta constituye el contenido del deber se sienta o no vinculado, y aún de que tenga o deje de tener la menor idea de su obligación.

"El deber jurídico subjetivo revela un carácter enteramente objetivo. Pero si respecto de este hecho nos limitamos a advertir la vinculación psíquica media de las normas jurídicas, entonces no es ya el problema del deber jurídico, sino la eficacia de las representaciones psíquicas de las normas lo que está en cuestión. No es en este dominio psicológico, sino en el reino normativo del derecho, donde ha de determinarse el concepto del deber como concepto jurídico. Precisamente en él, en esta forma manifestativa del derecho objetivo y subjetivo, tiene que convertirse de "trans-sistemática" (antítesis de dos contenidos del mismo sistema), si ha de subsistir de algún modo. Este es el caso cuando se plantea dicha antítesis como la relación de una norma reguladora de una conducta individual concreta, atendiéndose a la idea de que también el derecho subjetivo es derecho, es decir, norma jurídica...El deber jurídico y la facultad son la norma jurídica concreta, individual con referencia a dos distintos contenidos o hechos por ella regulados". (11)

10.- Carró R. Genaro. "Sobre el Concepto de Deber Jurídico". Editorial Abelado-Perrot. Argentina 1968, p. 31

11.- García Máynez Eduardo, Op. Cit., p. 196

Al criticar la distancia entre derechos o la propia conducta y sobre la conducta ajena, el jefe de la Escuela Vienesa demuestra algo completamente distinto de lo que proponía. Estamos de acuerdo con el famoso jurista en que la libertad y propiedad son facultades correlativas de un deber impuesto a todas las personas; mas no creemos que constituyan una duplicación superflua del concepto del deber. La conclusión que lógicamente se desprende de la argumentación Kelseniana es que aquellas facultades, como todo derecho subjetivo, son correlativas de determinados deberes.

El deber jurídico es una necesidad de obrar que implica un sacrificio de la libertad del sujeto. Si la norma jurídica impone este sacrificio en beneficio de otro sujeto a quien vincula con aquel, concediéndole el derecho de exigirle el cumplimiento, estamos en presencia de la obligación.

En el mismo sentido entendemos que la obligación aparece inserta en la categoría jurídica, técnicamente más amplia, el deber jurídico y además que la obligación se diferencia del deber general en que éste sólo expresa el directo sometimiento a las normas, mientras que a través de la obligación ese sometimiento se traduce en un concreto deber de conducta hacia otros que integra el contenido de la obligación.

Creemos en la validez permanente y actual, concepto clásico de la obligación como una relación jurídica entre dos extremos, el deudor y el acreedor, uno de los cuales puede estar provisionalmente indeterminado. Cuando falta definitivamente el acreedor (como ocurre en una promesa de recompensa donde la conducta solicitada es imposible o improbable; en la oferta de venta es donde se declara la conducta en vender la cosa en el precio anunciado; al concurso con promesa de recompensa, en donde se establece la conducta del que promete un premio al que venza en un concurso se encuentra obligado), no existe obligación sino deber jurídico, esto es en la forma de necesidad jurídica que no presupone la liga inter-partes sino el puro respeto de la norma de derecho, respeto que no se impone necesariamente en provecho de alguien sino en beneficio del orden jurídico o sea, de la comunidad.

11.3. EN QUE CONSISTE EL DEBER JURIDICO.

Frente al derecho de uno se halla el deber jurídico de otros ya únicamente el deber general de todos de abstenerse de perturbar el derecho, cual en la mayoría de los derechos de señorío, ya el deber de una persona determinada de hacer o de omitir, cual ocurre con los créditos, ya ambos deberes a la vez, en los derechos del señorío que se refieren directamente a una persona, principalmente los derechos de familia.

“No es certera la afirmación de que todo deber jurídico corresponde necesariamente a un derecho subjetivo. Así por ejemplo: todo mundo está obligado a respetar el honor, la libertad y la integridad corporal, sin que por esto tenga que suponerse un derecho al honor, a la libertad, a la integridad corporal: pero en particular, existen múltiples deberes a cargo del Estado y de otras corporaciones públicas (vigilancia de la seguridad pública, defensa del territorio nacional, conservación de los caminos, etc.), frente a los cuales no se halla ningún sujeto de derecho determinado.

Los deberes se refieren a un acto o a una omisión, también es omisión la tolerancia, especialmente la omisión de la ofensa contra una intromisión. Muchos de los deberes de omisión tienen un trato especial, singularmente en el procedimiento.

Si una determinada conducta apareja una desventaja jurídica, por ejemplo, si un acto de acción directa deriva a deber de indemnizar, o de omisión del protesto de una letra, se sigue la pérdida del derecho de resaca, no cabe inferir. Sin más la existencia de deberes jurídicos (a la conducta opuesta), sino que más bien no suele tratarse de otra cosa sino la condición, bajo la cual debe producirse aquella desventaja jurídica. Pero si un deber de indemnizar se condiciona a una conducta culposa, se pronuncia también con ello la prohibición del acto desprendiéndose de ahí la existencia de un deber de omisión, pudiéndose demandar la omisión”. (12)

12 - Enneccerus Ludwig, Theodor Kipp y otros, Derecho Civil Parte General, Tomo I, 2a. Edición, Traducido por José Alguero Blas Pérez González, Editorial Bosch, Barcelona 1953, pp. 290-291

Algunos derechos sólo tienen por fin hacer el cumplimiento de deberes de igual contenido, de modo que el contenido y alcance de estos derechos se determinan, al menos en lo principal, por el contenido de los deberes, cuyo cumplimiento debe facilitar tales son por ejemplo: el derecho y el deber del tutor de cuidar a la persona del pupilo y de la administración de su patrimonio.

“El deber jurídico impuesto por una persona se manifiesta en las siguientes direcciones:

1. Deber de cumplir el mandato concreto contenido en la norma.
2. Deber de no obstaculizar su cumplimiento.
3. Deber de respetar las situaciones jurídicas creadas por o nacidas al amparo de la norma, y
4. Deber de cooperar a la realización de la finalidad de la norma.

Para la concepción jurídica española, la norma no crea sólo un deber de cumplimiento para aquel a quien directa o concretamente se dirige, sino que impone a todos un deber general de respeto y colaboración. En primer lugar, al jefe del Estado; después a los funcionarios, y por último, a todos los miembros de la comunidad nacional.

El deber jurídico no se basa en la compulsión de la pena, sino en la obligación en conciencia de no infringir el mandato de la autoridad legítima y en el deber político de colaborar en la realización de la organización jurídica impuesta por el Estado”. (13)

El deber jurídico se impone pues, la observancia de cierta conducta, pero no se hace especial determinación de los beneficios de la misma, así, por ejemplo el deber general de respetar los derechos ajenos.

Dentro de este concepto genérico, hay sin embargo, categorías específicas, con características que individualizan y distinguen, tenemos así:

13.- Castro y Bravo Fedencó. Derecho Civil. España Op. Cit., p. 532

A) Los deberes jurídicos particulares, como los llama Hernández Gil y que el derecho italiano se les denomina *obblighi*, en los cuales la conducta que debe observarse es impuesta a sujetos determinados, pero el contenido de cuya prestación no es valorable económicamente, tal es el caso de los deberes de los padres en el cuidado de los hijos, el deber de obediencia de éstos para con los padres, el deber de fidelidad entre esposos, el deber del débito conyugal, etc.

B) La obligación, deber jurídico calificado -según Busso- en el cual hay también sujetos determinados que tienen que observar una conducta, pero que a diferencia de la especie precedentemente mencionada, ha de consistir en una prestación pecuniariamente valorable, aunque el interés que en ella tenga el acreedor, pueda ser de índole moral o intelectual.

Giorgianni distingue el deber jurídico de sus subespecies: el *obbligo* y la *obbligazione*. El deber jurídico en general, es el concepto genérico, en el cual la norma impone una conducta, pero falta la determinación de los sujetos beneficiarios de ella.

“El *obbligo* es una categoría particular del deber jurídico en el que la norma impone un comportamiento y hay además determinación de los sujetos, en cuyo interés se exige su cumplimiento, tal es el caso de las prestaciones de contenido no patrimonial del derecho de familia.

La *Obbligazione* (obligación), es también una categoría especial de deber jurídico, en la que hay una conducta impuesta por la norma a sujetos determinados y en favor de sujetos determinados y a ello se agrega que la prestación que debe cumplirse debe ser de contenido patrimonial, aunque el interés del acreedor en dicha prestación, puede ser no patrimonial”. (14)

Efectivamente, el **Obbligo** es en si una norma de conducta que se impone al sujeto estableciendo el vinculo dentro de la relación familiar. encontramos como ejemplo: tenemos los vinculos que se crean por el parentesco como el matrimonio y la incapacidad de ciertos sujetos y solo de manera secundaria el derecho de familia regula las relaciones patrimoniales, tanto en lo que se refiere al régimen de los bienes en el matrimonio, como a lo que atañe a la administración de los intereses de los que están sujetos a la patria potestad o tutela.

II.4. LA APLICACION DEL DEBER JURIDICO EN EL DERECHO DE FAMILIA.

Toda relación humana genera derechos y obligaciones. Aún en aquellas relaciones que no requieren ninguna formalización legal (las relaciones de amistad, por ejemplo), quienes participan en ellas, generan derechos y obligaciones: el respeto mutuo es el derecho obligación más elemental.

La presencia de derechos y obligaciones se ve reforzada cuando se trata de relaciones creadas mediante contrato, como ocurre en los vínculos matrimoniales. Una vez más es necesario advertir aquí que los derechos y obligaciones que se contraen por el hecho de pertenecer a una familia son, ante todo, de índole moral. Este también es válido para el caso de los vínculos que derivan de la adopción: los primeros derechos que se generan son de índole moral.

Hoy los Códigos Civiles establecen derechos y obligaciones tanto en el caso de parentesco consanguíneo (de padres a hijos y viceversa). Como en el parentesco por afinidad (entre los cónyuges, pero no es así entre sus respectivos parientes), y en el parentesco civil (de los adoptantes a los adoptados y viceversa).

En lo que corresponde al matrimonio y la adopción, los códigos establecen obligaciones tales como la manutención, la solidaridad, la presencia en el hogar, la compatibilidad, el otorgamiento de las prestaciones, tales como los alimentos, el respeto, la protección, etc. Desde luego, estas obligaciones (que son derechos para la contraparte), se encuentran expresadas de diversas maneras. Es evidente que los derechos y obligaciones más fuertes son las que derivan de las relaciones consanguíneas o civiles entre padres e hijos. Más aún, la legislación penal prevé sanciones para quienes incumplan sus obligaciones más elementales de ese tipo de parentesco (por ejemplo: negar atención médica o lesionar al padre, cónyuge o al hijo).

"Los vínculos que unen entre sí a los miembros de un determinado grupo familiar forman el parentesco, del cual se derivan derechos y obligaciones muy importantes. El

parentesco forma por así decirlo, la línea que acota o limita la aplicación de las normas jurídicas relativas al derecho de familia.

El conjunto de esos vínculos jurídicos que se desarrollan alrededor del concepto institucional de la familia, constituye lo que se denomina el estado civil de la persona.

Las normas jurídicas que se ocupan en regular, creando y organizando tales relaciones, forman el Derecho de Familia que comprende las disposiciones legales relativas al matrimonio, concubinato, a la filiación (ya legítima, ya natural), a los alimentos, al patrimonio de la familia, la patria potestad, la emancipación, la tutela, etc.". (15)

Se sobreentiende que las relaciones familiares se establecen cuando existen vínculos entre las personas por consanguinidad, afinidad, adopción, generando entre sí ciertos deberes y obligaciones. La anterior afirmación establece que las normas para regular la conducta de los individuos que tienen vínculos de parentesco entre sí, entre otros está el matrimonio, la patria potestad, los alimentos, la adopción, etc. forman en sí lo que es el derecho de familia.

"Los efectos principales derivados de la relación familiar consisten en el derecho a alimentos, entre parientes próximos, el derecho a la sucesión legítima y en la prohibición de contraer matrimonio entre ascendientes o entre colaterales dentro del tercer grado en la línea colateral desigual (tíos, sobrinos), y sin limitación alguna en la línea recta ascendente o descendente, ya sea por consanguinidad o por afinidad.

La familia moderna se caracteriza por ser una institución fundamental fundada en una relación sexual, suficientemente precisa y duradera, que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos.

15.- Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, Parte General, Persona Familia, 10a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, p. 429

Ha de consistir en una cohabitación y relación sexual continuada; normalmente se funda en el matrimonio y excepcionalmente en una institución diferente que es el concubinato.

Da lugar a un conjunto de deberes y derechos entre los cónyuges y entre los padres y los hijos. Atribuye a los miembros de la familia el derecho a usar el nombre patronímico que corresponde a cada grupo familiar; de esta relación deriva una cierta estructura económica que regula los bienes de los consortes y que permite la manutención y educación de los hijos. Esta unión permanente entre cónyuges, se habla en el hogar conyugal". (16)

Esto es evidente y se considera que desde el punto de vista de los efectos que derivan de la relación familiar; existen obligaciones a cumplir y deberes a seguir, limitando a esto a ciertas disposiciones normativas que establecen prohibiciones en la unión entre los parientes, tíos y sobrinos en grado ya sea por consanguinidad o por afinidad, esto es más que permitir evitar problemas derivados de la genética, la moralidad judío cristiana y del buen convivir.

Las relaciones familiares en épocas históricas recientes se consideraban como atributos de derechos subjetivos creados en interés de su titular. Ahora, se ha transformado en verdaderos deberes en función de la protección de la persona y de los bienes de los miembros de la familia. Así ocurre hoy en día con la patria potestad, que se atribuye a nuestro derecho tanto al padre como a la madre, pero cuyo ejercicio se impone como una verdadera función, en vista de los intereses superiores de la familia.

"El poder absoluto del pater-familia y la manus del derecho romano se ha transformado, al atribuirse a quienes ejercen la patria potestad la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente (Art. 423 del Código Civil), todo exceso en el ejercicio de esta potestad constituye un abuso de poder, que puede ser limitado y aún castigado por el Estado.

Compete a los padres el deber de educar convenientemente a los hijos que tiene bajo su patria potestad (Art. 421 Código Civil)". (17)

Dentro de las relaciones familiares el respeto mutuo que se debe observar dentro de los miembros de la familia es muy importante, ya que de ahí depende el buen desarrollo de los hijos, psicológicamente. No existen escuelas para ser padres, pero debe entenderse que la educación de los hijos es necesario para su vida futura y la corrección es un método para que siga el camino de la convivencia social, y el respeto mutuo a sus semejantes, por eso la ley establece medidas apremiantes, para coadyuvar junto con padres que ejercen la patria potestad.

"Los deberes subjetivos familiares se definen como los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente a otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad o tutela y los parientes entre sí.

El estado de sujeción jurídica que constituye el género próximo de la definición anterior, es inherente a todo deber jurídico y consiste en la subordinación que desde el punto de vista del derecho guarda un sujeto que se denomina "Obligado" frente a otro llamado "pretensor".

En los deberes subjetivos familiares, este estado de sujeción jurídica adquiere las características de una situación permanente, por cuanto que se manifiesta en un conjunto o serie de obligaciones que se van renovando continuamente, a diferencia de lo que ocurre en los deberes jurídicos personales, o sea, de los que existen a cargo del deudor, pues éstos se caracterizan generalmente como temporales y se extinguen, por lo tanto una vez que sean cumplidos, sin que haya posibilidad de renovación". (18)

17.- Ibidem, p. 438

18.- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo II. Derecho de Familia. 7a. Edición. Editorial Porrúa, S.A., México 1987, p. 93

El estado de sujeción se entiende como la obligación que se tiene entre los cónyuges, el respeto mutuo, fidelidad, cohabitación, débito carnal, ayuda mutua y económica al sostenimiento del hogar, el de otorgar alimentos, el de educar a los hijos bajo la patria potestad, corregirlos, administración de los bienes, etc. Este estado de sujeción se establece como un vínculo entre el obligado y el pretensor tendiente a obtener un beneficio en favor del pretensor que se encuentra desvalido.

Los romanos clasificaron las obligaciones distinguiendo tres categorías principales: obligaciones de dar, de hacer y de no hacer. En los deberes subjetivos familiares, las obligaciones de dar son excepcionales; en cambio, se presentan frecuentemente, las obligaciones de hacer y de no hacer.

Rojina Villegas habla de una categoría más que no está comprendida en las clasificaciones de los romanos, y el jurista la llama "Obligaciones o deberes de tolerancia".

"Esta especie no puede quedar comprendida en las obligaciones de no hacer, dado que éstas se caracterizan por la simple abstención del sujeto pasivo para realizar determinados hechos o actos jurídicos". (19)

La idea del jurista mexicano es de establecer a los deberes de tolerancia impliquen la posibilidad en el sujeto pasivo y la necesidad, por parte de éste, de sufrir el acto de interferencia en su persona, conducta, patrimonio o actividad jurídica.

"El deber de tolerancia es indiscutiblemente más enérgico que el de simple abstención, pues este se cumple por la sola inactividad del obligado, sin que el sujeto activo tenga que realizar un acto de interferencia en la esfera jurídica del sujeto pasivo; en cambio, en los deberes de tolerancia, además de la inacción que se supone como necesaria para que puedan cumplirse, el obligado debe sufrir en su propia persona, conducta o patrimonio una interferencia directa del pretensor; viendo así invadida lícitamente su esfera de derecho".

(20)

19 - idem, p. 93

20 - idem, p. 93

El jurista muestra esta cuarta categoría de como una apreciación esencial dentro de la vida jurídica en las relaciones familiares si bien es cierto que la esfera jurídica del sujeto pasivo se ve interferida, en su conducta, en su patrimonio, es porque tiene la obligación de velar por el futuro de los sujetos que están bajo su custodia como son los hijos, con los bienes administrándolos cuando es tutor con su cónyuge, en las relaciones maritales, etc. todo traduciéndolo a las obligaciones de dar, hacer o no hacer.

“Para los deberes jurídicos familiares, es esencial esta cuarta categoría que agregamos a la vieja clasificación romana, porque en las relaciones conyugales, parentales, tutelares o de potestad, el sujeto pasivo debe permitir que el pretensor interfiera directamente en su esfera jurídica de una manera constante, principalmente en su persona como ocurre en los deberes maritales de la vida común, cohabitación y débito carnal o en las relaciones de patria potestad y tutela, respecto a la educación, dirección y castigo de los menores o incapacitados; o bien, la interferencia puede ser constante en la esfera patrimonial, cuando el pretensor tiene un derecho de administración de los bienes del obligado, tal como pasa en las relaciones de potestad, pues por incapacidad de ejercicio de los menores o de aquellos que están sujetos a interdicción, se confiere a quien desempeña la patria potestad o la tutela, un derecho permanente e ininterrumpido sobre la administración de todo patrimonio de los incapaces”. (21)

Las obligaciones de hacer existen también en las relaciones familiares que encontramos preferentemente en el matrimonio. Los consortes, de acuerdo con la ley, tienen que cumplir con ciertas prestaciones que se traducen en la ejecución de hechos, como son las obligaciones de socorro o mutuo auxilio, la asistencia en caso de enfermedad y las relativas a hacer una vida en común, especialmente se le impone a la mujer casada vivir con su marido, por la última reforma, ambos cónyuges deben vivir en el domicilio conyugal.

21.- Ibidem, p. 94

En lo que respecta a las relaciones inherentes de la patria potestad o a la tutela, los incapaces reportan como principal obligación de hacer, la de vivir al lado de sus padres, abuelos o tutores, respectivamente, así como la de obedecer y seguir las instrucciones del que ejerce la potestad. También la ley reconoce el derecho a corregir a los citados hijos mesuradamente y en caso de ser necesario las autoridades auxiliarán a las personas (los que ejerzan la patria potestad); haciendo uso de amonestaciones y correctivos que prestan el apoyo suficiente a la autoridad paterna.

Las obligaciones de no hacer -dice Rafael Rojina Villegas- regulan también en las relaciones familiares y, en general, implican un deber de respeto a los derechos que respectivamente imponen en el matrimonio, la patria potestad, la tutela y el parentesco. Pues bien, ahora en el matrimonio principalmente, tenemos la obligación de no hacer a cargo de cada uno de los cónyuges cuyo contenido se determina en función de los derechos del otro. Así como existe el deber de fidelidad que se traduce en hechos y abstenciones, principalmente de la no ejecución a aquellos actos que implican relaciones de intimidad con personas de otro sexo. En el deber jurídico de cohabitación, también encontramos el doble aspecto positivo y negativo, es decir, no sólo existe la obligación de convivir con el otro consorte, sino de no ejecutar todos aquellos actos que impliquen el incumplimiento de ese deber jurídico.

CAPITULO III

DIFERENCIAS ENTRE LAS OBLIGACIONES DEL DERECHO DE FAMILIA Y EL DEBER JURIDICO DENTRO DE LA FAMILIA.

III.1. Obligaciones Familiares.

- 1.1. Derechos Absolutos y Relativos de Orden Familiar.
- 1.2. De Distinto Origen.
- 1.3. Permanencia de las Obligaciones Familiares.
- 1.4. De Interés Público y Privado.
- 1.5. Renunciable e Irrenunciable.
- 1.6. Transmisible e Intransmisible.
- 1.7. Transigible e Intransigible.

III.2. Deberes Jurídicos.

- 2.1. Deberes Jurídicos Familiares en General.
- 2.2. La Vida en Común.
- 2.3. Débito Carnal.
- 2.4. Fidelidad.
- 2.5. Mutuo Auxilio y Socorro.
- 2.6. Diálogo.
- 2.7. Alimentos.

III.1. OBLIGACIONES FAMILIARES.

Al hablar de la obligación, el Derecho Familiar toma en cuenta la voluntad humana para dar nacimiento al estado familiar, pero no necesariamente para determinar el alcance y naturaleza de los derechos, obligaciones y deberes que del mismo se derivan, toda vez que éstos quedan exclusivamente definidos por la ley, por ejemplo: una pareja puede por un acto jurídico, crear un estado jurídico familiar que es el matrimonio, pero los derechos, obligaciones y deberes de dicho estado no nada más depende de la voluntad, pues también se encuentra la ley, al determinar claramente las relaciones conyugales y familiares.

Al hablar de las obligaciones, también nos encontramos con los derechos, porque existe la relación jurídica que se integra un vínculo de derechos y obligaciones, haciendo referencia a la materia familiar se puede señalar que los derechos subjetivos son las distintas facultades que se originan por actos y hechos jurídicos patrimoniales económicos de carácter familiar. La obligación, consecuentemente, hace referencia también a la relación jurídica entre consortes, por virtud de la cual una de ellas llamada deudor (uno de los consortes) queda sujeto a la otra, llamada acreedor, a una prestación o una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor y se relaciona dentro de la relación conyugal y también se observa de igual manera dentro de la relación familiar.

Tomaremos algunas características de las obligaciones familiares como son Derechos Absolutos y Relativos, de orden familiar; de distinto origen; de la permanencia de las obligaciones familiares; interés público y privado, renunciable e irrenunciable, transmisible e intransmisible, transigible e intransigible.

1.1. DERECHOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS DE ORDEN FAMILIAR.

Los Derechos Absolutos son oponibles a todo el mundo, ésta situación se funda en el estado civil de las personas, participando de la naturaleza del mismo. Se establece que ese estado civil oponible a todos los demás, de tal forma que no se puede ser casado para algunos y soltero para otros, ni ser hijo frente algunos y no serlo frente a otros, no puede darse un derecho absoluto como lo manejan los juristas alemanes, Kipp y Erneccerus, en donde establecen que uno de los cónyuges posee sobre el otro un derecho absoluto y viceversa, de tal suerte que derivan de esta situación la plena convivencia y de indemnización frente al que contra todo derecho y por su culpa impide a un cónyuge el cumplimiento de sus deberes que está dispuesto a cumplirlos. El jurista Rojina Villegas, establece que "Los derechos no son absolutos". (1)

En cierta forma porque si bien es cierto que el estado civil de las personas genera una situación jurídica real oponible a todo el mundo, por cuanto no se puede participar dentro del seno familiar. Pero evidentemente que sólo puede ser oponible a los sujetos señalados, por ejemplo: cada cónyuge exige del otro determinadas prestaciones o abstenciones, los que ejercen la patria potestad o la tutela frente a los incapaces, o los parientes entre sí.

De tal forma que los derechos son relativos y oponibles a terceros.

1.- Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano: Derecho de Familia. Tomo Segundo. 7a. Edición. Editorial Porrúa. S.A., México 1987, p. 79

1.2. SON DE DISTINTO ORIGEN.

Los derechos y obligaciones familiares surgen de la naturaleza orgánica del hombre y llevan el sello de la necesidad. De aquí partimos para aseverar que es una relación moral, pero no sólo la moral influye en los deberes, sino en las obligaciones familiares.

En la familia y en el Matrimonio reúnen tres elementos inseparables: el elemento natural, el moral y el legal, que son la voluntad, la ética basada en la religión y en las buenas costumbres, la norma jurídica, y en parte cabe aclarar que el derecho asume varias normas morales, sin desconocer su exigibilidad moral.

1.3. PERMANENCIA DE LAS OBLIGACIONES FAMILIARES.

Dentro de la clasificación que pueden hacerse de los derechos y obligaciones, existe aquella que los considera como temporales y vitalicios. Dentro de los temporales podemos encontrar a los menores que se encuentran sujetos a la patria potestad y a los menores que se encuentran sujetos a la tutela, a los mayores sujetos a interdicción, todos ellos son temporales porque duran mientras exista la minoría de edad y los sujetos de interdicción, mientras no se recuperen, también en el divorcio, al desaparecer el vínculo matrimonial se considera temporal. En cambio en el matrimonio y en el parentesco tienen el carácter de vitalicios, porque duran toda la vida. Aunque en nuestro país existe el divorcio como remedio a una sanción como consecuencia a una falta grave dentro del hogar conyugal (maltrato, incapacidad sexual, separación del hogar por más de seis meses, etc.).

“Las parejas no se casan para divorciarse”. (2)

1.4. DE INTERES PUBLICO Y PRIVADO.

Los derechos familiares de interés público, son aquellos que principalmente organiza el derecho objetivo de familia, como aquellos que nacen del parentesco, patria potestad, tutela, adopción, así como en las relaciones conyugales. Tanto los derechos familiares no patrimoniales como los que son susceptibles de valorizarse en dinero, como el Derecho a los alimentos se constituye un interés familiar y no particular, son de interés público además de que existe un interés por parte de la autoridad porque atañe a la sociedad, en la convivencia, buenas costumbres y paz social, evitando la desintegración familiar o conllevando a mejor solución para la parte afectada, por eso nuestro ordenamiento provee la protección del desamparado.

Sólo encontramos excepcionalmente ciertos derechos que se confieren en atención a un interés privado como por ejemplo: en los esponsales cuando uno de ellos viola ese pacto por causa injustificada, la contraparte tiene sólo el derecho a exigir reparación por medio de la indemnización por daños causados, por ese motivo se le reconoce exclusivamente el interés personal que es susceptible de transacción, renuncia.

En la sociedad conyugal que determinan la aportación de los bienes, la división de las utilidades, la forma de afrontar las pérdidas, dentro de esta situación se considera la autonomía de la voluntad de cada uno de los consortes, porque los mismos reconocen su interés personal.

En el Régimen de Separación de Bienes, las partes mismas determinan qué bienes no entran al matrimonio. De acuerdo a nuestra legislación vigente es necesario presentar con la solicitud de matrimonio, el convenio de sociedad conyugal o de separación de bienes, pues es la voluntad de los interesados.

1.5. RENUNCIABLE E IRRENUNCIABLE.

Los derechos familiares extrapatrimoniales son irrenunciables, no tienen un contenido económico, por ejemplo: el parentesco consanguíneo en línea recta; si los padres fallecen, los abuelos paternos y a falta de ellos, los abuelos maternos ejercen la patria potestad. En el matrimonio los derechos subjetivos de los consortes se ejercen de manera continua durante todo el tiempo que permanezca vigente el vínculo conyugal, con la ruptura de ese vínculo, trae como consecuencia la extinción consiguiente de los derechos y obligaciones que le son inherentes al matrimonio. En la patria potestad y en la tutela, los derechos subjetivos duran sólo el tiempo de la minoría de edad o de la incapacidad de los sujetos pasivos. Pero dentro de la Patria Potestad puede existir la excusa para desempeñarla, también en la tutela y curatela. En las relaciones conyugales, no cabe la renuncia de ninguna de las facultades que origina el matrimonio, los alimentos, la facultad de exigirlos son de carácter irrenunciable; En cuanto a lo que corresponde el carácter de renunciable, es el derecho subjetivo de heredar, se puede repudiar de acuerdo a las normas que fije nuestro derecho positivo, los derechos de administración, y también el usufructo legal así como las remuneraciones a los tutores y curadores.

1.6. TRANSMISIBLES E INTRANSMISIBLES.

Los derechos familiares de carácter patrimonial como se encuentran ligados a las relaciones jurídicas personales de las cuales provienen. De las relaciones conyugales no cabe la transferencia, en los derechos inherentes a la patria potestad, a la tutela o al parentesco son intransmisibles, todo el por la protección de los menores e incapacitados. Con respecto de las relaciones conyugales sólo infieren al marido y a la esposa de tal forma no puede haber sustitución de una de las partes por un tercero; la única transmisión que se da es el derecho a heredar en la sucesión legítima.

1.7. TRANSIGIBLE E INTRANSIGIBLE.

El Código civil vigente en su artículo 2948 a la letra: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre la validez del matrimonio". De hecho se considera que el estado civil de las personas valga la redundancia es de carácter personalísimo y no depende de la voluntad de los particulares, porque lo establece la ley. Porque no puede hacerse transacción en los derechos familiares se hace una excepción con respecto de las cantidades ya causadas con anterioridad con respecto de los alimentos (Art. 2951 C.C.), y en lo que respecta al usufructo legal que se otorga al que ejerce la patria potestad, el Art. 438 en su fracción III, permite la transacción del mismo, al renunciar al mismo; con respecto de la herencia, el heredero puede realizar con otros herederos el hacerse concesiones recíprocas. Si cabe la transacción de los derechos del heredero.

III.2. DEBERES JURIDICOS FAMILIARES.

2.1. DEBERES JURIDICOS FAMILIARES EN GENERAL.

Dentro de los actos jurídicos patrimoniales se derivan o establecen derechos y obligaciones, y de que son valorables en dinero, de ahí se desprende que son de carácter pecuniario, también tenemos su antónimo (por así decirlo), de los actos patrimoniales, que son los extra-patrimoniales que derivan o se desarrollan en responsabilidades personales o familiares que a consecuencia de la anterior posición no son valorables en dinero y entendemos éstos como deberes jurídicos para diferenciarlo de alguna forma de las obligaciones de contenido económico.

“En el área del derecho de familia, es dado a encontrar situaciones jurídicas, en las que los sujetos tienen deberes que cumplir y que han sido considerados por algunos autores similares a las obligaciones.

En líneas generales, sin embargo, se puede destacar apreciables diferencias entre éstas y aquellas, en cuanto al contenido, al objeto y a las consecuencias del incumplimiento de los mismos”. (3)

En lo que corresponde a los derechos de familia, el deber jurídico podemos estimar que es preferentemente moral. Por el objetivo que se persigue en los derechos de familia debe ser alcanzado por una determinada conducta personal e intransferible del sujeto. Dentro del derecho de familia, los efectos del incumplimiento se les aplica la sanción, por ejemplo: en el matrimonio la sanción es el divorcio de los cónyuges; es la remoción de tutor o la pérdida de la patria potestad, etc.

3.- Cazeaux Nestor Pedro, Derecho de las Obligaciones I, Editorial Platenso, Argentina 1969, p. 36

Efectivamente, encontramos diferencias connotadas dentro de lo que es la obligación en general con el deber jurídico familiar, pero lo que es la obligación familiar, se tiene una correlatividad, es decir, podemos establecer dentro del derecho de familia distintas formas de conducta que se traducen en deberes que crean, modifican, transmiten o extinguen, actos-jurídicos en este caso los familiares que principalmente se manifiestan en el matrimonio, entre los consortes: en las relaciones de parentesco, entre los parientes por consanguinidad, afinidad y la adopción. Debido a los distintos tipos de sujeción que se presentan en las relaciones conyugales, parentales, paterno-filiales y tutelares, puede afectarse no nada más en la conducta del sujeto pasivo, también en la propia persona, en su patrimonio y en su actividad jurídica. Tomando el ejemplo de incumplimiento del compromiso matrimonial, en lo referente a los esponsales, el art. 143 del Código Civil establece la indemnización a título o reparación moral, cuando el "rompimiento del compromiso cause un grave daño a la reputación del prometido inocente".

Las sanciones propias del derecho familiar, son formas también de conducta, y generalmente consisten en actos jurídicos, basados en la nulidad, en la revocación, en la rescisión. Por ejemplo el divorcio, es una rescisión en el derecho de familia, porque es la disolución del vínculo conyugal, la indemnización como el ejemplo que se estableció en la parte superior; dentro de la nulidad podemos encontrar al incesto o la bigamia que puede tener consecuencias penales. Se pueden también establecer como ilícitos, que produzcan un daño moral, el Art. 1916 del Código Civil establece "la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas".

Establece además que el culpable pagará la reparación de ese daño moral económicamente. Nuestro derecho positivo toma en consideración las conductas y las responsabilidades reglamentándolas, haciendo referencia a los sentimientos, valores morales, a las creencias que tienen las personas, de lo cual no tienen un contenido de carácter económico, éste se da cuando la conducta transgredió a la persona ocasionando un

dafío moral y como indemnización se le requiere del cumplimiento a título económico a quien halla resultado responsable de esa acción.

Los deberes jurídicos familiares reconocen como origen a los deberes morales, sociales y religiosos, por considerarlos fundamentales para la convivencia social, es aquí en donde nuestro derecho positivo asume esos deberes y los integra dentro del ordenamiento jurídico dándole con esto una formalidad jurídica, por ejemplo: tenemos que en la religión establece dentro de los ordenamientos católicos el no matarás, el no hurtarás, el no cometerás adulterio, el honrarás a tu padre y madre, etc. y dentro del derecho encontramos la posibilidad de sancionar al homicida, al ladrón, al adúltero, con la separación del vínculo conyugal; el siguiente punto, es de especial énfasis, ya que, todos estamos comprometidos con este deber moral, pues nuestros ascendientes han velado por nosotros en nuestra infancia, debemos gratitud, obediencia, por todo lo que nos brindaron en nuestros años mozos.

“Dentro del Derecho familiar, un concepto ético sirve de base para la celebración del matrimonio; no sólo es un contrato como lo señala la constitución, sino una forma de vida moral y permanente entre consórtes”. (4)

Tomaremos algunos deberes jurídicos conyugales como son la vida en común, el débito carnal, la fidelidad, el mutuo auxilio y el socorro, el diálogo, los servicios personales, etc.

La vida en común se da cuando ambos cónyuges tienen el deber de vivir juntos, el convivir en el domicilio conyugal que es donde se dará el origen al cumplimiento de los otros deberes.

4.- Chávez Asencio Manuel F. Convenios Conyugales y Familiares. 2a Edición. Editorial Porrúa. S.A., México 1993. p. 17

2.2. LA VIDA EN COMUN.

Tenemos que el objeto del matrimonio es la convivencia de los cónyuges, el orden jurídico previene como exigencia la unidad conyugal, esto es lógico, porque no puede darse el caso de cada uno de ellos determine un domicilio conyugal, pues la convivencia sería más que imposible, trayendo como consecuencia el desequilibrio en la unidad y armonía del matrimonio. El Art. 163 del Código Civil expresa "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal, se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el que ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales".

2.3. DEBITO CARNAL.

Este deber se comprende dentro del amor conyugal, tiene como característica principal el de la entrega total, en lo espiritual. Es un deber que es permanente, es complementario y se exige como recíproco entre los consortes. El fin primordial del matrimonio es la perpetuación de la especie, bajo la convivencia de la pareja por tal motivo, nuestro derecho positivo prohíbe toda condición contraria a ella (Art. 147 C.C.).

2.4. FIDELIDAD.

Nace en el noviazgo y se consolida en el matrimonio, se traduce en hechos y abstenciones, principalmente en la no ejecución de aquellos actos que impliquen relaciones de intimidad con persona distinta del cónyuge; para la permanencia del matrimonio, se debe dar el compromiso diario, y la promesa dada tiene como fin un camino de vida durante el matrimonio.

2.5. EL MUTUO AUXILIO.

Nuestro derecho positivo vigente establece la ayuda mutua y a la contribución de cada uno para los fines del matrimonio que se da durante la vida del matrimonio, así como la ayuda mutua en lo que respecta a los alimentos, a la administración de los bienes, etc., ayuda en casos de asistencia en alguna enfermedad, en lo espiritual, promoción humana, ayuda en la vejez, etc. (Art. 147 y 162 C.C.).

2.6. DIALOGO.

Es muy importante en las relaciones conyugales y familiares, porque se establece el amor conyugal y de interés familiar, es necesario, porque es en donde se ventilan los problemas que afectan a la pareja o a la familia, y es por medio del diálogo en donde se resuelven de común acuerdo, por ejemplo: la educación de los hijos, la administración de los bienes, en fin, todo lo conducente al manejo del hogar. No está registrado expresamente en nuestro derecho positivo, pero se sabe que es parte fundamental de la relación y de la convivencia familiar.

Servicios Personales.- Nuestro derecho positivo maneja en su artículo 216 del Código Civil que dice: "Ni el marido podrá cobrar a la mujer ni ésta a aquél, retribuciones de honorarios alguno por los servicios personales que le preste o por los consejos o asistencia que le diere". Este es un aspecto patrimonial económico, y se establece sobre el área de los bienes y derechos.

Este punto se encuentra regulado dentro de las capitulaciones matrimoniales en el título del Régimen de separación de bienes.

En lo que respecta a la patria potestad y tutela, los incapaces tiene el deber de obedecer y seguir las instrucciones del que ejerce la potestad y de vivir al lado de sus padres, abuelos o tutores. El deber jurídico de los hijos será de respetar y honrar a los

padres y ascendientes, así como el deber del padre es el de corregir a los hijos mesuradamente con auxilio de las autoridades en caso necesario.

En el parentesco encontramos el deber de proporcionar alimentos en el Art. 164 establece lo siguiente: "Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto; según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos".

Tomado en conclusión los deberes de familia son correlativos. La naturaleza jurídica de las obligaciones que son correlativas. Justamente esta correlatividad permite dar el mismo contenido a la facultad y al deber, pero visto desde el ángulo del pretensor o del obligado.

2.7. ALIMENTOS.

Este deber jurídico es considerado uno de los más importantes, puesto que encierra un profundo sentido ético, pues significa la preservación de la vida, que es impuesto por la propia naturaleza a través del instinto de la conservación individual y de la especie que promovido por el sentimiento de la caridad, que mueve a ayudar al resucitado.

Nuestro derecho positivo regula el deber de proporcionar los alimentos, pues es de considerarse que dentro del vínculo familiar se entrelaza la solidaridad de todos los miembros, que se deben recíproca asistencia.

"La obligación alimentaria es un deber de piedad impuesto por la ley, como elemento indispensable para el mantenimiento de la familia como institución social". (5)

Tomando en consideración que el deber de los alimentos es recíproco, pues la reciprocidad consiste en que el mismo sujeto pasivo puede convertirse en el sujeto activo, esto sucede entre cónyuges, los padres con los hijos y viceversa, son respecto de los parientes hasta el cuarto grado; las prestaciones correspondientes dependen de la necesidad del que deba recibirlos y de la posibilidad económica del que deba darlos (Art. 301, 302, 303, 304 C.C.).

CAPITULO IV

LA OBLIGACION DEL DERECHO DE FAMILIA EN MEXICO.

IV.1. Código Civil.

- 1.1. El Matrimonio en el Código Civil.
- 1.2. La Patria Potestad en el Código Civil de 1870.
- 1.3. Los Alimentos en el Código Civil de 1870.

IV.2. Código Civil de 1884.

- 2.1. El Matrimonio en el Código Civil de 1884.
- 2.2. La Patria Potestad en el Código Civil de 1884.
- 2.3. Los Alimentos en el Código Civil de 1884.

IV.3. Ley de Relaciones Familiares de 1917.

- 3.1. El Matrimonio en la Ley de Relaciones Familiares
- 3.2. La Patria Potestad en la Ley de Relaciones Familiares.
- 3.3. Los Alimentos en la Ley de Relaciones Familiares.

IV.4. Código Civil de 1928.

- 4.1. El Matrimonio en el Código Civil de 1928.
- 4.2. La Patria Potestad en el Código Civil de 1928.
- 4.3. Los Alimentos en el Código Civil de 1928.

IV.5. Reformas de 1984 al Derecho de Familia.

IV.6. Diferencias establecidas entre La Ley de Relaciones Familiares de 1917 y El Código Civil de 1928.

IV.1. CODIGO CIVIL DE 1870.

Estableceremos en este capítulo algunas obligaciones de familia que constituyen una gran importancia de ese momento hasta nuestros días. Hemos tomado en consideración tres puntos a tratar porque revisten dentro de la familia la base o estructura dorsal de la misma, como lo es el Matrimonio, la Patria Potestad y los Alimentos.

Este Código tiene como fuente creadora una diversidad de Códigos Civiles, de entre los que podemos enumerar: El Código Civil del Imperio de México de 1866; El Código Austriaco; El Código Holandés; El Portugués y el Código de Napoleón, entre otros. Es el primer ordenamiento jurídico que va a regular la vida civil en México.

El Código Civil de 1870 para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, fue redactado por una comisión, la cual fue integrada por José Ma. Láfraga, Isidro Montiel, Mariano Yáñez y Rafael Dondé; esta comisión fue nombrada por el entonces presidente de la República Benito Juárez; se publicó el día 13 de Diciembre de 1870 y entró en vigor el día 1 de Marzo de 1871.

1.1. EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

"Durante los tres siglos de la Colonia en la Nueva España y las primeras décadas en el México Independiente, fue el matrimonio un acto exclusivamente religioso, así reconocido expresamente por las autoridades civiles, las cuales sólo intervenían para derivar de él los efectos de carácter patrimonial entre consortes y entre los padres y los hijos". (1)

1.- Sánchez Medel Ramón, Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p. 13

Todos sabemos ahora lo que significa el matrimonio por la iglesia, que lo podemos considerar como un vínculo de unión entre un hombre y una mujer unidos por el sacramento, para la satisfacción del amor, la mutua compañía, la asistencia, la procreación y como consecuencia de ésta última, la educación de los hijos.

“El entonces presidente de la República Benito Juárez, primero con las Leyes de Reforma en 1859, y más tarde en el Código Civil de 1870, llevó a cabo la desacralización o secularización del matrimonio. En efecto, mediante la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil, ambas de julio de 1859, se desconoció el carácter religioso que hasta entonces había tenido el matrimonio como sacramento para hacer de él en adelante un contrato civil; se encomendaron las solemnidades del mismo a los jueces del estado civil, a quienes también se encargó en los libros especiales, de los registros de nacimientos, matrimonios, reconocimientos, defunciones, etc.; se proclamó reiteradamente la indisolubilidad del matrimonio, ya que sólo la muerte de uno de los cónyuges podía disolverlo y únicamente se permitió el divorcio-separación por las causas previstas en la ley”. (2)

La desacralización del matrimonio de los reformistas tenía como base el quitarle a la iglesia el control sobre esta institución, ya que las ideas del siglo XIX consideraban al matrimonio como contrato. La concepción fue elaborada en Francia y constituyó la base de la secularización del matrimonio. Estableciendo la separación entre el sacramento y el contrato de matrimonio; el primero dejándolo a la iglesia dando con éste, un valor moral y espiritual y el segundo a la ley civil, produciendo sus efectos jurídicos tanto económicos como de carácter personal. La clasificación de contrato de matrimonio ha derivado en críticas, criterios diversos se han escenificado por los diversos juristas conocedores de la materia pero no es nuestro fin el establecer las diferentes corrientes existentes que derivan si es o no contrato, solo diremos lo que se dió en su momento. Durante el siglo XIX los juristas no vacilaron en catalogarlo como contrato.

2.- Idem. p 14

Este Código Civil de 1870 estableció el desarrollo y la organización de la familia y del matrimonio con arreglo de las siguientes bases:

1.- Definió el matrimonio como la "sociedad legítima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" (Art. 159).

De la anterior definición podemos señalar lo siguiente:

- a) Una sociedad legítima, es decir, aquella que se encuentra reconocida dentro de la ley y que los integrantes (los consortes) se obligan mutuamente a combinar sus recursos y esfuerzos para la realización de los fines que se persiguen en el matrimonio mismo.
- b) Con la singularidad constituida entre el hombre y la mujer, descartando con esto la poligamia.
- c) Unión de los cónyuges con el sello de la indisolubilidad, en este sentido ya existía el divorcio, la decretación de éste sólo era para efectos de separación corporal (por un tiempo), de los cónyuges, no teniendo estos la capacidad para contraer nuevo matrimonio.
- d) Este último elemento, nos proporciona los fines que persigue la pareja humana dentro del matrimonio que es el de perpetuar la especie, así como la de ayudarse mutuamente en los conflictos que se deriva de la vida misma.

2.- Dentro del capítulo de Derechos y Obligaciones estableció a que ambos cónyuges deben guardarse fidelidad a socorrerse mutuamente y a contribuir a los objetos del matrimonio (Art. 198).

3.- Confinó al esposo la potestad marital sobre la esposa, colocando a ésta en un estado de incapacidad, y se la obligó a vivir con su marido, a obedecerle en lo doméstico, en la educación de los hijos y en la administración de los bienes, también dió a él la patria potestad sobre los hijos y a falta de él, podía la madre entrar en ejercicio de la misma. Como contrapartida, obligó al marido a dar protección y alimentos a la esposa y los hijos (Art. 200 y 201).

4.- Clasificó a los hijos en hijos legítimos y en hijos fuera del matrimonio subdivididos estos últimos en hijos "naturales" y en hijos "espurios", o sea, los adulterinos y los incestuosos, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón de la diversa categoría a que pertenecían (Art. 383 y 3460 n 3496).

5.- Permitió las capitulaciones matrimoniales expresas, pero en defecto de ellas, estableció el régimen legal de gananciales minuciosamente reglamentado (Art. 2102 y 2131 a 2204).

6.- Instituyó los herederos necesarios o forzosos mediante el sistema de las "legítimas", o porciones, hereditarias, que salvo causas excepcionales de desheredación, se asignaban por ley en diferentes cuantías y combinaciones a favor de los descendientes y de los ascendientes del autor de la herencia (Art. 3460 a 3496).

1.2. LA PATRIA POTESTAD EN CODIGO CIVIL DE 1870.

Reglamenta la Patria Potestad en el Libro Primero, título octavo; constaba de tres capítulos mismos que comprendía desde el Artículo 389 al 429.

Este código reconoce al padre y a la madre legalmente, al ejercicio de la patria potestad y concede solidariamente derechos y deberes en relación a la persona y bienes de los hijos. Así mismo establece la sucesión de la patria potestad a la muerte de los padres y otorga tal derecho a los abuelos y abuelas respectivamente, Además de que destruye la diferencia que existía entre hijos naturales y legítimos, estableciendo con esto un plano de igualdad jurídica, cabe hacer mención que en este ordenamiento no existe una definición de lo que se entiende por patria potestad.

Los sujetos de la Patria Potestad son en el siguiente orden (art. 393):

- 1o. Padre;
- 2o. Madre;

- 3o. Abuelo Paterno;
- 4o. Abuelo Materno;
- 5o. Abuela Paterna;
- 6o. Abuela Materna.

Estas personas a excepción del padre, pueden renunciar a su derecho separado de la obligación que impone la patria potestad, cosa que nos hace meditar que los derechos otorgados a los ascendientes no están en función de sus obligaciones, porque de no ser así, no sería renunciable por ninguno de ellos.

El artículo 356 establece que para legitimar o reconocer a un hijo, se requería lo siguiente: "1.- Para legitimar a un hijo natural, los padres deben reconocerle expresamente antes de la celebración del matrimonio, o en el acto mismo de celebrarlo o durante él; haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres o separadamente".

Los ascendientes tenían los derechos y obligaciones siguientes:

- 1.- Derechos.
 - a) Corrección y Castigo (templado y mesurado) (Art. 396), para lo cual las autoridades auxiliarán a los padres cuando éstos lo soliciten (Art. 397).
 - b) Usufructo (Art. 403).
 - c) De nombrar en un testamento (el padre) a uno o más consultores cuyo dictamen deban oír la madre y las abuelas, en su caso, para los actos que el padre determine expresamente en el mismo testamento (Art. 420).
 - d) De renunciar a la Patria Potestad, a excepción del padre (Art. 424).

Lo que significaba que el legislador de esa época consideraba como único obligado por naturaleza al ejercicio de la patria potestad, al padre del menor.

- 2.- Obligaciones.
 - a) Educar al hijo convenientemente (Art. 395).

- b) Dar cuenta de su gerencia respecto de los bienes que fueron meros administradores (Art. 412).
- c) Entregar a los hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad todos los bienes o frutos que les pertenezcan (Art. 413).
- d) Proporcionar alimentos.

Los sujetos de la Patria Potestad contaban con los siguientes derechos, obligaciones y prohibiciones:

1.- **Derechos.**

- a) La educación por parte del padre. Este derecho está derivado de la obligación del padre (Art. 395).
- b) La parte de los frutos sobre sus bienes, que designe el padre o en defecto de esta designación, al cincuenta por ciento, respecto de los bienes que procedan de donación del padre (Art. 402).
- c) A la mitad del usufructo cuando procedan de donaciones de la madre, o de los abuelos, parientes colaterales, personas extrañas o debidos al don de la fortuna (Art. 403).
- d) Al total del usufructo de los bienes que adquiriera por su trabajo (Art. 404).
- e) **Los alimentos.**

2.- **Obligaciones.**

- a) **Deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.**

3.- **Prohibiciones.**

- a) **No podrá dejar la casa del que ejerce sobre él la patria potestad, sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente (Art. 394).**
- b) **No puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce sobre él la patria potestad.**
- c) **No puede contraer matrimonio sin el expreso consentimiento del padre o en defecto de éste sin el de la madre (Art. 165).**

Este Código Civil otorgaba la legítima representación de los sujetos a la patria potestad a quienes la ejercían, así como también la administración de los bienes pertenecientes a los menores (Art. 400), los cuales se dividían en cinco clases (Art. 401).

- 1.- Los bienes que producen de la donación del padre y cuya propiedad pertenece al hijo y la administración al padre (Art. 402).
- 2.- Los bienes que proceden de la donación de la madre o de los abuelos.
- 3.- Bienes que proceden de las donaciones de parientes colaterales o de personas extrañas.
- 4.- Bienes debidos al don de la fortuna, éstos, así como los de la 1a, 2a. y 3a. clase, pertenecían en propiedad y el cincuenta por ciento del usufructo al hijo, y la administración y el otro cincuenta por ciento al padre (Art. 403).
- 5.- Bienes que el hijo adquiere por su trabajo "honesto", los cuales pertenecen al hijo en propiedad, administración y usufructo (Art. 404).

Existen dos medios para que el hijo menor tenga la administración de los bienes que le pertenezcan en propiedad (Art. 407).

Es primero, es la ley; y el segundo la voluntad del padre quien podía ceder al hijo, la administración de los bienes de éste (Art. 403).

Al respecto cabe hacer mención que la administración de los bienes del menor se otorgan a quien ejerce la patria potestad como una medida de protección al patrimonio del menor, por considerarse que éste no tiene la capacidad, ni madurez suficiente para hacerse cargo de la administración.

La patria potestad podía acabarse, perderse o suspenderse así:

a) Se acaba (Art. 415).

- 1.- Por muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga;
- 2.- Por emancipación;
- 3.- Por mayoría de edad del hijo, lo cual comenzaba a los 21 años cumplidos (Art. 694).

- b) Se pierde (Art. 416).
- 1.- Por la condena que sufra quien ejerce la patria potestad, o alguna pena que importe la pérdida del ejercicio de ella.
 - 2.- Por ser declarado cónyuge culpable en los juicios de divorcio.
- c) Se suspende (Art 418).
- 1.- Por incapacidad declarada judicialmente en los casos de privación de la inteligencia o sordomudez (Art. 431).
 - 2.- De la administración a los pródigos (Art. 432).
 - 3.- Por ausencia declarada en forma.
 - 4.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

1.3. LOS ALIMENTOS EN EL CODIGO CIVIL DE 1870.

El Código Civil de 1870, aparece como el primer ordenamiento jurídico que va a regular las cuestiones relativas a los alimentos que se encuentran en el capítulo que habla de los derechos y obligaciones que nacen a consecuencia del matrimonio, por lo que en su artículo 198, se impone a los cónyuges el deber de socorrerse mutuamente, teniendo la obligación el marido de dar alimentos a su mujer, aún cuando esta haya contribuido al patrimonio familiar, la misma obligación de proporcionar alimentos le corresponde a la mujer, a favor del marido cuando la mujer tuviese bienes propios y su cónyuge careciere de ellos, y se encontrara imposibilitado para trabajar.

En el Código Civil de 1870 dentro del capítulo IV, del libro primero, aparece el principio de reciprocidad en los alimentos (Art. 216), estableciendo otra obligación a los cónyuges, la cual se refería al suministro de los alimentos en caso de divorcio; en los artículos subsiguientes se menciona a los parientes obligados a suministrarlos, como los padres y demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más cercanos en grado (Art. 218); los hijos y descendientes más próximos en grado (Art. 219), a falta o imposibilidad de

los ascendientes y descendientes, los hermanos de padres y madres (Art. 220), la obligación para los hermanos respecto de los menores, mientras éstos cumplan la edad de 21 años.

El artículo 222 del mismo Código, establecía que los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad; el precepto siguiente nos menciona sobre los menores, que además de lo anterior, también comprenden los gastos necesarios para la educación elemental del menor y el proporcionarle un oficio, arte u profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Otro artículo que establece los principios de la obligación alimentaria se encuentran contenido en el artículo 224, que establece "que los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad de quien debe recibirlos". En el precepto 229, se confiere la "acción" al acreedor para pedir el aseguramiento de los alimentos que puede ser el ascendiente que le tenga bajo su patria potestad a los hermanos y al Ministerio Público.

El artículo 230 muestra un aspecto moral que imperaba en el siglo pasado y que influyó en la elaboración de normas jurídicas, relativo a que se tomaba en cuenta como causa de desheredación, a la demanda judicial que se presentara para asegurar el pago de la obligación alimentaria, por lo que si acudimos al capítulo IX del libro cuarto, encontramos las causas de desheredación, dentro de las cuales se mencionan las siguientes: "que el haber negado sin motivo jurídico o legítimo los alimentos al ascendiente". La desheredación como es lógico sólo podría realizarse únicamente en el testamento y con declaración expresa de la causa, por la cual se excluye al ascendiente en dicho testamento, por lo que, los que eran llamados a la sucesión como consecuencia de la exclusión de los ascendientes que negó proporcionar los alimentos, tenía la obligación de proporcionarle éstos.

Ahora nos introducimos someramente a la materia procesal, ya que el Código Civil de 1870 tenía incorporado el procedimiento acerca de la tramitación de los juicios de alimentos; y es el artículo 234, que establecía la vía y forma de tramitarse los juicios alimentarios, por lo que se crea el juicio sumario atendiendo que era un juicio que por su naturaleza debía agilizarse, ésta forma y vía prevaleció hasta el año de 1973, siendo

actualmente ya regulado por el Código de Procedimientos Cíviles, en el cual se encuentra regulado bajo el rubro de "Controversia del Orden Familiar".

IV.2. EL CODIGO CIVIL DE 1884.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, fue promulgado en marzo de 1884, por el entonces presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Manuel González, quien derogó el Código Civil de 1870, así como toda legislación civil anterior. El Código Civil de 1884 comenzó a regir el primero de junio de ese mismo año.

2.1. EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1884.

Con la única innovación importante en esta materia fue la de la "Libre testamentación" por el de las "Legítimas"; abolió la herencia forzosa, y dió en un plano de igualdad a los hijos legítimos y los naturales. El Código Civil de 1884 conservó la misma organización de familia y sobre todo, la indisolubilidad del matrimonio del Código Civil de 1870, la cual ya para aquel entonces había sido elevada desde 1874 a rango constitucional.

La fracción IX del Artículo 23 de la Constitución Federal establecía "El matrimonio civil no se disuelve más que por la separación temporal por causas graves que se determinarán por el legislador; sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona".

La única forma que vemos para volver a contraer matrimonio es que uno de los cónyuges fallezca; (no existía en esa época el divorcio como lo conocemos hoy), pero sí permitía la separación de cuerpos dando con esto la suspensión temporal del matrimonio, dando un tiempo (creemos), con la finalidad de que posteriormente se reconciliaran y volviese a funcionar el vínculo conyugal, cabe aclarar que la suspensión temporal implicaba la suspensión de ciertos deberes conyugales, pero no con esto se limitaba a otros como los alimentos por ejemplo, segun cumplíendose aún si los cónyuges se encontraban separados temporalmente por algunas desavenencias.

El divorcio se permitía solo por causas muy graves que hicieran imposible la vida común entre los cónyuges.

2.2. LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL DE 1884.

Este Código al igual que el de 1870 no define la patria potestad y regula esta institución casi de la misma manera, presentando solo algunos avances por ejemplo el artículo 371, que amplía por una parte el marco de acción de las autoridades, y por la otra, el derecho de los padres a ser auxiliados no sólo en el ejercicio de la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, sino también en el ejercicio de las demás facultades que les concede la ley. Estas facultades son las que se refiere el artículo 371 que establece:

- 1.- De ser honrados y respetados (Art. 363).
- 2.- De retener al menor sujeto a la patria potestad en la casa del ascendiente que la ejerce (Art. 368) y
- 3.- Otras que fijan las leyes correspondientes.

En cuanto a los bienes de los hijos sujetos a la patria potestad se le agrega una clase más y es la que establece de los bienes que procedan de herencia o legado del padre sobre los cuales el hijo tiene la propiedad y la mitad del usufructo, quedando la administración y la otra mitad del usufructo a la persona que ejerza la patria potestad, quien podrá ceder la administración al hijo.

El artículo 410 del Código Civil de 1870 fue reformado en su segunda fracción, para darle a la ley un contexto más sobrio y justo, ya que el citado ordenamiento no se perdía el derecho al usufructo cuando se perdía la patria potestad y por consiguiente quien era privado de su ejercicio si gozaba de sus beneficios, y la madre que pasaba segundas nupcias, por ese simple hecho se le privaba del derecho del usufructo.

El Artículo 410 (1870), se expresa: "El derecho de usufructo concedido al padre, se extingue por:

- I.- Por emancipación o mayoría de edad de los hijos.
- II.- Cuando la madre pasa a segundas nupcias.
- III.- Por renuncia".

El Artículo 383 (1884), establece lo siguiente: "El derecho de usufructo concedido al padre, se extingue:

- I.-
- II.- Por pérdida de la patria potestad.
- III.-"

Otra reforma que se asentó en el Código de 1884, fue la del artículo 248, al agregar un caso de excepción a la pérdida de la patria potestad en caso de divorcio, estableceremos una comparación del artículo 248 del Código Civil de 1884 y el Artículo 271 del Código de 1870.

Artículo 248.

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

Artículo 271.

"El cónyuge que diera causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará muerto éste".

Por último, como nota característica se habla de "poder" sobre la persona de sus hijos, dándole así, ambos códigos, un sentido literal a la expresión patria potestad; tanto en el Código de 1870 como en el de 1884, la patria potestad era ejercida sólo por una persona a la vez.

2.3. LOS ALIMENTOS EN EL CODIGO CIVIL DE 1884.

A pesar de que en la carátula del Código Civil de 1884 aparecía la palabra "reformado" la realidad era otra, ya que, con lo que respecta a la obligación alimentaria, no apareció diferencia alguna con el Código de 1870, ya derogado; las principales reformas que se dieron en éste Código con respecto del deber de los alimentos, fue "la de la ausencia de las causas desheredación", por otra parte, no se menciona ya disposición alguna al juicio que debía iniciarse para asegurar el pago de la obligación alimentaria.

El artículo 206 del ordenamiento que tratamos menciona "la obligación de los cónyuges de proporcionarse los alimentos en los casos de divorcio", cabe hacer mención que los artículos 226 y 239 de dicho ordenamiento disponían que con el divorcio no se disolvía el vínculo matrimonial, sino que únicamente suspendían algunas de las relaciones civiles de los divorciantes. Por virtud de otros preceptos, se permitía su reconciliación dejando sin efecto la sentencia que había decretado el divorcio, bastando para tal hecho que existiera nuevamente la cohabitación de los consortes en otros términos, el divorcio no dejaba a los divorciantes en aptitud de contraer un nuevo matrimonio, sino que consistía en una separación de lecho y habitación, es decir, existía una separación física de cuerpos entre los cónyuges.

En caso de que existiera el divorcio, la cónyuge inocente tenía derecho a que se le proporcionara los alimentos, aún cuando tuviera bienes propios, siempre y cuando viviera en forma honesta en el supuesto de que diera causa para el divorcio o fuera culpable del mismo, también tenía el derecho de los alimentos con la característica de que el marido conservará la administración de los bienes comunes, a condición de que siempre y cuando el divorcio no haya sido con motivo de adulterio cometido por la cónyuge divorciante.

IV.3. LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

La Ley sobre Relaciones Familiares fue promulgada por el primer jefe Constitucionalista Venustiano Carranza, en el año de 1917 el día 9 de abril, derogando con ello un número inusitado de títulos del Código Civil de 1884, dicha elaboración fue obligada según lo establece él mismo en sus considerandos, en los cuales nos menciona que son para establecer la organización familiar sobre una base más razonable y justa, elevando a los cónyuges a la gran misión que la sociedad misma y la naturaleza ponen a su cargo, propagando la especie y fundando la familia.

También se desprende que la promulgación de dicha ley tiene como finalidad, la creación de normas que influyeron en las instituciones familiares, por virtud de las cuales aportó un sentido de igualdad a erradicar algunos principios derivados del Derecho Romano que gravitan aún en la legislación existente hasta entonces y que eran aceptados por el Derecho Canónico, tales como la indiscutible y absoluta autoridad del Pater Familias, dueño de su esposa y de sus hijos, su preferencia para la administración de los bienes, la indisolubilidad del vínculo matrimonial entre otras.

En la exposición de motivos dicha ley, nos menciona que la promulgación de la misma era indispensable para lograr un adecuamiento de las normas civiles al desarrollo de la sociedad, principalmente en lo conducente a las Relaciones Familiares, por considerarse la base de toda la sociedad, en atención a las reformas políticas instauradas y que surgieron como consecuencia lógica de la Revolución; en ésta nueva ley se regula el divorcio, por el que se permite a los cónyuges la posibilidad de volver a celebrar un nuevo matrimonio.

Otra aportación a las reformas que se hicieron con dicha ley, es la que aparece en la parte final del artículo 59, en la excepción que se le da al cónyuge divorciado que resultara acreedor alimentista, de admitir como forma de pago de los alimentos, su incorporación a la familia del deudor, ya que con ello era una forma en la que podía librarse de su obligación de proporcionar una pensión alimenticia. Lo anterior sobresa le para la organización familiar, si se considera que el divorcio persigue un objetivo y es la separación total de los cónyuges,

debiendo recordar que en los códigos anteriores se encuentra que el divorcio recibía un tratamiento distinto y limitado a la separación de los consortes.

3.1. EL MATRIMONIO EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Los cambios adoptados por esta ley y que efectivamente produjeron una transformación substancial en la familia y matrimonio, que podemos considerarlo en cinco puntos como es:

- 1.- El matrimonio disoluble;
- 2.- Igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio;
- 3.- Igualdad de nombre en todas las especies de hijos naturales;
- 4.- Introducción a la adopción y
- 5.- Sustitución del Régimen Legal de Gananciales por el de Separación de Bienes.

1) Formuló casi la misma definición que el código de 1884, pero sustituyó el adjetivo "indisoluble", por lo tanto el matrimonio se da ya la separación de los cónyuges volviéndose "disoluble"; en esta forma el contrato civil entre un hombre y una mujer que se unen por un vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida (Art. 13 LRF). De esta manera confirmó la introducción del divorcio vincular en nuestra legislación y enumeró las distintas causas para conseguirlo, incluyendo el "mutuo consentimiento" cuyo procedimiento reguló dicha ley.

2) Igualó dentro del matrimonio al hombre y a la mujer, suprimió la "potestad marital" y confinó a ambos consortes la "patria potestad", si bien distribuyó en la ley las cargas del matrimonio porque a manera de regla general impuso al marido el deber de dar alimentos a la mujer y hacer los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar (Art. 42), a la vez atribuyó a la mujer la obligación de atender a todos los asuntos relacionados en el hogar. Por lo que ella será la encargada y el cuidado de los hijos (Art. 44).

En los demás deberes recíprocos de los cónyuges se repitió el texto de los códigos civiles de 1870 y 1884, es decir, se conservó el deber de fidelidad, de socorro mutuo y de contribuir a los objetos del matrimonio (Art. 40), así como el deber de la mujer de vivir con su marido (Art. 41).

3) Borra la distinción entre los hijos naturales y los espurios o sea, adulterinos y los incestuosos, pero en forma de verdad sorprendente dispuso que los hijos naturales sólo tendrían derecho a llevar apellido del progenitor que los había reconocido y deliberadamente omitió consagrar el derecho a alimentos u el derecho a heredar en relación con dicho progenitor, derecho que ya les otorgaba los ordenamientos civiles de 1870 y 1884.

4) Sin mayores razonamientos introdujo la adopción en nuestro derecho civil (Art. 220 al 236); Institución que desde el proyecto del Código Civil de Justo Sierra del año de 1861, había sido desconocida por considerarla "Enteramente inútil", y del todo fuera de nuestras costumbres, por lo que la omitieron los códigos de 1870 y 1884.

5) En las relaciones matrimoniales de los cónyuges sustituyó el régimen legal de Gananciales, por el régimen legal de Separación de Bienes (Art. 270 a 274), y a tal extremo se le adhirió a esto último el artículo 4o. transitorio de la ley, que ordenó que la sociedad legal deriva de aquellos matrimonios celebrados antes bajo este régimen se liquidaría a petición de cualquiera de los consortes, de lo contrario continuaría tal sociedad, como simple comunidad regida por las disposiciones de la propia ley.

3.2. LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Es menester aclarar que también se transcribió la mayoría de los artículos del Código Civil de 1884, y por lo tanto mencionaremos algunas de las modificaciones.

El artículo 240 de la Ley de Relaciones Familiares, modificó substancialmente el artículo 365 del código de 1884, ya que establecía lo siguiente:

“La Patria Potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, y de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos”.

Aquí no hace distinción al enunciar a los hijos naturales entre aquellos que han sido reconocidos y aquellos que no lo han sido. Consideramos que esto fue un gran acierto, ya que los hijos no tienen porqué sufrir la falta de sus padres, y es un gran error moral y ético y de carácter humanitario dejar en abandono a los hijos naturales. Se reflexionaba sobre éste particular que puede ejercer la patria potestad sobre los hijos naturales siempre y cuando hayan sido reconocidos por el padre, por la madre o por los dos conjuntamente.

Podemos también mencionar que este ordenamiento jurídico quiso asimilar la filiación legítima con la adoptiva, éste último fue introducido a nuestro derecho porque consideramos que la gesta revolucionaria dejó por su paso muchos huérfanos, y había que atenderlos de varias formas en casa u hospicios y dándolos en adopción a familias que podían ocuparse de ellos.

Otra gran modificación fue la del artículo 241 de la Ley de Relaciones Familiares al establecer que “La Patria Potestad la ejercen en el siguiente orden:

- 1.- Padre y la madre;
- 2.- Por abuelo y abuela paterno;
- 3.- Por abuelo y abuela materno”.

Aquí como vemos ya se otorga conjuntamente la patria potestad a ambos, es el reconocimiento de los derechos de la madre sobre los hijos aún en vida del padre. Encontramos en la trascendencia de este precepto ya que anteriormente la patria potestad la ejercía únicamente hasta la muerte de su marido.

El artículo 252 de la Ley de Relaciones Familiares establece “Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles y muebles preciosos que

correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa autorización del juez complementario". Observamos cómo en este artículo tiende a proteger los intereses de los menores refiriéndose también a los bienes inmuebles. Como modificaciones a esta ley de gran trascendencia, hemos hecho mención únicamente de lo que consideramos más relevante, pero aún más relevante consideramos la igualdad entre el padre y la madre en cuanto al derecho y ejercicio de la patria potestad.

3.3. LOS ALIMENTOS EN LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

A pesar del gran espíritu innovador en los cambios sociales que provocó la revolución y que motivaron la creación de dicha ley, sus preceptos relativos a la obligación alimentaria sufrieron pocas modificaciones, entre ellas se puede distinguir la del artículo 42 (que como ya lo vimos en título referido a matrimonio), se impuso al cónyuge la obligación de dar alimentos a su mujer, haciendo todos los gastos necesarios para lograr el sostenimiento del hogar, salvo que la mujer tuviere bienes propios o desempeñe algún trabajo o ejerciere alguna profesión, en cuyo caso debía contribuir a los gastos familiares, siempre y cuando la parte que le correspondiere, no excediera de la mitad de los gastos familiares para sostener el hogar.

Otra obligación se dió en ese mismo artículo que es la que corresponde al marido ausente o que estando presente, se rehusaba a proporcionar a la mujer lo necesario para sufragar los gastos alimenticios de ella y de los hijos en su caso, incluyendo la educación de los mismos, consistiendo dicha obligación de que dicho cónyuge era responsable de los adeudos que la esposa contrajera con motivo de satisfacer los gastos familiares, en la cuantía estrictamente necesaria siempre y cuando no se tratara de la obtención de artículos de lujo.

Tenemos también que el artículo 73 de la Ley de Relaciones Familiares es el antecedente jurídico del procedimiento que debe agotarse actualmente para obtener el pago de una pensión alimenticia provisional. En esta ley se otorgó el derecho a la cónyuge que sin culpa se viera obligada a vivir separadamente de su marido, la facultad de ocurrir ante el

juez de la primera instancia, para solicitarle que obligara al cónyuge a proporcionarle alimentos necesarios mientras durara la separación y pagar lo que hubiere dejado de proporcionarle, desde que tuvo lugar el abandono; al tener conocimiento el juez de la demanda debía fijar la suma de dinero que por concepto de pensión tuviera que entregar mensualmente dictando para tal efecto las medidas necesarias para asegurar su pago.

Con el interés de legislar en favor de los acreedores alimentarios, la Ley de Relaciones Familiares, no sólo reguló sobre cuestiones de procedimiento, sino que además llegó al extremo de tipificar el delito que en el Código Penal actual conocemos con el nombre de "abandono de persona", siendo por esto un antecedente inmediato del tipo penal establecido en nuestro Código Penal actual, en la ley que hacemos referencia en el artículo 74 decía: "Todo esposo que abandonara a su esposa y a su hijo sin motivo justificado, dejando a aquella, a éstos o a ambos en circunstancias afflictivas, cometta un delito que se castigaba con pena no inferior a dos meses, ni superior a dos años de prisión; estableciéndose en el mismo artículo las condiciones por las cuales la pena no se hiciera efectiva al igual que el artículo 336 de nuestro Código Penal vigente, y que consistía en que "El esposo pagará las cantidades que dejó de proporcionar para el sostenimiento del hogar, de la esposa y de los hijos debiendo otorgar una fuerza o caución suficiente para garantizar los derechos de los acreedores alimentarios.

Existe otra reforma en relación al divorcio en la que ya se hizo mención en el punto correspondiente al matrimonio en referencia a los alimentos por lo cual la omitimos porque volveríamos a duplicar la información.

IV.4. CODIGO CIVIL DE 1928.

Este Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal, se aprobó el 30 de Agosto de 1928; y entró en vigor el 1 de octubre de 1932; fue promulgado por el entonces presidente de la República Plutarco Elías Calles y entró en vigor bajo el mandato de Pascual Ortiz Rubio.

Este Código Civil admitió reformas que había acogido la Ley de Relaciones Familiares de los códigos de 1870 y 1884.

Continuó substancialmente los lineamientos de la anteriormente citada Ley Familiar con algunas variantes que se verán en los siguientes subtemas.

4.1. EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

1.- Suprimió del texto de la ley sustantiva la reglamentación del divorcio voluntario, el cual en la Ley de Relaciones Familiares quedaba sujeto a tres juntas con intervalo de un mes entre cada una de ellas. Por el contrario, el Código del 28 Liberalizó el trámite de los divorcios voluntarios, dejando al código de Procedimientos Civiles la regularización de la materia, exigiendo dos en vez de tres juntas.

2.- En cuanto al concepto de matrimonio, éste código no proporcionó alguno, sin embargo sí da una definición de los esponsales (Art. 139). "La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales".

3.- Pretendió suprimir todo régimen legal de bienes en matrimonio y para ello obligó en teoría a los contrayentes a que en el acto mismo de su matrimonio eligieran expresamente y reglamentara a la sociedad conyugal o la separación de bienes.

Se estableció por este medio garantizar debidamente a los intereses de la esposa en el momento más propicio, cuando el hombre deseara hacerla compañera de su vida y era forzoso establecer al contraer matrimonio decidir la sociedad conyugal o la separación de bienes.

4.- Otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna no solo el derecho a llevar el apellido, sino también el derecho a los alimentos y también el derecho a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido, derechos estos que categóricamente les había negado la Ley de Relaciones Familiares.

5.- Amplió sin razón ni explicación alguna la obligación de proveer de alimentos, ya que no lo circunscribió solamente al cónyuge, a los ascendientes, a los descendientes, a los hermanos del deudor alimentista, sino que los extendió a favor de los parientes colaterales dentro del cuarto grado (Art. 305).

6.- La Ley de Relaciones Familiares no se ocupó de las sucesiones, sin embargo, es conveniente destacar que el presente proyecto del Código Civil de 1928 se pretendió restringir el derecho a testar en favor de los "extraños", o sea, de personas que no fueron parientes en grado de heredar en la sucesión legítima, restricción que al final de cuentas y gracias a la observación de diversos abogados no llegó a establecerse.

4.2. LA PATRIA POTESTAD EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

El Código en estudio podemos desprender la definición de que la Patria Potestad es la facultad que se ejerce sobre los descendientes menores de edad no emancipados por el padre y/o madre, el abuelo y/o abuela paternos, o por el abuelo y/o abuela materna con el objeto de cuidar de la persona y bienes del sujeto a ella.

La patria potestad se establece por el parentesco de consanguinidad (Art. 293), en línea recta ascendente (Art. 298), hasta el 2do. grado (Art. 296), de manera que solo pueden ejercerla los padres y los abuelos (Art. 414).

También se establece el parentesco civil, derivado de la adopción, y sobre este particular, el Código Civil en su artículo 295 dispone "el parentesco civil es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado", éste precepto indica claramente, que la relación de parentesco sólo se da entre adoptante y adoptado, por lo tanto, solo el adoptante podrá ejercer la patria potestad sobre el hijo adoptado, y ésta no podrá ser ejercida por los padres del adoptante (Art. 419).

El parentesco natural existente entre el adoptado y el progenitor no se extingue, pero si se transfiere la patria potestad (este tema se verá más adelante concretamente en el capítulo V inciso cinco).

Por otra parte, sobre el hijo nacido fuera del matrimonio ejerce la patria potestad aquel progenitor que lo reconozca como su hijo, y si ese reconocimiento fuera hecho por ambos progenitores y éstos vivieran juntos corresponde a los dos ejercer la patria potestad (En este aspecto se da ya el concubinato).

Si los padres no están casados, la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores, pero tendrán que acordar cuál de los dos tendrá la custodia, y si no se pusiesen de acuerdo, el juez competente lo decidirá (Art. 417).

El fin primordial al que obedece la institución de la patria potestad es el de la guarda y educación de los menores sujetos a ella (Art. 413), pero para que quienes deben ejercerla pueden hacerlo, el Código Civil impone a los menores la prohibición de dejar la casa de quienes ejercen sobre él la patria potestad, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente (Art. 421), por eso el domicilio legal del menor no emancipado, es el de la persona a cuya patria potestad está sujeto.

La patria potestad también se ejerce sobre la administración de los bienes del menor, cuando existe un interés opuesto entre el ascendiente y el descendiente, éstos serán representados por un tutor nombrados por el juez para cada asunto en particular.

4.3. LOS ALIMENTOS EN EL CODIGO CIVIL DE 1928.

Como puede recordarse, la ley anterior señalaba en forma limitativa a las personas que tenían derecho a recibir alimentos sin considerar a los parientes colaterales dentro del cuarto grado y a los hijos naturales.

Con el propósito de igualar al hombre y a la mujer dentro del matrimonio, mejorando la condición jurídica de esta última, el Código actual modificó también el contenido del Art. 42 de la Ley de Relaciones Familiares imponiendo a ambos cónyuges la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y la de distribuirse la carga alimenticia de los hijos, según sus posibilidades.

Se introduce también la referencia al testamento inoficioso, es decir, es el testamento en el que la voluntad del testador se restringe al no señalar pensión alimenticia en favor de su descendiente menor de 18 años, respecto de los cuales tenía la obligación en el momento de su muerte, de todos sus descendientes imposibilitados para trabajar, cualquiera que fuese su edad, del cónyuge supérfito impedido para trabajar y que careciendo de bienes no contraía nuevas nupcias, o de la concubina, y de sus hermanos y demás parientes colaterales hasta el cuarto grado, que se encontraban incapacitados.

IV.5. REFORMAS DE 1984 AL DERECHO DE FAMILIA.

Las reformas de 1984 publicadas en el Diario Oficial de la Federación durante la administración de Miguel de la Madrid Hurtado (presidente de los Estados Unidos Mexicanos); entró en vigor el 27 de marzo de 1984.

Dentro de las reformas o modificaciones dadas al derecho de familia podemos encontrar las siguientes: destaca una modificación al artículo 288 estableciéndose que en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tiene derecho a recibir una pensión alimenticia, por el mismo lapso de duración del matrimonio, pudiendo disfrutarlo a condición de que no tenga ingreso suficientes para su subsistencia y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Otra modificación está regulada dentro del artículo 163 que nos proporciona la definición legal del domicilio conyugal de la siguiente manera "el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales". Efectivamente la corresponsabilidad de establecer el domicilio conyugal corresponde en decisión a ambos, porque son los principales actores de la vida marital, no existe ya la potestad del marido sobre la mujer, son los dos los que van a forjar su futuro como pareja y es la decisión de los dos la que cuenta.

También se señala la posibilidad de hacerse donaciones entre cónyuges con la condición de que estas no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales (Art. 232).

Las reformas que se plantean tienden a tocar en un sentido progresista por parte del legislador, actualizando nuestra ley a exigencias sociales derivadas de la misma necesidad por ejemplo la protección que requiere el menor. El artículo 283 otorga facultades al juez, para que la sentencia de divorcio fije la situación de los hijos, resolviendo la patria potestad y la custodia de los mismos, el nuevo texto amplía las facultades al juez para que resuelva de acuerdo a su criterio tomando en cuenta el beneficio del menor.

También en materia de alimentos, surgió por conducto de las reformas un nuevo derecho en favor del concubino, a quien se le otorgó, equiparándolo a la concubina, siempre y cuando acredite ese carácter (Art. 302), conforme a lo que contiene el artículo 1635 que establece el derecho a heredarse recíprocamente siempre y cuando hayan vivido cinco años antes de su muerte del que quede.

El artículo 311, sufrió una reforma trascendental en beneficio del acreedor alimentario puesto que las pensiones alimenticias no pueden permanecer en un monto fijo durante todo el tiempo, el nuevo mecanismo es el de ajuste automático sobre el monto que se recibe, aumenta el sueldo del deudor alimentista, aumenta la pensión del acreedor de alimentos.

Para concluir, cabe citar la adición que modificó la parte final del artículo 317, del Código sustantivo que hemos venido citando (el Código Civil vigente), en el sentido de que se amplían las formas de garantía para el pago de los alimentos, agregando un criterio práctico, que sería suficiente cualquier garantía, a juicio del juzgador. En términos generales, en las Controversias del Orden Familiar que versan sobre alimentos, la autoridad judicial decreta el embargo sobre el salario del deudor alimentista, en este decreto se ordena el descuento de la cantidad que resulte por concepto de pensión quedando esta cantidad a discreción del juez, teniendo como garantía del pago el debido cumplimiento de esa disposición, que se vuelve ineficaz cuando el trabajador que es el marido o cónyuge es despedido o en su defecto presenta su renuncia; en los casos de divorcio voluntario, resulta práctico, con la aplicación del Artículo 317, que el juez acepte como forma de garantía para el pago de la pensión que se fija por los divorciantes en el convenio correspondiente, los derechos de antigüedad que el deudor tiene en el lugar donde presta sus servicios, operando este mecanismo de la misma forma que cuando el descuento es cumplimiento forzoso como consecuencia de alguna disposición judicial.

"El aseguramiento consistirá en fianza, prenda, hipoteca, depósito de cantidad para cubrir los alimentos y cualquier otra garantía a juicio del juez" (Art. 317).

IV.6. DIFERENCIAS ENTRE LA LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917 Y EL CODIGO CIVIL DE 1928.

Tomando en consideración que el Código de 1928 continuó substancialmente los lineamientos de la Ley de Relaciones Familiares, realizaremos en este subtema los cambios que consideramos más trascendentes y que fueron adiciones al Código Civil de 1928.

1.- Se introdujo el divorcio voluntario o administrativo, Sánchez Medial establece en su libro "El derecho de familia" el equipamiento del divorcio voluntario al arrendamiento voluntario, en donde establece que los cónyuges pueden dar por terminado (el matrimonio) en el momento en que lo decidan. Entendemos las consecuencias sociales; en este sentido es de que las parejas que nunca fueron con la intención de llegar con el matrimonio para toda la vida tienen desavenencias que resultan insignificantes y que pueden dirimirse sin necesidad de destruir el matrimonio, que es en esencia la base fundamental de la familia.

2.- Se estableció el Régimen de separación de bienes; estableciendo con esto que en el acto mismo de la celebración del matrimonio se eligiera expresamente la sociedad conyugal o la separación de bienes, dando con esto de que cada uno de los cónyuges puede administrar, contratar o disponer libremente de sus bienes.

3.- Separó el procedimiento del divorcio voluntario del Código Civil y lo estatuyó en Código de Procedimientos Civiles dando a esto dos juntas de intervalo de un mes entre cada una de ellas, ya que en la Ley de Relaciones Familiares contemplaba el procedimiento del divorcio en tres juntas antes de declarar el divorcio.

4.- Se otorgó de manera expresa a los hijos naturales el derecho a heredar en relación con el progenitor que los había reconocido, derechos que la Ley de Relaciones Familiares no tenía contemplado.

Así mismo añadió a los casos de acción de investigación de la paternidad que había autorizado este último ordenamiento, el del hijo natural nacido de concubinato, siempre que

el nacimiento ocurriera después de los 180 días de iniciado éste y dentro de los 300 días de haber cesado la vida en común.

5.- En los casos de concubinato único y no adulterino, fecundo en hijos o con duración no menor de cinco años, se estableció derechos hereditarios en la sucesión intestada, también se estableció derechos alimenticios en la sucesión testamentaria del concubinato.

Se estableció también el testamento inoficioso y que la Ley de Relaciones Familiares no lo tenía contemplado; El testamento inoficioso se basa en que la voluntad del testador se restringe al no señalar pensión alimenticia en favor del descendiente y de todos aquellos descendientes que se encontraban imposibilitados para trabajar incluida la cónyuge supérstite impedidas para trabajar.

6.- Se amplió la obligación de proveer alimentos, ya que no lo estableció nada más para su cónyuge, también a los ascendientes, a los descendientes y a los hermanos del deudor alimentista y fue más allá al establecer a los parientes colaterales hasta el cuarto grado.

Y por último, se estableció el testamento en favor de los extrajeros, cuando no fueran su heredero legítimo, entregando a la Beneficencia Pública el veinte por ciento de sus bienes, tal disposición se fundamentó en la libre disposición de la propiedad pero que es conveniente que cuando no se destina a sus bienes a cumplir los deberes que le impone la naturaleza, una parte de ellos vuelva a la comunidad de donde fueron extraídos.

CAPITULO V

ALGUNAS OBLIGACIONES Y DEBERES JURIDICOS CONCRETOS A CUMPLIR.

- V.1. Derecho de los menores a ser protegidos.

- V.2. Concepto de Alimentos Jurídicos.
 - 2.1. Definición Jurídica de Alimentos.
 - 2.2. Fuente de la Obligación de Alimentos.
 - 2.2.1. Características específicas de los alimentos.
 - 2.2.1.1. Recíproca.
 - 2.2.1.2. Personalísima e Intransmisible.
 - 2.2.1.3. Imprescriptible e Inembargable.
 - 2.2.1.4. Irrenunciable y Proporcional.
 - 2.2.2. Formas de Cumplir con los Alimentos.
 - 2.2.3. Formas de Garantizar la Obligación Alimentaria.
 - 2.2.4. Formas de Extinción de la Obligación de Alimentos.

- V.3. Patria Potestad.
 - 3.1. Antecedentes Históricos.
 - 3.2. Concepto de Patria Potestad.
 - 3.3. Sujetos de la Patria Potestad.
 - 3.4. Derechos, Deberes y Obligaciones de los Sujetos a Patria Potestad.
 - 3.5. Características de la Patria Potestad.
 - 3.5.1. Interés Público.
 - 3.5.2. Imprescriptible e Intransferible.
 - 3.5.3. Irrenunciable, Temporal y Excusable.
 - 3.6. Efectos de la Patria Potestad en relación con los Bienes del menor.
 - 3.7. Suspensión, Pérdida y Extinción de la Patria Potestad.

- V.4. Obligaciones del Tutor.
 - 4.1. Concepto de Tutor.

- 4.2. Obligaciones del Tutor
- 4.3. Actos Obligatorios del Tutor y Actos Prohibidos.
- 4.4. Actos Permitidos al Tutor con Autorización Judicial o Administrativa.
- 4.5. Extinción y Terminación de la Tutela.

V.5. Adopción "Minus Plena" o Adopción Simple que regula nuestro Código Civil.

- 5.1. Concepto de Adopción.
- 5.2. Historia de la Adopción.
- 5.3. Adopción "Minus Plena" o Simple.
 - 5.3.1. Requisitos de Forma y Fondo para la Adopción Simple.
- 5.4. Consecuencias Jurídicas de la Adopción Simple.
- 5.5. Revocación y Extinción de la Adopción "Minus Plena" o Simple.

V.6. Necesidad de Adoptar la Plena.

- V.7. Ampliar las Facultades al Juez en materia de Alimentos para coaccionar al marido que a pesar de seguir viviendo en unión conyugal no las cumple.**

V.1. DERECHO DE LOS MENORES A SER PROTEGIDOS.

Se ha establecido que el núcleo del Estado o más bien la fuerza de un Estado radica en sus instituciones, que son las administradoras de los bienes de la nación, dentro de éstas instituciones, existe una que es la más importante de todas ellas, es la célula y base primordial de la sociedad "la familia", es aquí donde se gestan los individuos, obreros, profesionistas, artesanos, etc.; y es en la familia en donde los infantes crecen, se desarrollan para lograr hacer lo que son. El papel principal de la familia es el de proteger al niño, a ese ser que nace desvalido y que requiere de muchos cuidados, pero sucede que padres indignos abusan de su autoridad o que por el contrario descuidan el uso de ella. Pero el Estado en usos de sus facultades y en su carácter de protector del Orden Público resuelve organizar la protección del niño fuera de su familia, aún en ciertos casos en contra de ella.

En Francia, en 1704. el Parlamento aprobó con apoyo de la declaración de Luis XIV, reprimir los abusos de quienes ejercen la patria potestad doméstica, dándoles a los magistrados la autoridad para conservar la justicia. El Código Penal Francés de 1810 no contenía más que una sola disposición y era que los padres que hubieran excitado a sus hijos a la corrupción, serán privados de los derechos de la Patria Potestad.

Es aquí donde comienza a ponerse un freno a los padres que abusando de su autoridad pierden el derecho de seguir en la custodia de sus hijos, pero sucede que como en todo el mundo, cuando existen polos de desarrollo, las familias cambian su hábitat, que es el campo emigrando a las ciudades y es aquí donde muchos valores, tradiciones se pierden, dándose como consecuencia el abuso de los menores, con la miseria, la explotación, etc.

"Vinculado al amor conyugal, bajo todos los aspectos, es el hijo el fruto espléndido de la familia. Todos los hogares deben ofrecer ambiente favorable para la formación del hijo. Poner hijos en el mundo y educarlos, es por lo tanto la obra esencial de la familia, el fruto esencial de matrimonio, el sello de unión de los esposos, su gloria ante Dios y ante los hombres. Los hijos son la gran obra del hombre y la mujer unidos". (1)

1.- Ibarrola Antonio De Derecho de Familia. Tercera Edición. Editorial Porrúa. S.A. México 1984 p.70.

Esta frase que nos indica un sentido puramente moral, de configuración ética y de una gran verdad, traer hijos al mundo se requiere de una gran conciencia y de un enorme sentido de la responsabilidad; es deber de los padres: el educar, velar por la salud, seguridad, alimentación, en su crecimiento moral y espiritual, el de motivarlos para su vocación en el ejercicio del oficio u profesión. Tenemos que tomar conciencia del deber que se tiene para con los hijos, la formación de estos jóvenes es muy importante, el inculcarles los valores morales, éticos, jurídicos, nuestros problemas con la juventud no serían tan grandes como ahora.

El Estado es un custodio del bien común, la misión que tiene consiste en proteger las instituciones que favorecen el desarrollo de los hombres. Considerando que la familia es una institución que el Estado protege; se olvida por mucho, que el niño tiene derecho a ser amado, y por tanto proporcionar lugares de esparcimiento, desarrollar mejores programas de educación, etc., de tal suerte que el desenvolvimiento dentro de la familia sea de manera sana.

No puede el estado imponer a los padres una manera de pensar, porque no es factible el violar un derecho que tiene los padres de educar a sus hijos conforme a su conciencia; pero sí debe velar que la familia tenga una armonía a través de las instituciones creadas para ello (como lo es el Desarrollo Integral de Familia DIF, etc.), y ver que en verdad se cumpla con atención, justicia y equidad.

En 1923 se dió en Ginebra un paso importante para el cuidado y protección al infante, (debemos exigir que cuando se dan concesiones que dan a tratar del cuidado y protección al infante se tomen medidas que en verdad fructifiquen en hechos y no queden en palabras y firmas), debemos exigir que perdure y se dé cabalmente, en nuestros días; Existen organismos internacionales para la protección de los infantes como lo es la UNICEF, que depende directamente de la Organización de las Naciones Unidas, que velan por el cuidado de la Infancia en el mundo; pues son los menores quienes siempre sufren las consecuencias, tanto en la misma familia, o cuando suceden movimientos sociales.

“La humanidad ha de dar al niño lo mejor que tiene

- a) El niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de manera normal material y espiritualmente;
- b) El niño hambriento ha de ser alimentado; el niño enfermo ha de ser cuidado; el niño atrasado ha de ser estimulado; el niño desviado ha de ser conducido; el huérfano y el abandonado han de ser recogidos y auxiliados;
- c) El niño ha de ser el primero en recibir auxilios en tiempos de calamidades;
- d) El niño ha de ser puesto en condiciones de ganarse la vida y ha de ser protegido contra cualquier explotación;
- e) El niño ha de ser educado en el sentimiento de sus mejores cualidades deberá ponerlas a disposición de sus hermanos”. (2)

Pensamientos de reflexión. En nuestro derecho positivo encontramos ciertos principios que regulan la educación, el cuidado de los menores, son normas éticas de providad que vemos contempladas en la Patria Potestad, en la Tutela, los derechos consisten por ejemplo en los alimentos, en la educación, en promover un oficio, etc.; en fin, tenemos normas que protegen al menor, debemos ver que efectivamente se cumplan.

En lo que respecta al aborto, nuestro derecho positivo mexicano tutela la vida, la salvaguarda del ser humano, sin discriminación de raza, sexo o religión; el aborto está penado con la privación de la libertad. El Artículo 329 del Código Penal, establece “Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”. No tenemos derecho a privar de la vida a un ser humano, menos a un producto que después de 9 meses resultará un bebé (todos somos responsables de nuestros actos a excepción de los interdictos, que deben estar vigilados), todos nosotros tenemos derechos a la vida, y más aún un ser indefenso que requiere de muchos cuidados. Por eso debemos crear conciencia, educar a nuestros hijos inculcándoles los valores morales, éticos, llenarlos de vida. Los padres son los principales responsables de la educación de los hijos, pues son los que conviven con ellos, no basta alimentarlos, vestirlos, hay que convivir con ellos, el saber sus inquietudes, a veces, la conducta del niño mucho, por eso es necesario el estar con ellos, el lograr que sean independientes les abre el camino de la vida.

No podemos permitir que los niños sean maltratados, explotados y marginados, ellos son la base, el futuro de nuestra sociedad, cualquier desatención puede acarrear graves consecuencias; es necesario que nos empeñemos en lograr que su educación, su vivencia con nosotros sea de armonía, comprensión, de amor, lealtad y de trabajo. Nuestro derecho protege al menor y es necesario velar que esa protección sea cumplida.

V.2. CONCEPTO DE ALIMENTOS JURIDICOS.

De todos los seres vivientes que pueblan la tierra, el ser humano es uno de los que viene a este mundo más desvalido, y permanece mayor tiempo sin bastarse a sí mismo para subsistir. Alimento, abrigo, un techo e innumerables atenciones y cuidados necesita el infante, desde su nacimiento y durante los largos años que dura su crecimiento hasta valerse por sí mismo que es cuando llega a la edad adulta, también cuando se llega a la vejez.

En el lenguaje común, probablemente se entiende lo que el hombre necesita para su nutrición. En derecho, el concepto de alimentos implica en su origen somático aquello que se requiere para vivir toda persona.

“No sólo de pan vive el hombre”, reza la frase bíblica; y el ser humano, la persona en derecho, necesita un elemento económico que le sirva de sustento en su aspecto no sólo biológico, sino social, moral, espiritual y jurídico, éste último punto es el que nos ocupa y estaremos hablando en el transcurso de este subtema.

“La Doctrina Italiana considera que la obligación alimentaria es un deber de piedad impuesto por la ley como elemento indispensable para el mantenimiento de la familia como institución social”. (3)

La familia está considerada como el núcleo principal de la sociedad, la permanencia de ella es indispensable, uno de los factores de este grupo social es la solidaridad humana, que nos hace responsables de que nuestros semejantes obtengan lo necesario para vivir con un mínimo de dignidad humana, adquiere mayor fuerza moral y jurídica entre los miembros, de ahí la reciprocidad que debe darse entre esos miembros del grupo familiar.

3 - Montero Duhalt Sara. Derecho de Familia. quinta Edición, Editorial Porrúa. S.A. México 1902. p.80

“La ley toma en consideración para sancionarlo, el deber moral de socorrer a los semejantes. Esta obligación constituye un deber natural en los casos en que la ley ha omitido consagrarla. Pero ese deber de caridad hacia el prójimo es demasiado vago para crear una obligación legal o natural, de ahí que la ley la consagra cuando el vínculo familiar resulta particularmente estrecho”. (4)

Por eso entendemos que la solidaridad entre los miembros de un grupo familiar está basado en la responsabilidad de nuestros semejantes, en la caridad humana, en el sentido moral que se asista con lo necesario para vivir.

“Los alimentos y el patrimonio de familia son los dos pilares del sustento económico del grupo de familia. Así es elemental obligación de carácter ético, proporciona socorro en la medida de nuestras posibilidades, a quienes formando parte del grupo familiar, la necesitan”. (5)

Uno de los efectos del parentesco es la ayuda mutua que se deben los cónyuges y parientes y la forma normal de cumplirla, es la obligación de darse alimentos en caso de necesidad. En este sentido diversos autores, consideran a la obligación alimentaria como una obligación natural, fundada en un principio elemental de la solidaridad familiar”. (6)

“De la jurisprudencia mantenida por la SCJ (J.3 S.p.115, tomo 34), se desprende que los alimentos son materia de orden público y de interés social. No lo define la ley. Si el hombre, como recordó diariamente en 1928 Julio Guerrero, tiene derecho a vivir y a progresar, hay épocas en la vida en las que forzosamente ha de depender de otros; hay también circunstancias en las que sin culpa de su parte, no podrá allegarse personalmente lo necesario para su subsistencia”. (7)

-
- 4.- Idem, p. 80
 - 5.- Galindo Gertias Ignacio, Derecho Civil Primer Curso Parte General. Personas, Familia, Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990, p. 458
 - 6.- Baquero Rojas Edgar y Rosalia Buenrostro Báez, Derecho de Familia y Sucesiones, Editorial Haria, S.A. de C.V., México 1990, p. 27
 - 7.- Ibarola Antonio De. Op. Cit., p. 132

Es evidente que la prestación de alimentos es derivado de una ayuda mutua dentro de los integrantes de grupo de familia, que cuando éste se crea por medio del matrimonio y del parentesco se tiene la obligación de cumplir con un mandato de tipo moral, ético y solidario, que va a tener como consecuencia el apoyo a los necesitados y desvalidos. El Estado en su carácter de autoridad y de interés del Orden Público, atendiendo que la familia es la célula de la organización, establece dentro de su ordenamiento el apoyo y vigilancia de la prestación de los alimentos tanto del que debe recibirlos como el obligado a proporcionarlos.

2.1. DEFINICION JURIDICA DE LOS ALIMENTOS.

"La palabra alimento viene del sustantivo latino alimentum, el que procede a su vez del verbo alere, alimentar, que en latín es de etimología bien cierta. Es substancialmente la comida y bebida que el hombre y los animales toman para subsistir, cualquiera de las sustancias que el hombre y los animales toman. Planiol llama a la obligación alimentaria al deber impuesto a una persona de proporcionar a otra alimento, esto es, las cantidades necesarias para que viva". (8)

A lo cual el jurista Rojina Villegas dice: "Es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos". (9)

El jurista Baqueiro se expresa así: "Jurídicamente por alimentos, debe entenderse la prestación en dinero o en especie que una persona, en determinadas circunstancias (indigente, incapaz, etc.), puede reclamar de otras, las señaladas por la ley, para su mantenimiento y subsistencia; es, pues, todo aquello que por ministerio de ley o resolución judicial, una persona tiene derecho a exigir de otra para vivir". (10)

8.- Idem. p. 133
 9.- Rojina Villegas. Rafael. Derecho Civil Mexicano Tomo II, Derecho de Familia. Séptima Edición. Editorial Porrúa. S.A., México 1987. p. 173
 10.- Baqueiro Rojas, Edgar y Otros. Op. Cit. p. 27

Todos los juristas coinciden en que los alimentos en general se encuentran constituidos por todo aquello que nos nutre pero hablando jurídicamente es aquella prestación que se tiene obligación de exigir de una persona llamada deudor de alimentos a otra llamada acreedor alimentario, que comprende además, las asistencias que se prestan para el sustento y supervivencia de una persona que puede consistir en comida, el vestido, la habitación, la asistencia en casos de enfermedad y tratándose de menores, la educación del acreedor alimentario y la obligación de proporcionarle un arte u oficio y profesión adecuados a la condición del menor (Art. 308 Código Civil).

En nuestro derecho existen dos formas de dar alimentos: la primera es mediante el apoyo de una pensión alimentaria, y la segunda es la de incorporar al acreedor la casa del deudor, para proporcionar todos los elementos que constituyen los alimentos.

2.2. FUENTES DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS.

En el derecho mexicano extiende esta obligación alimentaria como efecto del matrimonio y del parentesco, los sujetos que se encuentran obligados a darse alimentos son todos los parientes en los grados que reconoce la ley y que se extienden sin limitación de grado en línea recta a los parientes por consanguinidad y en línea colateral hasta el cuarto grado; así mismo se incluye la pareja conyugal y el adoptante hacia el adoptado.

Cabe hacer mención de la crítica que hace Planiol al Código Francés al ocuparse tan sólo accidentalmente cuando se refiere al matrimonio dice "Hace notar el error del parentesco y no del matrimonio. Buena prueba de ello es que existe entre personas que no están ligadas entre sí por ningún lazo jurídico de parentesco legítimo". (11)

No estamos de acuerdo en cierta forma con el jurista francés, ya que si bien es cierto que no existe relación de parentesco por afinidad entre los parientes de uno de los cónyuges con el otro y viceversa, la ley en este aspecto no reconoce en México la obligación de dar alimentos a los parientes por afinidad (en Francia, sí existe esa obligación); pero los cónyuges deben darse alimentos mientras subsista el matrimonio, pero también en caso de divorcio causa, el culpable puede ser condenado al pago de alimentos en favor del inocente.

2.2.1. CARACTERISTICAS ESPECIFICAS DE LOS ALIMENTOS.

De acuerdo con la naturaleza de las obligaciones son las que deben proteger al cónyuge o pariente necesitado; dentro de las características tenemos:

2.2.1.1. RECIPROCA.

Esto es quien los da, tiene derecho a recibirlos (Art. 301 C.C.).

La característica de reciprocidad se explica tomando en cuenta que los alimentos tienen su fuente en el parentesco o en el matrimonio, por lo tanto el sujeto activo puede ser pasivo según las condiciones de dar las prestaciones correspondientes o carezca de los medios necesarios para subsistir.

2.2.1.2. PERSONALISIMO E INTRANSMISIBLE.

En estas circunstancias se establece que la obligación alimentaria depende exclusivamente del acreedor y del deudor, estableciéndose en razón de las necesidades de uno y las posibilidades de la otra, tomando en consideración la relación del parentesco o del cónyuge; en cuanto a la intransmisibilidad de la deuda en vida del obligado es total, quien está obligado no puede hacer cesión de deuda a un tercero y únicamente recae la obligación sucesivamente en los demás parientes en grado más próximo para cumplirla.

2.2.1.3. IMPRESCRIPTIBLE E INEMBARGABLE.

Debe entenderse que el derecho que se tiene de exigir alimentos, no puede extinguirse por el transcurso del tiempo, mientras subsisten las causas que motivaron la citada

prestación, ya que por su propia naturaleza se va originando diariamente; Es inembargable porque el derecho a los alimentos tiene como fundamento el derecho a la vida del alimentista, por tal motivo que es muy a nuestro juicio muy poderoso, no puede ser objeto de comercio ni de transacción, el fin que persigue en la vida misma. No puede ser embargados los alimentos.

2.2.1.4. IRRENUNCIABLE Y PROPORCIONAL.

El Art. 321 C.C. establece: "El derecho a recibir alimentos no es renunciable, ni puede ser objeto de transacción", el objeto del derecho es satisfacer la vida del acreedor alimentista, permitir que el sujeto renuncie a su derecho, es el permitirle morir de hambre, lo mismo sería con el contrato de transacción con respecto de los alimentos estableciendo un sacrificio, y pérdida de los elementos necesarios para vivir, por lo tanto, no puede ser objeto de transacción, puesto que los alimentos es siempre considerado el mínimo para sobrevivir, es proporcional porque está reconocida por la ley y su naturaleza establece según el Art. 311 C.C. que dice: "Los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos". Dentro de esta característica, el juez como protector titular del desvalido (en este caso de los hijos y el cónyuge inocente), en su función discrecional establece la cantidad que se requiere de acuerdo a la obtención de recursos del deudor, esta puede variar de acuerdo al ingreso que obtenga el deudor de su trabajo, si aumenta el ingreso del deudor de alimentos en su trabajo, aumenta el porcentaje fijado por el juez; de tal suerte que las sentencias emitidas por el juez de lo familiar en cuestión de alimentos es considerada como sentencia definitiva, ni se le da el tratamiento de cosa juzgada, de tal suerte que puede variar la misma (sentencia), de acuerdo a como se presente la situación de los intereses del deudor.

"Las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, pueden alterarse o modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan al ejercicio de la acción que se dedujo en juicio correspondiente". (12)

2.2.2. FORMAS DE CUMPLIR CON LOS ALIMENTOS.

En nuestro derecho positivo mexicano existen dos formas de cumplir con los alimentos.

- 1.- A través de una pensión en efectivo, y
- 2.- Incorporando al acreedor alimentario al domicilio del deudor.

“En el derecho francés, se ha estimado que la obligación de alimentos, sólo puede satisfacerse mediante el pago de una cantidad de dinero por estimar que cuando se llega al caso de juicio son muy tirantas y difíciles las relaciones entre parientes, resultando como consecuencia molesta la incorporación del acreedor a la casa o familia del deudor”. (13)

Planiol, se expresa así: “En principio, la deuda de alimentos se paga en dinero y no en especie. No cumple con ella el acreedor recibiendo al deudor en la casa de aquél, para mantenerlo en ella, sino entregándole el dinero necesario para vivir. El deudor de alimentos no podrá, pues, librarse, ofreciendo al acreedor de ellos hospitalidad en su hogar. De esta manera se evitan choques ineludibles entre dos personas cuyas relaciones están lo suficientemente resfriadas, hasta el grado de demandar jurídicamente el cumplimiento del deber de familia”. (14)

Si la obligación alimentaria se cumple en efectivo a través de una pensión debe darse en efectivo realmente y no en especie, el deudor no podrá librarse ofreciendo alimentar al acreedor ni éste deberá presentarse al domicilio de aquél u otro lugar que se le señale para tomar alimentos. Las pensiones se dan periódicamente, ya sea quincenalmente, mensualmente.

Dándose el caso de la incorporación del acreedor al domicilio del deudor y no en otro lugar. Esta forma se da cuando se trata de menores o incapacitados y es más que nada para su protección, ya que de ellos implica cierta dependencia.

13 - *Idem*, p. 186
14 - *Ibidem*, p. 186

Cuando se da el caso del cónyuge divorciado, la incorporación no procede ni cuando haya impedimento moral o legal, para que el deudor y el acreedor vivan juntos y esto es evidente si la convivencia es ya intolerable o las relaciones como lo establece el derecho francés son demasiado resfriadas, no es conveniente que estén juntos evitando choques que pueden ser irreparables.

2.2.3. FORMAS DE GARANTIZAR LA OBLIGACION ALIMENTARIA.

Desde el punto de vista jurídico y atendiendo la finalidad de la deuda alimenticia y la ayuda entre los miembros de la familia, el pago de esta obligación es garantizable a solicitud del propio acreedor, de sus ascendientes que le tengan bajo su patria potestad, del tutor, de los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado y aún a petición del Ministerio Público (Art. 315 C.C.).

El aseguramiento de los alimentos es de interés público, por ese motivo la ley establece los medios por la cual el acreedor alimentario estará asegurado, que pueden ser en fianza, prenda, hipoteca o depósito en dinero y personal, éste último puede ser un fiador.

La obligación de suministrar alimentos a una persona, puede ser declarada y su aseguramiento decretado a petición del acreedor alimentario o sus representantes como son: Ministerio Público, abuelos, tíos o hermanos mayores y aún de oficio por parte del juez de lo familiar quien mediante la información que estime necesaria para aprobar el derecho a pedirlos y la obligación de darlos.

2.2.4. FORMAS DE EXTINCION DE LA OBLIGACION DE ALIMENTOS.

De acuerdo al artículo 300 del Código Civil establece lo siguiente "Cesa la obligación de dar alimentos:

- I.- Cuando el que la tiene, carece de los medios para cumplirla.
- II.- Cuando el alimentista deja de necesitar los alimentos;
- III.- En caso de injuria, falta o daño graves, inferidos por el alimentista contra el que debe presentarlos;
- IV.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al trabajo del alimentista, mientras subsistan estos casos.
- V.- Si el alimentista, sin consentimiento del que debe dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables”.

Es evidente que la naturaleza jurídica de cada una de éstas características, es en función de los distintos atributos que se analizan en cada caso, la primera establece la carencia de los medios necesarios del deudor para cumplirla, así como se establece la proporcionalidad de dar alimentos del deudor y la necesidad del acreedor y cuando se desaparece la primera tendrá que desaparecer la acción para pedir alimentos, así como el alimentista deja de necesitarlos para ser autosuficiente como sucede en la fracción segunda; en la fracción tercera, maneja la injuria o faltas graves que se le proporciona al deudor de alimentos, de aquí se desprende que existe un deber de gratitud, de estimación que existe entre el acreedor y el deudor, tomando en cuenta que una obligación moral, la ley le da rango jurídico a los lazos consanguíneos tomando en cuenta el afecto y el cariño que existen entre los parientes, por tal motivo cuando los lazos afectivos se rompen, el vínculo que existe entre el acreedor y el deudor por la justa equidad; En la fracción cuarta la consideramos de justa equidad pues la conducta viciosa o falta de aplicación al trabajo carezca de lo necesario para subsistir, esto es momentáneo, porque si el acreedor alimentista se regenera o cambia su actitud de comportamiento nace nuevamente la obligación. En la fracción quinta, se pueden dar muchos supuestos, se puede dar el caso del cansancio del estar en casa del deudor decida abandonar la casa o que se dé el caso en que ambos concuerden en el acreedor salir y recibir con esto una cantidad de dinero por parte del deudor de alimentos.

V.3. PATRIA POTESTAD.

3.1. ANTECEDENTES HISTORICOS.

“La institución de la Patria Potestad se origina en el derecho romano; el mismo nombre denuncia su origen y su carácter, que ha venido variando a lo largo del tiempo y del cual subsiste exclusivamente el nombre. Consistía en una efectiva potestad o poder sobre los hijos y sus descendientes, ejercido sólo por el ascendente varón de más edad. Tenía carácter perpetuo y se fundaba en el concepto de soberanía doméstica de donde se originó el término, ya que era un poder real y efectivo del pater-familias (no del padre, y menos de la madre, sobre todos sus descendientes y se prolongaba por toda la vida de los sujetos)”. (15)

La característica de la organización Patriarcal estaba sustentado en la unión familiar, el representante de toda la familia, era el sacerdote, único que reverenciaba a los dioses, rindiéndoles pletesta porque de ellos emanaba la vida, la salud, el sustento o la desgracia, eran los antepasados a los cuales se les tenía que reverenciarles, conservando así el fuego del hogar, donde eran adorados, este representante, heredero del hogar, que continuaba con las creencias y costumbres era el padre, de allí su enorme autoridad, abarcaba el poder sobre la vida, de todos sus descendientes esclavos, los bienes de sus hijos con poder dictatorial. Estas características fueron suavizándose con el advenimiento del cristiano.

3.2. CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

“Viene de esta expresión del latín “Patrus”, a, um, lo relativo al poder, y “Potestas”, potestad, nuestro Código Civil vigente, se abstiene de definirla al igual que el Código Civil de 1884.

Y por último, la jurista Sara Montero D. comenta: "Es la institución derivada de la filiación que consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los ascendientes con respecto a la persona y bienes de sus descendientes menores de edad". (21)

Una vez ya obtenida la configuración del concepto de lo que es la Patria Potestad, concluiremos con nuestra definición y es El conjunto de Derechos, Deberes y obligaciones que tienen los padres (padre y madre), sobre los hijos,²¹ bienes para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales.

3.3. SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

Nuestro Código Civil vigente en el Distrito Federal, establece que el ejercicio de la patria potestad compete conjuntamente al padre y a la madre en primer lugar, a falta de ambos, los abuelos paternos como maternos, según, en el orden que determina la ley o el juez de lo familiar, atendiendo a la conveniencia del menor. Estos serían los sujetos activos de la patria potestad y los sujetos pasivos serían los descendientes menores de dieciocho años no emancipados como los hijos o nietos menores de edad (nunca existe patria potestad sobre los mayores de edad ya emancipados); si los menores no tienen padres ni abuelos tampoco estarán sujetos a patria potestad, se les nombrará un tutor.

"Aún cuando el ejercicio de la patria potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores; sino que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la patria potestad deben ser cumplidas conjuntamente por el padre y por la madre, siempre mirando la educación y formación del hijo".(22)

21.- Baquero Rojas Edgar, Op. Cit., p. 227
 22.- Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit., p. 673

La ley determina cuando los hijos estarán sujetos a la patria potestad dentro del matrimonio, y cuando los hijos son habidos fuera del matrimonio.

El Art. 414 del Código Civil, estableció que cuando los hijos son habidos dentro del matrimonio ejercerán la patria potestad en el siguiente orden: el padre y la madre conjuntamente, a falta de uno de ellos, la ejercerá el que quede; en segundo término, el abuelo o abuela paternos; tercer término, el abuelo o abuela maternos. Cabe hacer mención que cuando faltare alguna de las dos personas a quienes les corresponde ejercer la patria potestad, el que quede continúa con el ejercicio de ese derecho. (Art. 420 C.C.)

En cuanto a los hijos habidos fuera del matrimonio, el Art. 415 C.C. nos indica que cuando los progenitores han reconocido a los hijos y viven juntos, ejercerán conjuntamente la patria potestad; en el caso de que uno de los progenitores deja de ejercerla, el otro la seguirá ejerciendo (Art. 416 C.C.)

En lo que se refiere a la adopción, la patria potestad la ejercerá únicamente la persona o personas que lo adopten (Art. 419 C.C.)

En este caso, se crea la patria potestad, porque nadie la ejerce, porque no existe padre o madre y entra a ejercerla quien adopte al menor.

3.4. DERECHOS, DEBERES Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS A PATRIA POTESTAD.

Los efectos sobre la persona del hijo, se refieren tanto a las relaciones personales entre los que ejercen la patria potestad y los menores sometidos a ella.

Las relaciones personales del menor, que consiste en el deber de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes (Art. 411), esto estriba en la ética de todos los tiempos más aún en la era cristiana que establece en uno de sus mandamientos, el cuarto para ser preciso

muneja el "Honoraras a tu padre y a tu madre", esto es que todos los hijos de padrea cristianos y aún los no cristianos, debemos cumplir con ese mandato, el emltecer el apellido de nuestros padres debe llevarnos siempre por el camino de la honradez, y en el ejercicio de nuestra sagrada profesión el luchar siempre por la justicia, con los valores éticos y morales que hemos adquirido a lo largo de nuestro trayecto por la vida.

El menor no debe abandonar la casa de los que ejercen en la patria potestad, a menos que sea exigido por mandato de la autoridad judicial (Art. 421 C.C.).

Los bienes que adquiere el menor, como fruto de su trabajo y esfuerzo le pertenecen en administración y usufructo. También se muneja cuando por la expresa voluntad del padre o por la ley, el hijo tenga la administración de los bienes, se le va a considerar como emancipado con respecto de la administración, claro está que se restringe por la ley a que no podrá celebrar contratos para enajenar los bienes ni grabar e hipotecar los bienes raíces (Art. 435 C.C.)

Hay que establecer que los ascendientes se encuentran obligados en alimentar, educar, corregir mesuradamente y representar al menor en juicios con el respectivo comparecimiento.

Los demás derechos y deberes que corresponden a los sujetos bajo la patria potestad, son los correlativos a los que ejercen la patria potestad (padre y madre; a falta de ellos los que regula el Art. 414 del Código Civil).

3.5. CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD.

3.5.1. INTERES PUBLICO.

Entendemos que esta característica tiene como fin velar, educar, proteger el bienestar de los hijos. La mayoría de los padres y madres asumen su responsabilidad como tal en

forma espontánea, amorosa, sirviendo al instinto de conservación de la especie misma, el llegar a trascender por medio de los hijos, de tal forma que el interés de los padres es considerado el interés del grupo social.

"La Patria Potestad es la institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse a sí mismos. El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable". (23)

3.5.2. IMPRESCRIPTIBLE E INTRANSFERIBLE.

No se adquiere, ni se extingue por prescripción, quien está obligado a desempeñar y no lo hace, no pierde por ello la obligación ni su derecho para entrar en ejercicio; las relaciones familiares son de carácter personalísimo y por tal motivo no son objeto de comercio, pues no existe la transferencia a título oneroso o gratuito, la adopción que es otra figura dentro del derecho de familia si permite la transferencia (recordemos que aquí se crea la patria potestad), de obligaciones al adoptante (Art. 403 C.C.).

3.5.3. IRRENUNCIABLE, TEMPORAL Y EXCUSABLE.

El Artículo 448 C.C. establece "La patria potestad no es renunciable". Tiene un orden de interés público, pues en esta vida quien trae hijos al mundo tiene en sí responsabilidades que debe cumplir, como hombre ante sí mismo y ante la sociedad.

Es considerado temporal cuando se ejerce con los hijos no emancipados (se consideran emancipados lo que cumplen la mayoría de edad que es a los dieciocho años de edad, Art. 646 C.C. y es cuando se encuentre en plenas facultades para exigir sus derechos , cumplir con sus deberes y obligaciones), o cuando contraen matrimonio antes de cumplir la mayoría de edad; y se considera excusable, cuando se considera que la persona ha cumplido los sesenta años, esto es que la madurez de una persona no le permite a esta edad soportar prolongados periodos con el menor, además de que pueden tener alguna afección ya sea renal, cardiaca, etc., por ese motivo no puede atender debidamente el cargo de patria potestad. Estas personas por alguna afección de salud deben excusarse del cargo y deberán realizarlo ante el juez de lo familiar.

3.6. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION CON LOS BIENES DEL MENOR.

Los efectos consisten en administrar los bienes del menor y en lo correspondiente al usufructo legal.

Los bienes del menor establece el Art. 428 C.C., son de dos clases:

- 1.- Los bienes que adquiere por su trabajo y
- 2.- bienes obtenidos por cualquier otro concepto (rifas, sorteos, loterías, etc.).

En cuanto a los primeros, estos pertenecen al menor tanto en propiedad como en administración y usufructo (Art. 429), por lo tanto los que ejercen la patria potestad, no tendrán injerencia alguna sobre esos bienes.

Con respecto de los segundos, la propiedad es del hijo y la administración corresponde al ascendiente.

Los que ejercen la patria potestad con respecto de los frutos de los bienes obtenidos distintos de su trabajo se establece que la ley señala "La mitad corresponde al menor y la otra a quien ejerce la patria potestad" (Art. 430).

"Como el que ejerce la patria potestad es el representante del menor y su administrador, representará al hijo en juicio; pero no podrá celebrar arreglo alguno para terminarlo, sin el consentimiento de su consorte, y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente". (24)

Esto lo consideramos beneficio por el fin que se persigue pues es la protección del menor. En ciertos casos, en la protección de los intereses del menor, se requiere que se dispongan de ciertos bienes que pertenecen al menor, pero los que ejercen la patria potestad, como simples administradores, no se encuentran facultados para enajenar, ni gravar ningún bien inmueble o mueble se da la excepción en casos de extrema necesidad bajo la autorización expresa de la autoridad judicial, partiendo de la base de que el producto de la venta se destine al objeto a que se destinó y si existe un sobrante, éste se aplique a la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

"La idea fundamental que preside las facultades de administración en materia de patria potestad, es la conservación de los bienes y los actos de disposición, son contrarios a ese principio. Por ello, las personas que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni gravar en manera alguna los inmuebles ni muebles preciosos que correspondan al hijo, sin previa autorización del juez de lo familiar ante quien podría probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor". (25)

Los que ejercen la patria potestad no pueden donar bienes ni venderlos, tampoco hipotecar, solamente como ya vimos en caso de absoluta necesidad y tendrá que autorizar el juez de lo familiar.

24 - Idem, p. 360

25 - Galindo Garlitas Ignacio, Op. Cit. p. 686

3.7. SUSPENSION, PERDIDA Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad se suspende en los casos siguientes:

- a) El que ejerce cas en estado de interdicción (locura, alcoholismo, etc.).
- b) Se declare ausente o por sentencia que lo prive temporalmente de su ejercicio (Art. 447 C.C.).

Todo es considerado en beneficio del menor, en las anteriores situaciones, pero pueden recuperar la patria potestad cuando el incapacitado recobre su capacidad, el ausente aparezca y por último se extingue su condena, esto se realizará mediante un estudio que se efectuará por medio de las autoridades competentes y el juez de lo familiar dictará la rehabilitación de la patria potestad.

En lo que respecta a la pérdida de la patria potestad, el Artículo 444 del Código Civil establece:

- I.- Cuando el que ejerza es condenado expresamente a la pérdida de este derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
- II.- en caso de divorcio, teniendo en cuenta lo que dice el Artículo 283 del Código Civil.
- III.- Cuando por costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos, abandono de sus deberes que pudieran comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, aunque estas conductas no cayeran bajo la sanción de la ley penal.
- IV.- Por exposición de los hijos o por abandono prolongado por más de seis meses.

La jurista Sara Montero Duhalt, expresa al respecto: "La casuística del Artículo 444 parece innecesaria. Bastará con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad y moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas independientemente de que las mismas fueran consideradas como delitos". (26)

Estamos de acuerdo en la anterior expresión, pero consideramos que el legislador quiso o su intención fue de precisar las conductas en cada uno de los casos que señala el citado artículo, el fin que se busca es proteger al menor y el juez de lo familiar considera los peligros que representa las conductas nocivas de quienes ejerzan la patria potestad.

La extinción de la patria potestad se da cuando el que la ejerce muere, y si ya no hay otra persona en quien recaiga, otro supuesto es de que el menor alcanza la mayoría de edad, y por último, cuando el menor contrae nupcias obtiene su emancipación.

V.4. OBLIGACIONES DEL TUTOR.

4.1. CONCEPTO DE TUTOR.

Sara Montero dice: "Es la persona física designada por testamento, por la ley o por el juez, que cumple la triple misión de ser representante legal, protector de la persona y administrador de los bienes del pupilo (pupilo es la designación que se le da al incapacitado sujeto a tutela)". (27)

Baqueiro se expresa de la siguiente manera: "Conceptualmente, la tutela es una institución jurídica cuya función está confiada a una persona capaz para el cuidado, protección y representación de los menores de edad no sometidos a la patria potestad ni emancipados, y de los mayores de edad incapaces de administrarse por sí mismos". (28)

El jurista Galindo Garfias comenta: "La palabra tutela procede del verbo latino "Tutor" que quiere decir defender, proteger. Es un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. Es un cargo civil de interés público, y de ejercicio obligatorio". (29)

Y por último, el jurista Antonio De Ibarrola, explica lo siguiente: "El vocablo nos viene del latín "Tutor", defender, proteger. Tenemos por una parte, personas jurídicamente capaces que por ende son aptas para la protección de los menores de edad o incapacitados. El oficio (cargo) civil de la tutela, es obligatorio. La nota fundamental de la tutela es el fin de protección, puesta de relieve por su misma etimología, y que hace de ella la más importante institución de guardería legal, establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando falta la patria potestad". (30)

27- Idem. p. 380

28- Baqueiro Rojas Edgar. Op. Cit. p. 237

29- Galindo Garfias Ignacio. Op. Cit. p. 692

30- Ibarrola Antonio De. Op. Cit. p. 472

Teniendo ya los elementos básicos para conceptualizar la tutela, diremos que es la representación jurídica que se le da a una persona capaz por testamento, ley o por el juez para proteger, cuidar y administrar los bienes de un menor que no está sujeto a la patria potestad.

4.2. OBLIGACIONES DEL TUTOR.

Las funciones del tutor pueden resumirse en tres facultades que al mismo tiempo se consideran obligaciones.

- a) Respetto de la persona del pupilo (así se le designa al menor de edad e incapaz).
- b) En relación a la representación del pupilo.
- c) Por lo que se refiere al patrimonio del menor.

Con respecto de la persona, nuestro derecho positivo vigente establece el bien jurídico que protege es la salvaguarda del menor incapacitado en lo que respecta a los alimentos, educación, salud, etc. Los recursos económicos del incapacitado deben ser usados para ese fin, y máxime cuando el menor se encuentra enfermo de salud, pues debe darse para su recuperación, por ejemplo: un sordomudo o un ciego, que no pueden leer ni escribir (pero se puede aprender como el método Braille), el tutor proveerá de acuerdo a los recursos que dispone la hacienda del menor para su curación, y una vez que esta ya se realizó, concluirá su gestión, enterando las cuentas de la tutela ante el juez de lo familiar.

“El tutor debe alimentar y educar al menor o incapaz con arreglo a la condición de éste (Art. 537 fracción I y también el artículo 538 del C.C.). El tutor respecto de la persona y del pupilo en la salud mental y corporal procurando si fuere demente, sordomudo o paráltico, destinar de preferencia los recursos económicos para su rehabilitación, o curación de las enfermedades si fuera ebrio consuetudinario o que fuera drogadicto, en fin, constituir de los recursos económicos para su regeneración”. (31)

81 - Galindo Garfias Ignacio, Op. Cit. p. 707

Respecto de la Representación del pupilo, ésta se lleva a cabo en el juicio y fuera de él. El tutor tiene derecho a una retribución por la administración de los bienes del pupilo, la cual es fijada por el juez, atendiendo a las circunstancias, pero en ningún caso será menor del cinco por ciento ni mayor del diez por ciento de los productos. Si éstos se deben a la exclusividad de las diligencias que realice el tutor podrá ser hasta el veinte por ciento de las utilidades.

El tutor es el administrador de los bienes del menor, por tal motivo debe realizar conductas tendientes a incrementar esos bienes a través de un buen manejo, muchas son las obligaciones que la ley le impone al tutor, destacándose las de carácter prohibitivo, pues el legislador previniendo una conducta dudosa del tutor en el desempeño de su cargo, en base a ciertos actos de dominio por parte del tutor tendrán que ser autorizados por parte del juez de lo familiar, y por parte de la autoridad judicial, en otros casos, con la intervención del curador.

Consideramos que el porcentaje proporcionado al tutor, es una justa retribución al tutor por el manejo de la administración de los bienes y si éstos generan utilidades, aumenta el porcentaje que como ya se dijo, puede ser hasta un veinte por ciento, pero si fuese una pérdida, la culpa caería directamente sobre el tutor quien pagaría las consecuencias por ese probable mal manejo.

4.3. ACTOS OBLIGATORIOS DEL TUTOR Y ACTOS PROHIBIDOS.

Debe asegurar el cumplimiento de sus deberes, para esto prestará garantía para el aseguramiento del manejo de los bienes, la garantía puede consistir en hipoteca, prenda o fianza (Art. 519 C.C.).

Debe formalizar un inventario, de todo lo que constituye el patrimonio del incapacitado dentro del término que el juez señala (Art. 537 fracción III), (cabe hacer mención que el curador, es un personaje que también se empleó en los tiempos romanos y

que persiste en nuestro días), la función del curador es el proteger los bienes de los mayores incapaces o de la mujer casada, vigilar los actos del manejo de los bienes que realiza el tutor.

Cuando no se haya nombrado curador, el tutor no podrá entrar en la administración de los bienes (Art. 535), y en el caso de que el tutor tome la administración de los bienes será responsable de los daños y perjuicios que le cause al incapacitado y, además, será separado de la tutela; ningún extraño puede rehusarse a tratar con él judicial o extrajudicialmente, alegando la falta de curador (Art. 536).

Si el inventario no estuviere formado, la tutela debe limitarse a los actos de mera protección a la persona y conservación de los bienes de incapacitado (Art. 549). La obligación de hacer inventario no puede ser dispensada ni aún por los que tienen derecho de nombrar tutor testamentario.

La administración de los bienes que obtenga el menor producto de su trabajo no los podrá administrar el tutor, pues le pertenecen al menor y es él quien realizará esa administración.

Otro de los actos del tutor es el de representar al menor en juicio y fuera de él en todos los actos civiles a excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, en la factura del testamento y en todos aquellos actos que sean estrictamente personales (Art. 537 fracción V).

El de solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacerse sin ella (Art. 537 fracción VI).

Administrar las donaciones simples, legados y herencia que se dejen al incapacitado (Art. 579).

Inscribir en el inventario el crédito que tenga contra el incapacitado; si no lo hace, pierde el derecho de cobrarlo (Art. 550).

Rendir cuentas detalladas de la administración en el mes de enero de cada año. Estas cuentas se rinden a un juez de lo familiar. La omisión de esta obligación en los tres meses siguientes a enero, motivará la remoción del tutor (Art. 590)

Con respecto de los actos prohibidos, podemos anotar los siguientes: Primero el vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado, por menos valor del que se cotice en la plaza en el día de la venta, ni dar fianza a nombre del tutelado; El tutor no podrá aceptar para sí, a título gratuito y oneroso, la cesación de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia (Art. 572), y el tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado (Art. 576)

4.4. ACTOS PERMITIDOS AL TUTOR CON AUTORIZACION JUDICIAL O ADMINISTRATIVA.

Contraer matrimonio con el pupilo. La autorización sólo se otorgará después de haber rendido las cuentas de la tutela y de que las mismas hayan sido aprobadas. La prohibición comprende al curador y a los descendientes de éste y del tutor (Art. 559), la autorización la deberá proporcionar la autoridad respectiva (ésta sería en el municipio, correría a cargo del Presidente Municipal; aquí en el Distrito Federal sería a cargo de los Delegados), para que se realice el matrimonio entre el tutor y su pupila o tutriz y pupilo; también otro acto permitido es el de fijar la cantidad que se requiera para gastos de administración. Deberá hacerse en el primer mes de ejercicio de la tutela y con aprobación judicial (art. 554); Está también en dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por más de cinco años (Art. 573); El de recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato (Art. 575); El hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado sin la conformidad del curador y la aprobación judicial (Art. 571); El enajenar o gravar bienes inmuebles, sus derechos anexos y los muebles preciosos. Sólo podrá hacerse por causa de

absoluta necesidad o evidente utilidad del pupilo, debidamente justificada de conformidad con el curador y con autorización judicial (Art. 561).

4.5. EXTINCIÓN Y TERMINACIÓN DE LA TUTELA.

En nuestro derecho positivo, el Artículo 606 del Código Civil se expresa con respecto de la extinción cuando se dan los siguientes supuestos:

- 1.- Cuando muere el incapacitado;
- 2.- Cuando desaparezca su incapacidad y por último, cuando el incapaz entra en la patria potestad por haber sido adoptado o reconocido.

Es evidente al entrar en el primer caso, ya que todo tipo de responsabilidad cesa con el incapacitado y deberá enterar la última cuenta conforme al balance realizado; en el segundo caso el menor alcanza la mayoría de edad, es libre ya de administrar sus propios bienes y de su persona; en el último caso el incapaz al entrar en la patria potestad, los bienes pasan a formar parte de los bienes del adoptante, quien ejercerá la patria potestad.

Nuestro Código Civil concluye en la terminación de la tutela, cuando el tutor entregue todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada. Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas y la entrega debe ser hecha durante el mes siguiente a la terminación de la tutela (Art. 607 y 608).

El saldo que resulte en pro o en contra del tutor, producirá interés legal. En el primer caso, correrá desde que previa entrega de los bienes se haga el requerimiento legal para el pago y en el segundo caso, será desde la rendición de cuentas, si hubiese sido dada dentro del término designado por la ley, y si no desde que espire el mismo término (Art. 612).

La ley establece en su artículo 616 del mismo Código Civil, todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado pueda ejercitar contra

su tutor, o contra los fiadores y garantes de este, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años contados desde el día que cumplan la mayoría de edad, desde el momento en que hayan recibido los bienes y la cuenta de la tutela, o desde que hayan cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley.

V.5. ADOPCION "MINUS" PLENA O ADOPCION SIMPLE QUE REGULA EL CODIGO CIVIL.

5.1. CONCEPTO DE ADOPCION.

La jurista Sara Montero dice al respecto: "Es la relación jurídica de la filiación creada por el derecho entre dos personas que no son biológicamente, ni por afinidad, progenitor (padre o madre) e hijo". (32)

El jurista Antonio De Ibarrola expresa su concepto de la siguiente manera: "La adopción viene del latín *adoptio*, *onem*, *adoptare*, de *ad* y *optare*, *desear*, es un acto jurídico solemne en virtud del cual la voluntad de los particulares, con permiso de la ley y autorización judicial, crea entre dos personas, una y otra naturalmente extrañas relaciones análogas a las de filiación legítima". (33)

De Casso la define: "Función legal por la que recibe como hijo al que no es por naturaleza". (34)

Scaevola dice: "Contrato irrevocable, revestido de formas solemnes, por el cual una persona, con plena capacidad jurídica, toma bajo su protección a un extraño que, sin salir de su familia natural y conservando todos sus derechos, adquiere los de ser alimentado por el adoptante, usar su apellido y sucederlo, si así se pacta, sin perjuicio de los herederos forzosos, si lo hubiere". (35)

El jurista Germán Gambón expresa: "Es un acto por el cual se crea entre dos personas un parentesco especial que tiende a equivaler al de consanguinidad en línea recta". (36)

32 - Montero Duhail Sara. Op. Cit. p. 320

33 - Ibarrola Antonio De. Op. Cit. p. 435

34 - Idem. p. 435

35 - Ibidem. p. 435

36 - Gambón Añx Germán. La Adopción. Editorial José M. Bosch, Barcelona 1960. p. 43

Ahora, estableceremos nuestro concepto: Es un acto formal y solemne, en virtud del cual una persona jurídicamente capaz, expresa su voluntad en recibir a otra persona que es extraña y que se encuentra desamparada, para proporcionarle sus apellidos, alimento, casa y abrigo, y ha de sucederle si así se pacta.

5.2. HISTORIA DE LA ADOPCION.

En algunos pueblos sirvió la adopción para fines diversos en Babilonia, una de las culturas más antiguas, se dió la adopción para legitimar un hijo natural; se dió la regulación jurídica de esta institución en el famoso Código de Hamurabi (2285 a 2242 a.C.), también los hebreos o judíos, los griegos, pero fue hasta los romanos cuando alcanzó su ordenamiento característico, fue la sistematización que se dió a la adopción consistiendo en dos formas, una de ellas la "adoptio" y la otra la "arrogatio", esta última de rasgos arcaicos como lo diría el jurista Ignacio Galindo Garfias. La arrogatio consistía en incorporar una familia a otra, una Domus ingresaba a una gens, el fin perseguido era engrandecer política, económica, militar y religiosamente.

La función primordial de cualquier tipo de descendencia, es la continuidad, ya sea desde un punto de vista biológico como jurídico. Los hijos son continuación de los padres, lo cual equivale a decir que de sus límites de su propia vida, cuando esta necesidad se hace apremiante y no encuentra un curso natural de continuación, es cuando entra en escena la vida jurídica, quien propone una fórmula que consiste en la creación de un parentesco civil por virtud del cual un sujeto ocupa el lugar que le correspondería a un hijo. Se rinde el culto doméstico.

Adopción cae en desuso durante la Edad Media, pero renace en el Derecho Germánico, con finalidades bélicas. Hasta llegar al Código Napoleónico quien regula ya esta institución, dando la característica de que el adoptado no tenía derecho a heredar salvo que así se estipulara por el adoptante.

En México, los Códigos de 1870 y 1884, no regularon esta figura jurídica, fue hasta 1917, donde la Ley de Relaciones Familiares por primera vez regula la adopción, estableciendo que la finalidad era de aquellas personas que se les había negado la felicidad de tener hijos o el haber tenido y perderlo en la vida.

5.3. ADOPCION "MINUS" PLENA O SIMPLE.

Nuestro Código Civil, establece la adopción simple e indica la transferencia o creación de la Patria Potestad en favor del adoptante y la referida obligación alimentaria.

La adopción es un acto jurídico en donde se mezclan las expresiones de los sujetos que van a recibir consecuencias de carácter legal; se expresan las voluntades del adoptante, la de representante legal del adoptado en caso de ser mayor de catorce años, y de la voluntad que decreta la adopción (Art. 397).

Es un acto jurídico plurilateral, en donde se acuerdan las voluntades del adoptante, de la autoridad judicial, del representante legal del adoptado en algunos casos y del juez de lo familiar.

Para que el adoptante pueda realizar esa adopción, se requiere reunir ciertos requisitos como:

- a) Ser persona física, mujer u/o hombre libres de matrimonio o en su defecto casados, en pleno ejercicio de sus derechos, mayor de veinticinco años, y que den consentimiento en la adopción.
- b) Que la diferencia de los esposos con respecto del adoptado sea mayor a diecisiete años; bastará con que uno de los cónyuges cumpla con ese requisito (Art. 391).
- c) Que tenga los medios económicos suficientes para proveer de alimentos, educación, techo, al menor o al cuidado del incapacitado como de hijo propio (Art. 390).
- d) Que el adoptante tenga buenas costumbres.

Estos son los principales requisitos para el adoptante y para el adoptado, sólo se requiere que sea menor de edad o incapaz y que esa adopción le sea benéfica.

5.3.1. REQUISITOS DE FORMA Y DE FONDO PARA LA ADOPCION SIMPLE.

a) Se requiere el consentimiento del adoptante y del adoptado cuando el menor es mayor de catorce años; de su representante legal, cuando no se tiene representante legal (el que ejerce la patria potestad o tutor), la persona que lo haya acogido durante seis meses al que se pretende adoptar y lo trate como a un hijo, también el Ministerio Público del lugar del adoptado, si es un expósito o abandonado sin padres conocidos.

b) se requiere la aprobación del juez de lo familiar manejar las cuestiones de forma como lo establece el Código de Procedimientos Civiles en sus artículos 923 y 924 de donde sacamos las siguientes formalidades:

- 1.- "La promoción de la adopción debe hacerse ante el juez de lo familiar y se debe manifestar el nombre y edad del menor, domicilio del que ejerce la patria potestad o del representante legal que lo haya acogido y debe acompañar un certificado médico de buena salud".
- 2.- Si hubieran transcurrido menos de seis meses del abandono no se decreta provisionalmente el depósito del menor con el presunto adoptante en tanto transcurre dicho plazo.
- 3.- Si el menor careciere de padres y no tenga cobijo por alguna institución pública, el juez de lo familiar decretará el depósito con el presunto adoptante por el término de seis meses, para poder proceder la adopción y la pérdida de la patria potestad por el padre que resulte o reclame a su hijo pasado el término.

La resolución judicial que aprueba la adopción se dará como consumada.

c) No podrán ser adoptados por más de una persona; solamente que se trate de un matrimonio.

d) El tutor no puede adoptar al pupilo, solamente procederá la adopción cuando hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

7

5.4. CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA ADOPCION SIMPLE.

1.- Se establece la creación del estado civil, transfiere la patria potestad en favor del adoptante.

2.- El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto a la persona y bienes de los hijos (Art. 395).

3.- El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones en el acta de adopción (Art. 395).

Aquí es donde nos detenemos un momento porque consideramos en cierta forma una injusticia, si pensamos que la transmisión de los derechos y obligaciones que tiene un padre para con un hijo y esa es una finalidad de la adopción, los apellidos del adoptante deben de inscribirse en el acta de nacimiento y no segregando como se establece en el acta de adopción; además de que el artículo 395 establece la palabra "podrá" estando a la voluntad del adoptante; volvemos nuevamente al fin ético que mueve a la adopción es el de establecer un vínculo de padre a hijo y este artículo así como el acta de adopción limitan el fin que se le quiere dar a esta noble institución que es la adopción.

4.- Dentro de la adopción simple el parentesco consanguíneo del adoptado no se extingue, solamente la patria potestad, que es transferida al adoptante (Art. 403).

Aquí también hacemos un paréntesis, pensamos que existe una inconsistencia de carácter jurídico, porque si bien es cierto que existen lazos consanguíneos del adoptado y su familia de origen, también es cierto que al ocupar el hogar del adoptante, nace una nueva

unión o vínculo familiar y es considerado como hijo natural, por tanto sentimos que debe desaparecer el vínculo existente (no consanguíneo claro, pero sí jurídico), entre el adoptado y su familia de origen (lo consideramos como la adopción plena que hablaremos en el siguiente tema de éste capítulo).

5.- Los derechos y obligaciones derivados del parentesco civil se limitan al adoptante y adoptado, puesto que no desaparecen los lazos consanguíneos del adoptado con su familia de origen estableciendo con esto una marcada singularidad con la familia que le adoptó.

6.- La adopción simple o "minus" plena se limita a la aplicación de un acto jurídico con efectos limitados, ya que el adoptado no tiene derecho sobre bienes patrimoniales, ni tiene tampoco derecho a heredar, salvo que se estipule y no cause daño a los herederos forzosa.

7.- La adopción constituye un impedimento para la celebración del matrimonio entre el adoptante y el adoptado (Art. 157 C.C.).

5.5. REVOCACION Y EXTINCION DE LA ADOPCION "MINUS" PLENA O SIMPLE.

Se da por impugnación del adoptado dentro del año siguiente a la mayoría de edad, por mutuo consentimiento (Art. 405).

El adoptante puede revocar la adopción por ingratitud del adoptado como lo señala el artículo 406 C.C.:"

- I.- Si comete algún delito intencional contra la persona, la honra o los bienes del adoptante, de su cónyuge, de sus ascendientes o descendientes.
- II.- Si el adoptado formula denuncia o querrela contra el adoptante por algún delito aunque se compruebe, a no ser que hubiere sido cometido contra el mismo adoptado, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes.
- III.- Si el adoptado rehusa dar alimentos al adoptante que ha caído en pobreza".

"La impugnación de la adopción y la revocación unilateral de la misma, no puede promoverse en diligencias de jurisdicción voluntaria, solamente la revocación bilateral, o sea, por mutuo acuerdo podrá solicitarse por esa vía".(37)

La resolución que dicte el juez, que aprobó la revocación se le da a conocer al juez del Registro Civil del lugar en que se llevó a cabo la adopción para que se cancele el acta de adopción (Art. 410).

V.6. NECESIDAD DE ADOPTAR LA PLENA.

"Adopción plena como la llama el Código civil Español o la impropia llamada "legitimación adoptiva" del derecho francés; es la institución que verdaderamente responde al sentir de los sujetos que optan por incorporar a su familia a un menor desamparado y por otro lado, la que da protección humana y afectiva a los infantes necesitados de ella". (38)

La función primordial de cualquier tipo de descendencia, tanto desde el punto de vista biológico como jurídico, es de continuidad, los hijos son la sucesión pero a falta de estos, la adopción es desde el punto de vista jurídico la mejor solución a la descendencia que por circunstancias no puede darse en forma natural, dando la opción de un parentesco civil, que da el carácter de hijo legítimo a quien no lo es por naturaleza. La adopción plena incorpora al adoptado de manera total e irrevocable a la familia del adoptante.

Es en Francia donde se da plenamente a raíz de la Primera Guerra Mundial y España se adhiere a la posición francesa.

"La adopción ha sido creada, en legislaciones que regulan con doble finalidad de beneficiar a los desamparados otorgándoles la condición óptima para el desarrollo armónico de la persona humana un hogar, una familia; y por otro lado para dar satisfacción a los anhelos paternales de las personas a quienes les ha sido negada la naturaleza de tener descendencia". (39)

Nuestro derecho positivo tiene limitadas tendencias hacia esta doble finalidad. Es necesario que se tome en cuenta que la adopción plena, es un aliciente para un matrimonio que no pueden tener hijos, el recibir a un pequeño que no tiene padres, que requiere de amor, de cuidados, de un hogar, de una familia, y que se pueda registrar como hijo propio, sin serlo, beneficiaría a ambos.

38 - Ibidem, p. 334
39 - Ibidem, p. 334

"Es un consuelo de matrimonios estériles y abundante fuente de socorro para niños huérfanos, pobres, son necesidades simultáneamente sentidas, la de proteger a muchos seres que nacen sin filiación conocida y por tanto sin un hogar estable, donde se desarrollen sus cualidades anímicas y las de proporcionar a los matrimonios estériles e inclusive célibes o solteros involuntarios la satisfacción de instintos paternales o maternos, hacen que la adopción tenga ante sí un brillante porvenir". (40)

Esto evitaría con mucho que el tráfico de niños de manera ilegal (el medio de robo de niños), el que los padres vendan a sus hijos, porque ven en los adoptantes que tienen poder económico, los mueva por el interés de sus hijos perdiendo sus derechos y deberes; el rehuir a la vía legal de la adopción porque existen muchos trámites engorrosos y porque no se pierde la filiación natural de la familia de origen.

Todo esto se puede evitar cuando en nuestro país se adopte la adopción plena.

Montero Duhalt señala con la adopción plena los requisitos que serían útiles para poder cumplir y que se pueden tomar en consideración:

"1.- En calidad de adoptantes únicamente los matrimonios que tengan una convivencia entre sí, armonía con o sin descendencia previa o un solo hombre o una sola mujer que reunieran los requisitos exigidos para la adopción simple como son: solvencia moral, económica y una edad de madurez física y emocional estables.

2.- en cuanto a los adoptados debieran ser menores, muy pequeños (de menos de tres años) para que en lo posible no guarden memoria en su condición anterior.

3.- El adoptado, debiera de estar desconectado de su familia de origen. En este sentido pudiera adoptar huérfanos sin familia, o niños abandonados.

4.- La adopción sería irrevocable.

40.- Gambón Alx Germán, Op. Cit., p. 50

5.- El adoptado entraría como hijo de matrimonio de la pareja o como hijo consanguíneo de la persona adoptante.

6.- Se borraría toda huella del origen del adoptado. Si ya había sido registrado, se cancelaría de oficio su acta de nacimiento.

No se levantaría un acta de adopción, se inscribiría un acta de nacimiento original, en la cual conste el nombre del adoptado y los apellidos de sus padres adoptivos.

7.- Por último, el adoptado adquiere todos los lazos del parentesco con todos los parientes como acontece en la filiación consanguínea". (41)

Todo resultaría efectivamente aplaudible si en nuestra legislación se admitiera la adopción plena, ésto traería como consecuencia la incorporación total del hijo adoptivo dando la sana semejanza al hijo nacido del matrimonio.

Debemos tomar en cuenta que resultaría con mucho efecto a los matrimonios negados a tener hijos, que tienen solvencia económica y que gozan de una madurez mental y física, con un pequeño estierzo de nuestros legisladores que pensaron (porque cobran y no vale tanto su desempeño), que a los pequeños les brindarían un hogar, y al matrimonio desarrollarían ese sentimiento paternal.

V.7. AMPLIAR LAS FACULTADES AL JUEZ EN MATERIA DE ALIMENTOS PARA COACCIONAR AL MARIDO, QUE A PESAR DE SEGUIR VIVIENDO EN UNION CONYUGAL NO LA CUMPLE.

Es necesario observar que la obligación en nuestra sociedad que establecen que el hombre es el que a de aportar lo necesario al sostenimiento del hogar, a pesar de que en nuestro derecho positivo establece el deber de ambos cónyuges a proporcionar económicamente al sostenimiento del hogar (Art. 164); nuestra sociedad vive enraizada en la costumbre de que la mujer debe estar al cuidado de los hijos y del hogar, además de la administración económica del hogar, la limpieza del hogar, el cocinar y otras actividades más, por estas circunstancias el marido tiene el deber de cubrir el aspecto económico del hogar, el buscar el sustento diario; pero hay momento en que el marido no cumple esta función, y es cuando la esposa contrae deudas por la falta de liquidez de su marido y es aquí cuando la ley interviene, ya que el marido no quiere contribuir ya al sostenimiento del hogar. Los artículos 322 y 323 del Código Civil regulan las consecuencias que pueden presentarse entre la esposa y terceros, cuando el marido no cumple con la obligación de proporcionarle lo necesario para subsistir. Al efecto estatuye el Artículo 322 "Cuando el marido no estuviere presente, o estándolo rehusare entregar a la mujer lo necesario para los alimentos de ella y de los hijos, será responsable de las deudas que la esposa contraiga para cubrir esa exigencia; pero sólo en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto, y siempre que no se trate de gastos de lujo".

"Toda obligación debe ser contraída directamente por el obligado o su representante legítimo". (42)

Si bien es cierto que el marido es el representante legal de la familia, tiene la responsabilidad de cumplir directamente con los deberes de familia, pero cuando no las cumple, debe responder a las deudas contraídas por su cónyuge porque estas son deudas contraídas para la subsistencia de ella y sus hijos y siempre y cuando no representen gastos ostentosos ni de lujo.

Los artículos 1908 y 1909 del Código Civil vigente manejan lo que es la gestoría con respecto de los alimentos y nos dice: "Cuando sin consentimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, éste tendrá derecho a reclamar de aquél su importe a no constar que los dió con ánimo de hacer un acto de beneficencia" y "Los gastos funerarios proporcionados a la condición de la persona y a los usos de la localidad, deberán ser satisfechos al que los haga aunque el difunto no hubiere dejado bienes, por aquellos que hubiere tenido la obligación de alimentarlo en vida".

En estos artículos, se impone al deudor por tratarse de alimentos, la obligación de pagar las deudas contraídas por el acreedor alimentista que le son necesarios para subsistir. Si bien, puede ser que el alimentista obtenga un tercero los alimentos aún sin el consentimiento del deudor a que se ejecuten los gastos funerarios proporcionados a la condición del alimentista, es decir, a las necesidades del alimentista, pues en todos los casos, deberán ser cumplidas las deudas o pagados los gastos realizados por el tercero.

Tenemos que en las jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia, establecen diversas ejecutorias al respecto siendo la regla general, en cuanto a los alimentos de los cónyuges se refiere tenemos la siguiente:

LOS ALIMENTOS ENTRE CONYUGES.

"La contenida en la primera parte del artículo 164 del Código Civil para el D.F., en el sentido de que el marido debe darle alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, es concluyente que cuando en un caso la mujer demanda el pago de alimentos al marido incumbe la obligación de probar que aquella no lo necesita, bien porque tenga bienes propios, o bien, porque desempeñe algún trabajo o alguna profesión, oficio o comercio, ya que deja la carga de esta prueba a la actora, sería tanto como obligarla a probar hechos negativos, o sea, que carece de empleo, de bienes y en general de toda fuente de ingresos, lo cual es sencillamente ilógico y antijurídico, ya que si bien es conocido el principio de que los hechos negativos no están sujetos a prueba".

Amparo Directo 1310/52 Genaro Palacios Dueñas, 28 de Junio de 1954, 5 votos.
Ponente, Gabriel García Rojas. Quinta época Tomo CXX, pág. 1810.

El bien que priva en proporcionar alimentos es de naturaleza, moral, ética y humanitaria, si la mujer trabaja pero el ingreso no le alcanza, más aún existiendo hijos de por medio, la pensión debe proporcionarse independientemente de que la mujer trabaje, pues la necesidad estriba en obtener los bienes necesarios para la subsistencia.

Tenemos otra jurisprudencia que maneja cuando ambos cónyuges trabajan.

ALIMENTOS CUANDO AMBOS CONYUGES TRABAJAN.

Aún cuando no se hayan demostrado en el juicio respectivo cuál es el monto exacto de los alimentos necesarios para la esposa y dos hijos, y por consiguiente no puede conocerse con exactitud la forma en que deban repartirse proporcionalmente a los de cada cónyuge, el importe de dichos alimentos, es correcta la consideración en el sentido de que si quedó demostrado que ambos cónyuges perciben los mismos salarios, es justo y proporcional que el marido destine el cuarenta por ciento de su sueldo como contribución a los alimentos de sus dos hijos menores, el hecho que la esposa perciba también un salario no lo exime de su obligación.

Amparo Directo 2845/57 Raymundo Ceballos. 18 de Septiembre de 1958. 5 votos, Semanario Judicial de la Federación. Sexta época, Cuarta parte, Volumen XV, pág. 34, Ponente Alfonso Guzmán Naya.

La aplicación que tiene el juez de lo familiar en materia de alimentos esta basada en la circunstancia del caso, en específico por ejemplo al juez le compete fijar el monto de la pensión alimenticia, tomando en consideración los ingresos del deudor; si el acreedor alimentario se opone a ser incorporado al domicilio del deudor, el juez según las circunstancias, oír en audiencia al acreedor alimentista los motivos que le asisten y en base a lo cual el juzgador decidirá lo procedente.

A juicio del juez establecerá el aseguramiento para que el deudor cumpla con los alimentos, este aseguramiento consistirá en la garantía de los bienes mediante fianza, prenda, hipoteca.

En este sentido, el juez de los familiares como representante público, vela por la justicia que debe prevalecer, protegiendo al desvalido, por eso es necesario ampliar ciertas facultades al juez de coaccionar al marido que no cumple con la obligación de proporcionar alimentos, pues encuentra placentero que la mujer y los hijos trabajen para complacer sus malos hábitos; como pueden ser la holganza, el ocio, el juego o la apuesta, el alcohol, etc.; la coerción consistiría en obligar al marido a encontrar trabajo, para que una vez que lo tenga sustraer parte de su sueldo como contribución a las necesidades básicas, para atender la subsistencia de su familia, pues los alimentos, son una necesidad física que requiere el cuerpo y como respecto a la vida, a la dignidad humana, ya que los alimentos deben de ser garantía para el ser humano, cuantimás para los seres que son considerados como son indefensos.

El marido tiene el deber de alimentar a la mujer y a los hijos, quienes tienen a su favor la presunción de necesitar los alimentos, salvo prueba en contrario. La obligación cesa cuando los acreedores, ya no tienen necesidad de ellos, pero en este caso la carga de la prueba corresponde al deudor,

“El legislador impone un respeto absoluto al derecho a la vida y a la dignidad humana. De ahí que los alimentos sean uno de los medios que establece para garantizar, en la medida de lo posible, la obtención de los elementos para satisfacer toda necesidad física, intelectual y moral a fin de que pueda no nada más subsistir, sino cumplir su destino como cualquier ser humano”. (43)

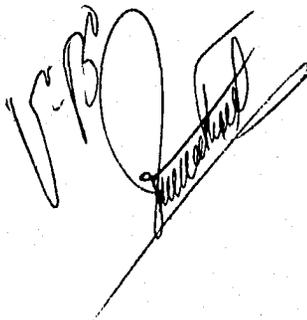
Si bien el juez es parte de esta singular apreciación como preservador de la justicia, debe dictar las medidas necesarias de acuerdo a las circunstancias para el cabal cumplimiento de los alimentos a cargo del deudor alimentista.

43. Gabino Trejo Guerrero: Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la República en Maternidad Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V., México 1995, p. 30A

CONCLUSIONES.

- 1.- La obligación consiste en la relación jurídica entre dos personas, en donde una de ellas exige a otra una prestación de carácter patrimonial.
- 2.- Con la obligación se cumple voluntariamente una prestación de carácter patrimonial, ya sea económica o moral.
- 3.- La obligación no necesariamente se exige la existencia de un acreedor y un deudor, puesto que en la declaración unilateral de la voluntad puede aparecer posteriormente el acreedor.
- 4.- La obligación natural no tiene efectos jurídicos, por tal motivo no es considerada una obligación civil completa.
- 5.- El contenido jurídico del Derecho de Obligaciones reside en un deber recíproco.
- 6.- La relación jurídica como elemento de la obligación, se da cuando existe un acreedor y un deudor.
- 7.- Los deberes del acreedor y del deudor en el Derecho de Familia están en correlación y no pueden existir los unos sin los otros.
- 8.- El deber jurídico consiste en ajustar una conducta conforme lo prescribe una norma de derecho.
- 9.- Todo deber jurídico está basado en la norma de derecho que extiende al individuo una conducta a seguir dentro de su entorno en la familia.
- 10.- El deber jurídico es la expresión de una conducta que se encuentra sometida a las normas, mientras que la obligación de ese sometimiento se traduce en un deber de conducta hacia otros que integran el contenido de la obligación.

- 11.- El ordenamiento legal es el único que proporciona seguridad jurídica a los individuos, por lo tanto la obligación civil encuentra su fundamento primario en la ley.
- 12.- La norma impone a todos un deber general de respeto y colaboración y en particular crea un deber de cumplimiento, como los que se establecen en la familia, alimentos, patria potestad, adopción, etc.
- 13.- Los atributos de derechos subjetivos creados en interés de su titular se han transformado ahora en auténticos deberes en función de la protección de la persona y de los bienes de los miembros de la familia.
- 14.- Las sanciones propias del derecho familiar, son formas también de conducta y generalmente consisten en actos jurídicos, basados en la nulidad, en la revocación y en la rescisión.
- 15.- Los deberes jurídicos familiares reconocen como origen a los deberes morales, sociales y religiosos, por considerarlos fundamentales para la convivencia social, es aquí en donde nuestro derecho positivo asume esos deberes y los integra en su ordenamiento jurídico.

Handwritten signature and initials, possibly 'V. B.' followed by a name, written in black ink.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Abouhamad Hobaica Chibri.
Anotaciones y Comentarios del Derecho Romano, Tomo II
Segunda Edición, Editorial Juritica Venezolana, 1978

- 2.- Baqueiro Rojas Edgar y Rosalta Buenrostro Búes.
Derecho de Familia y Sucesiones.
Editorial Harla, S.A. de C.V., México 1990

- 3.- Borja Soriano Manuel.
Teoría General de las Obligaciones.
Décima Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1989

- 4.- Carames Ferro José M.
Curso de Derecho Romano
(Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones y Sucesiones)
Editorial Perrot, Buenos Aires
Argentina 1955.

- 5.- Currió R. Genaro
"Sobre el Concepto de Deber Jurídico"
Editorial Abelido,
Perrot, Argentina 1966.

- 6.- Castro y Bravo Federico
Derecho Civil de España
Parte General, Tomo 1.
Tercera Edición. Editorial Instituto de Estudios Políticos.
Madrid 1955

- 7.- Cuzemix Nestor Pedro, Félix A. Trigo Represas.
Derecho de las Obligaciones I
Editorial Platense
Argentina 1969

- 8.- Chavez Asencio Manuel F.
La Familia En el Derecho.
Relaciones Jurídicas Conyugales
Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1990

- 9.- Chavez Asencio Manuel F.
Convenios Conyugales y Familia
Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1993

- 10.- Diccionario Jurídico Mexicano D-H
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1994

- 11.- Enneccerus Ludwig
Derechos de las Obligaciones Tomo II
Vol. I Traducción de Blas Pérez González
Editorial Bosch, S.A.
Barcelona España, 1976.

- 12.- Enneccerus Ludwig, Theodor Kipp y Otros
Derecho Civil
Parte General, Tomo 1
Segunda Edición, Traducido por José Alguery, Blas Pérez González
Editorial Bosch, Barcelona 1953

- 13.- Floris Margadant Guillermo.
El Derecho Privado Romano
Décima Tercera Edición, Editorial Esfinge, S.A.
México 1985

- 14.- Gabino Trejo Guerrero
Código Civil para el Distrito Federal y en Materia Común
y para toda la República en Materia Federal
Editorial Sista, S.A. de C.V.
México 1995

- 15.- Galindo Gorfias Ignacio
Derecho Civil Primer Curso
Parte General Personas y Familia
Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1990

- 16.- Gambón Alix Germán
La Adopción
Editorial José M. Bosch
Barcelona 1960
- 17.- García Márquez Eduardo
Introducción al Estudio del Derecho
Trigésima Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1984
- 18.- Gasparri Luis De
Tratado de las Obligaciones en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino
Vol. I, Editorial Depalma,
Buenos Aires 1946
- 19.- Gutiérrez y González Ernesto
Derecho de las Obligaciones
Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1990
- 20.- Ibarrola Antonio De
Derecho de Familia
Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1984

- 21.- Montero Duhalt Sara
Derecho de Familia
Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1992

- 22.- Muñoz Luis y Castro Salvador
Comentarios al Código Civil
Tomo II, Editorial Cárdenas
México 1974

- 23.- Rojina Villegas Rafael
Derecho Civil Mexicano
Tomo V, Vol. 1
Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1985

- 24.- Rojina Villegas Rafael
Derecho Civil Mexicano Tomo II
Derecho de Familia
Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1987

- 25.- Sanchez Medal Ramón
Los Grandes Cambios En El Derecho de Familia De México
Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1991

- 26.- Silva Alonso Ramón
"Función de la Obligación Natural en el Derecho Civil Paraguayo y Argentino"
Estudios en Homenaje al Profesor Castan Tobettas, Tomo II
Ediciones Universidad de Navarra, España 1969
- 27.- Ventura Silva Gabino
Derecho Romano
Editorial Porrúa, S.A.
México 1985
- 28.- Van Thun A.
Tratado de las Obligaciones,
Tomo 1, Traducción W. Roces, Editorial Reus, S.A.
Madrid España 1934

LEGISLACION CONSULTADA.

Batiza Rodolfo
Las Fuentes del Código Civil de 1928
Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1979

Código Civil para el Distrito Federal
Octava Edición, Editorial Porrúa, S.A.
1989

Código Penal para el Distrito Federal
Primera Edición, Editorial Gómez Gómez Hnos. SRL
México 1995

Código de Procedimientos Cíviles para el Distrito Federal
42a. Edición, Editorial Porrúa, S.A.
México 1992

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California
por Decreto del 8 de Diciembre de 1870 en vigor a partir del 1 de Marzo de 1871.

Código Civil para el Distrito Federal y territorio de la Baja California
por Decreto del 14 de Diciembre de 1883
en vigor a partir del 31 de Marzo de 1884.

Ley de Relaciones Familiares de México 1917.

